

# DEMOCRACIA E ATIVISMO JUDICIAL: ATUAÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS

*DEMOCRACY AND JUDICIAL ACTIVISM: ACTUATION OF THE JUDICIARY AND  
EFFECTIVENESS OF THE RIGHTS OF MINORITIES*

*LA DEMOCRACIA Y EL ACTIVISMO JUDICIAL:  
PAPEL CONTRAMAYORITARIO DEL PODER JUDICIAL EN EFECTIVACION DE  
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS MINORÍAS*

*Fernando de Brito ALVES<sup>1</sup>  
Guilherme Fonseca de OLIVEIRA<sup>2</sup>*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Democracia, direitos fundamentais e minorias. 3. Minorias: igualdade jurídica e igualdade fática. 4. Atuação contramajoritária, ativismo judicial e direitos fundamentais das minorias. 5. Autocontenção e democracia. 6. Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** Discorre acerca do modelo de governo democrático à luz da teoria da democracia crítica. Discute a problemática da participação das minorias dentro do processo político. Apresenta a busca da igualdade fática pelos grupos minoritários – dita enquanto grau de efetivação relativamente à igualdade jurídica. Expõe graus distintos de efetivação para direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão. Defende o ativismo judicial pautado numa ética contramajoritária e com vistas à efetivação da Constituição Federal brasileira de 1988. Ressalta a relevância da autocontenção para manutenção dos pilares democráticos. Defende, em última

---

<sup>1</sup> Pós-doutor em Direito Constitucional e democracia pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino. Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor Adjunto da UENP (graduação e mestrado em Direito). Professor das Faculdades Integradas de Ourinhos (SP). E-mail: alvesfb@uol.com.br.

<sup>2</sup> Advogado. Pós-Graduado em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: guilherme.advc@hotmail.com e guilherme@bni.adv.br.  
Artigo submetido em 01/03/2014. Aprovado em 09/05/2014.

análise, uma dogmática constitucional emancipatória.

**ABSTRACT:** Talks about the democratic form of government in the light of the theory of critical democracy. Discusses the issue of minority groups participation in the political process. Displays the pursuit of factual equality by minority groups - said while degree of effectiveness on the legal equality. Exhibit different degrees of effectiveness for fundamental rights of first and second dimension. Defends judicial activism ruled in an ethical counter-majoritarian and with a view to effecting the Brazilian Federal Constitution of 1988. Emphasizes the importance of self-restraint for maintenance reasons of democratic pillars. Advocates in lastly an emancipatory constitutional dogma.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia crítica. Direitos fundamentais. Minorias. Igualdade jurídica e igualdade fática. Ativismo e Autocontenção Judicial.

**KEYWORDS:** Critical Democracy. Fundamental Rights. Minorities. Factual Equality and Legal Equality. Judicial Activism and Judicial Self-Restraint.

## INTRODUÇÃO

A representação das minorias na democracia e a dificuldade da efetivação dos direitos fundamentais desses grupos dentro do processo político é tema dos mais interessantes para o Direito Constitucional. Dentro desta matéria, objetiva-se neste trabalho o cumprimento dos comandos constitucionais a partir da atuação contramajoritária do judiciário – dentro do sistema brasileiro – quando a democracia se mostrar ineficiente para a defesa das minorias. Busca-se, para tanto, fundamento na Constituição de 1988 para construir um ideal de igualdade fática, principalmente a partir das normas contidas nos §§ 1º e 2º do art. 5º.

Num primeiro momento, são apresentadas questões relativas ao modelo de governo democrático, expondo-se, brevemente, considerações a respeito da democracia crítica, ponderando-se, no mesmo ponto, a relação entre democracia e direitos fundamentais. Nessa esteira, trabalha-se com um ponto de vista realista, reconhecendo que, nas relações de poder, muitas vezes prevalece a vontade das maiorias governamentais em claro detrimento de direitos das minorias.

Em seguida, é defendida a busca da igualdade fática para os grupos minoritários, mas igualdade fática referindo-se ao grau de efetivação relativamente à igualdade jurídica - sendo esta proposta com base no amplo rol de direitos fundamentais da Carta de 1988. A partir disto, é abordada a defesa da via judicial para a tutela desses direitos, em diferentes níveis, a depender se se referem a direitos fundamentais de primeira ou segunda dimensão.

Encerrando, analisa-se a tensão entre ativismo e autocontenção para entender quando e como é sustentável a tutela de direitos fundamentais de minorias pela atuação contramajoritária do Judiciário, e abraça-se, ao fim e ao cabo, não a defesa do Estado pelo Estado, mas, antes, da pessoa humana e dos direitos fundamentais, a reconhecer uma dogmática constitucional emancipatória.

