



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

OPINIÃO PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DAS DECISÕES DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL EM TEMAS DE DIREITOS HUMANOS: PRINCÍPIO
CONTRAMAJORITÁRIO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO TRIBUNAL

Gabriel Egídio de Castro Barros

Rio de Janeiro
2020

GABRIEL EGÍDIO DE CASTRO BARROS

OPINIÃO PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DAS DECISÕES DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL EM TEMAS DE DIREITOS HUMANOS: PRINCÍPIO
CONTRAMAJORITÁRIO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO TRIBUNAL

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato
sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Monica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Lucas Tramontano

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro
2020

OPINIÃO PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMAS DE DIREITOS HUMANOS: PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO TRIBUNAL

Gabriel Egídio de Castro Barros

Graduado pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense. Advogado.

Resumo – o Supremo Tribunal Federal, na forma como foi organizado na Constituição da República, é órgão que não se submete à vontade da maioria, ou seja, não precisa observar, em seu atuar, o princípio majoritário. Todavia, questionado quanto à legitimidade de suas decisões, a análise dos julgados permite constatar que os ministros têm se valido, com cada vez mais frequência, de entendimentos que ecoam na sociedade, a chamada opinião popular. A essência do trabalho é questionar a validade do uso dessas opiniões populares em casos que envolva direitos fundamentais de grupos minoritários e verificar se a legitimidade democrática da Suprema Corte deve ser basear na observância do princípio majoritário ou contramajoritário.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Legitimidade Democrática. Princípio Contramajoritário. Opinião Pública. Direitos Humanos.

Sumário – Introdução. 1. O uso da opinião pública como fundamento das decisões do STF em matérias que envolvam direitos humanos 2. O princípio contramajoritário como norteador da atuação jurisdicional. 3. Fundamentos da Legitimidade democrática do Poder Judiciário, a invalidade do uso da opinião popular nas decisões do STF para matérias de direitos humanos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo discutir a invalidade do uso da opinião pública como fundamento das decisões do Supremo Tribunal Federal em temas afetos a Direitos Humanos. Isso posto, buscar-se-á demonstrar que o fundamento de legitimidade democrática da Suprema Corte não está calcado na observância e utilização da opinião popular como fundamento de decisões da Corte, mas sim no atendimento aos ditames dos princípios norteadores da atuação do Supremo.

Para cumprir tal objetivo, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema de forma sempre à refutar o uso da opinião pública como argumento válido para decisões acerca de temas de Direitos Humanos.

O Poder Judiciário, como estrutura de poder do Estado cujos membros não são eleitos pela população, foi moldado com o objetivo de ser, sobretudo, local de defesa dos grupos minoritários contra a arbitrariedade daqueles que são maioria num contexto social. Todavia, recentemente pudemos observar que a opinião de uma maioria numérica, muitas vezes

antidemocrática, foi utilizada como fundamento de decisões pelos Ministros do STF como forma de legitimar democraticamente o argumento.

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito que preza precipuamente pela igualdade material de seus indivíduos, é problemático conferir validade ao uso da opinião popular como fundamento de decisões, especialmente em matérias atinentes à direitos humanos.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência, merecendo a atenção dispensada, uma vez que é importante posicionar o STF como reprodutor da vontade da maioria numerária ou como ator efetivo na construção da igualdade material entre os indivíduos.

Para melhor compreensão do tema, se buscará contrapor a utilização da opinião pública (princípio majoritário) como argumento decisório do Supremo à observância do princípio contramajoritário de atuação desse tribunal. Dessa forma, se pretende demonstrar a invalidade do uso da opinião pública como fundamento decisório, uma vez que não se presta a legitimar democraticamente qualquer decisão proferida pelo STF.

Inicia-se o primeiro capítulo do artigo apresentando de que forma e sob qual justificativa a opinião popular é utilizada pelos Ministros do STF como fundamento nas decisões proferidas por aquele tribunal.

A partir daí, no segundo capítulo, após breve introdução acerca do conceito do princípio contramajoritário, far-se-á a contraposição da validade do uso da opinião pública com o princípio anteriormente apresentado.

Por fim, no terceiro capítulo, a explicação se voltará à defesa da utilização do princípio norteador em detrimento da opinião pública: eis que o primeiro retrata valor democrático perene e que efetivamente legitima democraticamente a atuação do STF, enquanto a opinião pública é mutável e muitas vezes antidemocrática no sentido de buscar a igualdade material entre os indivíduos.

A pesquisa será desenvolvida pelo método indutivo, uma vez que o pesquisador se valerá da análise de decisões já prolatadas pelo STF e de obras doutrinárias para racionalizar sua proposição.

Portanto, a abordagem do objeto será conseqüentemente qualitativa, realizada mediante pesquisa bibliográfica pertinente de forma a explorar o objeto da pesquisa e construir e sustentar sua tese.

1. O USO DA OPINIÃO PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DAS DECISÕES DO STF EM MATÉRIAS QUE ENVOLVAM DIREITOS HUMANOS

A Constituição Federal de 1988, dentro do estudo da Teoria da Constituição, é doutrinariamente classificada como rígida, eis que dificulta reformas em seu próprio texto, exigindo processo legislativo extenso e solene para que possa ser modificada.

Segundo Moraes¹, “rígidas são as constituições escritas que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas [...]”;

Todavia, rigidez não se confunde com imutabilidade, uma vez que o processo de mutação constitucional é vital para a evolução da norma e adequação às novas exigências da realidade social. Trata-se de verdadeira necessidade para sobrevivência do texto constitucional frente à constante mudança que ocorre no meio social.

Conforme ensinam Paulo e Alexandrino², “Em verdade, a estabilidade da Constituição tem mais a ver com o amadurecimento da sociedade e das instituições do Estado do que propriamente com o processo legislativo de modificação do seu texto”.

Lammêgo Bulos³ leciona que a mutação constitucional possui quatro categorizações: as interpretações e suas modalidades, a construção constitucional, as praxes e as influências dos grupos de pressão. Para a presente análise, importa a última categoria, ou seja, a influência dos grupos de pressão.

Materialização dessa influência é a utilização da opinião pública, como fundamento argumentativo de decisões do STF.

O Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo do Poder Judiciário exerce inegável poder político dentro do contexto social brasileiro. No entanto, esse poder político exercido não possui a mesma legitimidade em comparação com aquele que se identifica no Senado Federal ou na Presidência da República, por exemplo.

Pela regra constitucional presente no art. 101, parágrafo único da CRFB/88⁴, os membros do Supremo Tribunal Federal são nomeados, diferente dos agentes políticos dos outros poderes, que são titulares de cargos eletivos. Por esse motivo, para conferir legitimidade

¹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 37.

² PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 19.

³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 125

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2019.

às suas decisões, o STF utiliza de um mecanismo chamado de *public enforcement mechanism*, que, segundo Vanberg⁵, necessita de apoio público e transparência.

Por apoio público, entende-se o nível de confiança que as decisões emanadas pelo STF serão cumpridas, haja vista que as decisões judiciais não são auto executáveis e precisam da cooperação de outras instituições para serem postas à efeito.

Já a transparência é o esforço da instituição divulgar amplamente e tornar facilitado o acesso do público em geral às suas decisões. Isso garante maior vigilância quanto ao descumprimento.

Contudo, toda essa busca por legitimidade causa uma superexposição do Tribunal e principalmente de seus membros à mídia e ao julgo da população. Consequência disso é a exigência da mídia e do público para que o tribunal cada vez mais julgue as demandas de acordo com as visões de mundo daqueles.

Nesse sentido, para adequar-se às demandas sociais e aumentar ainda mais sua legitimidade democrática é que os Ministros do STF se valem da opinião pública como fundamento de suas decisões.

Ocorre que, segundo Habermas⁶, a opinião pública, embora seja apresentada como uma vontade geral da população, na verdade, é a concepção dominante no Parlamento, uma opinião institucionalizada. Ou seja, aquilo que vem sendo utilizado como fundamentação de decisões em matérias importantes no STF, é tão somente a visão propagada por grupos de interesse que podem ou não ter correlação com a opinião da população.

Importante, nesse ponto, fazer a devida adaptação da exposição do autor, uma vez que em sua época, sem o advento da internet, seria impossível prever que opiniões vindas do público em geral pudessem, guardadas as devidas proporções, também exercer influência política no Estado.

Quanto a essa opinião pública emanada das redes sociais, é preciso que se compreenda que não retrata a vontade geral da população, e muitas vezes não retrata sequer a vontade de uma maioria, mas sim de uma elite intelectual influente.

⁵ VANBERG apud CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues; BRASILEIRO, Rebecca de Melo Magalhães. *Opinião Pública E Fortalecimento Do Judiciário: Desvendando A Transparência No Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: < <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2019/05/opiniao-publica-e-fortalecimento-judiciario-desvendando.pdf> >. Acesso em: 22 out. 2019, p. 7.

⁶ HABERMAS, Jurgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 277-278

Conforme demonstrado pelo estudo realizado por Reis e Grill⁷, os membros da elite política e intelectual brasileira, que fazem parte dos grupos dos notáveis, ou seja, influentes nas áreas que atuam, são, em sua maioria, membros das mesmas famílias. Não é diferente no Poder Judiciário.

Como parte do Poder Republicano que é, esse poder é perpetuado entre os familiares das mesmas famílias tradicionais. Assim, é evidente que são as suas opiniões aquelas que exercem efetiva influência nas decisões judiciais.

Portanto, não se pode afirmar que qualquer dessas duas categorias de opinião pública reflitam o anseio popular geral, uma vez que o cenário brasileiro é de absoluta pluralidade dos grupos em contrapartida à uniformidade das elites.

Nesse sentido, ao utilizar como fundamento a opinião pública sob o pretexto de legitimar democraticamente suas decisões e atender as “legítimas demandas da sociedade”⁸, o STF não atinge seu objetivo de dialogar com a sociedade e escolhe uma visão política de mundo, em geral alinhado com os das elites brasileiras, em detrimento de outras.

Esse modelo decisório se torna especialmente problemático quando se analisam casos que envolvam Direitos Humanos.

Casos como o da prisão em segunda instância, autorização de aborto na gestação de fetos anencefálicos, criminalização da homofobia, entre outros, geram intensos conflitos nas mais diversas camadas da sociedade. Para cada assunto e grupo pesquisado haverá um entendimento. Logo, nunca se poderá falar em vontade geral, apenas em vontade da maioria.

O problema é que, conforme já foi explicitado, o grupo que efetivamente exerce influência nas decisões judiciais faz parte da elite brasileira, que historicamente tem posição conservadora e reacionária quanto aos avanços sociais e tendem a priorizar sua manutenção no poder em detrimento da busca por igualdade material e da maior distribuição de renda.

Dessa forma, o que se tem ao fim e ao cabo são decisões que se dizem em consonância com a opinião pública, mas que na verdade reproduzem o pensamento da elite brasileira em absoluta inobservância do princípio norteador da atuação do Supremo Tribunal Federal, qual seja, o princípio contramajoritário.

⁷ REIS, Eliana Tavares dos; Grill, Igor Gastal. *Estudos de elites políticas e as bases das multinotabilidades no Brasil*. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/0103-2070.ts.2017.125888>>. Acesso em 22 out. 2019.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292*. Relator: Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2019, p. 53.

2. O PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO COMO NORTEADOR DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Está gravado simbólica e expressamente no 1º artigo da Constituição Federal⁹ a máxima democrática de que “Todo o poder emana do povo”.

Esse poder emanado da maioria nos rumos sociais, econômicos e políticos do País é denominado pelos Doutrinadores como princípio majoritário.

Nesse sentido, é a lição de Peter Häberle¹⁰:

algumas constituições preveem expressamente o princípio da maioria (como o art. 121 da LF), mas ao mesmo tempo regulam múltiplas formas de proteção das minorias [...] A arma contundente do princípio da maioria é, em geral, “tolerável”, porque existe uma proteção (escalonada) das minorias (primordialmente através da “supremacia da Constituição” e a proteção dos direitos fundamentais).

Esse princípio é o que constitui o cerne da democracia, uma vez que o exercício do regime democrático se dá por meio do voto do povo em seus representantes.

Na lição de Paulo Bonavides¹¹, democracia é conceituada como:

aquela forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto, a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo do poder legítimo.

No entanto, como já visto, a maioria que exerce influência nas decisões dos rumos social, político e econômico do país não reflete exatamente a maioria da população. Há, efetivamente, uma disparidade entre o grupo que aqui se convencionou chamar de “maioria” e o conjunto populacional que constitui uma maioria numérica. Basta pensar que, apesar de ser mais da metade da população, no Congresso Nacional menos de 30% dos seus integrantes são mulheres.

Em razão dessa desigualdade, a fim de evitar a tirania da maioria, que limitações constitucionais, na forma de direitos fundamentais, foram impostas ao exercício do poder da maioria.

⁹ BRASIL, op cit., nota 4.

¹⁰ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007. p. 324.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 13.

Verifica-se, portanto, uma aparente tensão entre o exercício de poder da maioria e a defesa dos interesses de grupos minoritários. Acerca dessa aparente tensão, ensina Luis Roberto Barroso¹²:

[...] Por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia-a-dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo. [...]

Direitos fundamentais, nesse sentido, são limitadores, posições jurídicas individuais contra o agir desmedido do Estado, ainda que este agir esteja alinhado com o desejo da maioria, ou seja, que a ação esteja de acordo com o princípio majoritário.

Segundo a doutrina de Ronald Dworkin¹³, citado por Jorge Reis Novaes, ser detentor de um direito fundamental significa ter um trunfo contra o Estado, um trunfo contra a maioria. Todavia, esse direito fundamental, ou esse trunfo, deve ser protegido pelo próprio Estado, por meio de suas instituições, a fim de garantir o equilíbrio entre os interesses majoritários e o direito das minorias.

Dentro do Estado Democrático de Direito e a estrutura de Estado que a Constituição estabelece, o Poder que tem como função garantir esse equilíbrio é o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, eis que guardião da jurisdição constitucional. Isso posto, a jurisdição constitucional é o instrumento de proteção das minorias contra a tirania da maioria.

O art. 102 da CRFB¹⁴ preceitua que cabe ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, tendo este tribunal a competência para examinar e julgar causas constitucionais. Significa dizer que cabe ao STF, portanto, a guarda e a defesa dos direitos fundamentais não só da maioria, mas também da minoria que estiver eventualmente sendo subjugada.

Nesse sentido, seu atuar deve ser orientado pela proteção constitucional dos direitos fundamentais e a representação das minorias vulneráveis. A esse atuar, dá-se o nome de princípio contramajoritário.

Por meio de seu atuar contramajoritário, o STF tem capitaneado debates progressistas e se firmado como efetivo ator democrático na defesa dos direitos das minorias.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 90.

¹³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*. COIMBRA: COIMBRA, 2006. p. 28.

¹⁴ BRASIL, op cit., notas 4 e 9.

Exemplo disso se traduz no trecho do voto do Min. Marco Aurélio, relator da ADPF 54¹⁵, que decidiu ser possível a realização do procedimento de aborto pelo Sistema Único de Saúde – SUS, em caso de comprovada anencefalia do feto:

[...] a mulher, portanto, deve ser tratada como um fim em si mesma, e não, sob uma perspectiva utilitarista, como instrumento para geração de órgãos e posterior doação. (...) não se poderia compeli-la, com fundamento na solidariedade, a levar adiante a gestação, impondo-lhe sofrimentos de toda ordem. Caso contrário, ela estaria sendo vista como simples objeto, em violação à condição de humana

A polêmica do assunto revolve o posicionamento contrário ao direito ao aborto, protagonizado, principalmente, por uma maioria masculina, conservadora e religiosa da sociedade, defendendo que, não obstante a criança não fosse vingar em ambiente extrauterino, a gestação deveria ser continuada até o expurgo do natimorto, sendo vedada a interrupção prévia, inclusive para fins de doação de órgãos do bebê.

Essa posição, apesar de amplamente defendida dentro dos órgãos representativos da sociedade, tais como: o Congresso Nacional e a imprensa de massa, não prevaleceu na Suprema Corte, em razão, justamente, da defesa do direito fundamental da mulher como parte integrante da sociedade e não mero instrumento para procriação humana.

Outro exemplo de atuação contramajoritária do STF se deu no julgamento da ADPF 187¹⁶, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que permitiu a livre reunião de pessoas para protestar contra a criminalização das drogas, evento conhecido como “Marcha da Maconha”:

O sentido de fundamentalidade de que se reveste essa liberdade pública permite afirmar que as minorias também titularizam, sem qualquer exclusão ou limitação, o direito de reunião, cujo exercício mostra-se essencial à propagação de suas idéias, de seus pleitos e de suas reivindicações, sendo completamente irrelevantes, para efeito de sua plena fruição, quaisquer resistências, por maiores que sejam, que a coletividade oponha às opiniões manifestadas pelos grupos minoritários, ainda que desagradáveis, atrevidas, insuportáveis, chocantes, audaciosas ou impopulares

À época, setores conservadores da sociedade defendiam que eventos como a Marcha da Maconha não poderiam ocorrer, uma vez que se traduziriam em apologia à fato criminoso, que é conduta típica prevista no art. 287 do Código Penal¹⁷.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF Nº 54*. Relator: Marco Aurélio de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF Nº 187*. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF187merito.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 22.

¹⁷ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.

No entanto, tal entendimento não vingou no STF, eis que o Tribunal entendeu que o direito fundamental de reunião e de liberdade de expressão não se confunde com o ilícito penal acima citado e que nem mesmo os grupos majoritários sem sobrepõe aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República, cujo texto confere, aos direitos fundamentais, um nítido caráter contramajoritário.

Dessa forma, defende-se que o exercício da jurisdição do STF deve ser pautado na guarda da constituição e na consequente defesa dos direitos fundamentais. Sendo certo que a referida defesa se dá, especialmente em questões que envolvam interesses de grupos minoritários, pela observância do princípio contramajoritário em detrimento dos excessos praticados pela maioria.

3. FUNDAMENTOS DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO, A INVALIDADE DO USO DA OPINIÃO POPULAR NAS DECISÕES DO STF PARA MATÉRIAS DE DIREITOS HUMANOS.

Atualmente a legitimidade do STF e até sua existência como instituição democrática vem sendo questionada por parte da população. Esses protestos e críticas à atuação jurisdicional da Suprema Corte são capitaneados, principalmente, pela maioria conservadora e reacionária da sociedade que retomou seu protagonismo político em função das crises políticas e econômicas que o país viveu nos últimos anos¹⁸.

Para remediar as críticas sociais e retomar o apoio popular, verificou-se que a Suprema Corte vem utilizando da opinião popular, para fundamentar votos em assuntos sensíveis. Exemplo disso, é o voto do Min. Luis Roberto Barroso no HC nº 126.292/SP¹⁹, no qual o STF entendeu ser possível o cumprimento antecipado da pena após decisão condenatória na segunda instância.

No referido voto, várias são as passagens em que o Exmo. Ministro se refere à “exigência da ordem pública”, “credibilidade do Poder Judiciário” e a necessidade de estar “em linha com as legítimas demandas da sociedade”.

Como se vê, esses não são argumento jurídicos embasados em normas ou princípios constitucionais, mas sim expressões genéricas que procuram dar base ao posicionamento

¹⁸ HENRIQUE, Guilherme. A nova onda conservadora no Brasil. *Deutsche Welle*. Disponível em: <<https://p.dw.com/p/2ojZQ>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC Nº 126.282*. Relator: Teori Albino Zavascki. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

tomado pelo Ministro em um pretense consenso social. Em verdade, o que se busca com esse tipo de argumentação é aproximar a instituição da sociedade para conferir legitimidade democrática a atuação da Corte.

Todavia, como já exposto anteriormente, o que se traduz como opinião popular não engloba a totalidade dos indivíduos do país. Ao contrário, é o posicionamento político, em regra, de uma parcela mínima da população que detém os meios de influência. Sendo assim, o que, na prática, o STF faz quando adota esse tipo de argumentação é sancionar um posicionamento da maioria em detrimento, eventualmente, de direitos fundamentais de um grupo minoritário.

Além disso, a fundamentação de decisões com base em opinião popular dá margem para que o julgador imponha sua visão política de mundo em suas decisões, ferindo assim o princípio da impessoalidade, bem como viola o dever de fundamentação das decisões, uma vez que a opinião popular não é passível de confirmação por método jurídico.

Os que defendem esse tipo de atuação, levando em conta a opinião majoritária, entendem que, ao atuar de forma contramajoritária, o STF e dos demais tribunais incorrem em exacerbado ativismo judicial.

Para fins e compreensão da crítica, cabe, aqui, trazer a conceituação de ativismo judicial de Elival da Silva Ramos²⁰:

[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.

Segundo Daniel Souza Sarmento²¹, a prática do decisionismo judicial, que é a denominação de ativismo judicial que o autor utiliza, é prejudicial à democracia, uma vez que permite à juízes não-eleitos impor suas preferências, em detrimento das deliberações do legislador.

²⁰ GRANJA. apud RAMOS, Elival da Silva. *O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais*. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

²¹ SARMENTO, Daniel Souza. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007. p. 14

Todavia, essa lógica mostra-se invertida.

Na lógica constitucional do pós-1988, ou o que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo, todas as leis e atos da vida pública e privada devem encontrar fundamento, ainda que reflexo, na Constituição Federal. Ela é o argumento de validade de qualquer ato praticado por um indivíduo.

Nas palavras de José Afonso da Silva²², a Constituição:

é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.

Assim, se é da Constituição que todos os atos retiram fundamento e é função do Supremo Tribunal Federal a guarda e interpretação de suas normas, as leis produzidas pelo Poder Legislativo devem se submeter ao controle judiciário, sem que isso se traduza em violação ao princípio da separação dos poderes.

Logo, há de se privilegiar a lição do próprio Ministro Luis Roberto Barroso²³, que diz que ativismo judicial é um modo mais ativo e proativo de interpretar e aplicar a Constituição, expandindo seu alcance, especialmente em situações em que há descolamento entre a classe política e a sociedade civil, cabendo ao Judiciário atuação no sentido da concretização de valores e fins constitucionais.

Nesse sentido, é justamente essa atuação efetiva na defesa dos direitos fundamentais de grupos minoritários que, apesar da aparente contradição com o princípio majoritário fundante da democracia, serve para legitimar a atuação da Suprema Corte e, em última análise, o próprio estado democrático de direito.

Nesse mesmo sentido, parece ser o entendimento do Ministro Luiz Fux²⁴:

O Supremo Tribunal Federal tem compromisso com a guarda da Constituição. E nenhum receio de desagradar a opinião pública, ou de cair em impopularidade, pode fazer com que um ministro do Supremo Tribunal Federal abdique da sua independência

²² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 46.

²³ GRANJA, apud BARROSO, op cit., nota 19.

²⁴ PONTES, Felipe. *Fux diz que ministro do STF não deve recear desagradar opinião pública*. Agência Brasil. Disponível em: < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-01/fux-diz-que-ministro-do-stf-nao-deve-recear-desagradar-opinioao-publica>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

Sendo assim, se mostra absolutamente inviável que os Ministros do STF se valham da opinião popular como fundamentação de suas decisões, especialmente em matérias atinentes a direitos humanos, sob o argumento de conferir legitimidade democrática à atuação do Supremo, uma vez que a legitimidade democrática da Suprema Corte, conforme amplamente demonstrado, sequer advém da observância da posição majoritária, mas sim da defesa dos direitos fundamentais das minorias, ou seja, o exercício do princípio contramajoritário.

CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal foi organizado pela Constituição da República como um órgão diferenciado quanto à sua composição e forma de atuação.

Ao contrário dos demais poderes, a Suprema Corte não tem membros eleitos pelo povo e seus cargos são vitalícios. Além disso, o tribunal não tem o dever de observar o princípio majoritário em suas decisões, ou seja, não tem obrigação de decidir conforme o pensamento corrente da maioria da população.

Contudo, essas peculiaridades provocam o aparente conflito entre a vontade da maioria e a proteção dos direitos fundamentais de grupos minoritários e o questionamento sobre a legitimidade democrática da atuação do STF.

Como órgão de Estado que é, sua atuação busca legitimidade por meio da transparência e do apoio público. Nesse sentido, é possível verificar que, quando pressionado com diversas críticas, os ministros do STF se valem de opiniões populares como argumento decisório, a fim de buscar legitimidade pelo apoio público.

Ocorre que, como visto, o que é descrito como opinião popular, na verdade é o posicionamento político de grupos de influência que, via de regra, são conservadores e buscam manter suas posições de privilégio. Assim, a Suprema Corte, ao ceder às críticas e utilizar-se de opinião popular como argumento de suas decisões, atua como legitimadora e perpetuadora de um sistema desigual de privilégios.

Além disso, da forma como foi pensada pela Constituição Federal, a Suprema Corte é local de defesa dos direitos fundamentais dos grupos minoritários e seu atuar deve ser com base no princípio contramajoritário. Portanto, não há que se falar em falta de legitimidade democrática ou ativismo judicial se uma decisão do órgão privilegia a defesa de um direito fundamental de um grupo minoritário, em detrimento à um posicionamento aparentemente majoritário dentro da sociedade.

Dessa forma, conclui-se que é inviável a utilização da opinião popular como argumento decisório nos posicionamentos exarados pelo STF, especialmente em matérias que tratem da defesa de direitos fundamentais de minorias. O atuar da Suprema Corte, baseado na Constituição Federal, deve sempre procurar calcar-se no princípio contramajoritário quando isso se revelar garantidor dos direitos das minorias.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direitos Constitucional Contemporâneo*. 8 ed. Rio de Janeiro: Saraivajur, 2019.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 33*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 45*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/17lb9d2>>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 54/DF*. Relator: Marco Aurélio de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 132*. Relator: Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 187/DF*. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF187merito.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292/SP*. Relator: Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

HABERMAS, Jurgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HENRIQUE, Guilherme. *A nova onda conservadora no Brasil*. Deutsche Welle. Disponível em: < <https://p.dw.com/p/2ojZQ>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. Rio de Janeiro: Saraivajur, 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 6 ed. São Paulo: Método, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*. Coimbra, Editora Coimbra, 2006.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 4 ed. São Paulo: Método, 2009.

REIS, Eliana Tavares dos; Grill, Igor Gastal. *Estudos de elites políticas e as bases das multinotabilidades no Brasil*. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/0103-2070.ts.2017.125888>>. Acesso em: 22 out. 2019.

CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues e BRASILEIRO, Rebecca de Melo Magalhães. *Opinião Pública E Fortalecimento Do Judiciário: Desvendando A Transparência No Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: < <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2019/05/opiniao-publica-e-fortalecimento-judiciario-desvendando.pdf> >. Acesso em: 22 out. 2019.