## 2. DEMOCRACIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E MINORIAS

O art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988 escolheu a democracia como princípio informador do Estado Brasileiro, sob o primado de que *“todo o poder emana do povo”* - exercido de forma direta ou mediante representação eletiva -, adotando, assim, a chamada *fórmula de Lincoln*, para a qual se opera o *“governo do povo, pelo povo e para o povo”* (FACHIN, 2008, p. 180). O texto constitucional adotou a democracia como base do Estado brasileiro, sistema de governo que pareceu ser o melhor instrumento para realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem, verdadeiramente, nos direitos fundamentais do homem (SILVA, 2011, p. 125).

Embora seja o melhor sistema de governo reconhecido até então, não é e nem deve ser imune a críticas, mas pelo contrário, necessita ser analisado criticamente de forma constante para que se mantenha firme no sentido de construir uma sociedade mais justa e igualitária. Gustavo Zagrebelsky, com propriedade, idealizou que a democracia crítica nunca será um regime arrogante, seguro de si, que recusa autocríticas e olha apenas para frente, mas é um regime inquieto, circunspecto, desconfiado, sempre pronto a reconhecer os próprios erros e a recomeçar do zero (2011, p. 132).

Nesse mesmo sentido, a democracia não pode ser observada enquanto conceito estático e imutável, perfeito e completo, mas pelo contrário, é conceito dinâmico e em constante evolução. É, ainda, conceito histórico, que se enriquece a cada etapa do envolver social, não tratando de mero conceito político, mas de processo de afirmação do povo e de garantia de direitos fundamentais conquistados no decorrer da história (2011, p. 125).

Parece possível, assim, afirmar que o principal fundamento da adoção do governo democrático é justamente a correlação [mais benéfica] entre democracia e direitos fundamentais. Portanto, embora não seja imune a críticas, não seja o sistema de governo ideal, e não possa ser visto como modelo pronto e acabado, é possível afirmar que se trata do melhor modelo de governo reconhecido até o presente momento para efetivação de direitos fundamentais.

Bobbio reconheceu a regra fundamental da democracia como a expressão da maioria, ou seja, *“a regra à base da qual são consideradas decisões coletivas — e, portanto, vinculatórias para todo o grupo — as decisões aprovadas ao menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão”* (1986, p. 19). Aliás, a democracia quase instintivamente remete à ideia de governo da maioria. Quando se fala em democracia, acriticamente, o que vem à mente é a máxima *“vox populi, vox dei”*. No entanto, voltando a Zagrebelsky, com base nos seus conceitos construídos em *A crucificação e a democracia*, é facilmente perceptível que a divinização da vontade da maioria transforma a democracia em um governo irracional e manipulável.

As críticas à divinização da regra majoritária tomam maior relevância se analisados sob a ótica das minorias, de tal sorte que - defende-se - a democracia não pode se assentar estritamente na regra majoritária, mas, também, deve se apoiar na concretização de direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todos nos processos decisórios (BARROSO, 2009, p. 58).

O que não se pode deixar de lado, também, é que eventualmente minorias dependerão da vontade das majorias para deliberar sobre direitos que lhe são essenciais, sem que possam, no entanto, vê-los efetivados, porque nem sempre interessa às majorias defender os direitos dos grupos minoritários. Acredita-se que, por paradigmas mantidos pela falta de instrução, ou também pela visão acrítica da democracia, às majorias não costuma interessar a defesa dos direitos dos grupos vulneráveis. Pelo contrário, é comumente observável que, por conta da aversão e dos preconceitos de determinados grupos, são suprimidos direitos dos demais.

Para arrematar, a respeito da correlação entre o governo democrático e [efetivação de] direitos fundamentais, Robert Alexy propõe três formas de se analisar esse fenômeno, a saber: (1) *o modo de ver ingênuo*, que entende não existir conflito entre democracia e direitos fundamentais, porque, ora, duas coisas boas não hão de colidir. Tanto a democracia quanto os direitos fundamentais podem ser realizados ilimitadamente; (2) *o modo de ver idealista*, que entende que o povo e seus representantes políticos de modo algum tem interesse no processo político e não há violação de direitos fundamentais por majorias parlamentares; e (3) *o modo de ver realista*, que entende a democracia possa ser vista de duas formas, tanto sob uma ótica democrática quanto sob uma ótica não democrática. Do ponto de vista democrático surge a participação geral no processo político, capaz de manter o processo democrático com vida, a partir liberdade de opinião, imprensa, eleições, etc. Do ponto de vista não democrático, aparece a sucumbência da oposição no processo político e a sua insurgência perante o tribunal constitucional (2011, 52-53).<sup>3</sup>

### 3. MINORIAS: IGUALDADE JURÍDICA E IGUALDADE FÁTICA

Para o conceito de minorias, oportunas são as ponderações de Fernando de Brito Alves, quem entende seja essa conceituação obtenível a partir de duas formas: pela afirmação do que são minorias<sup>45</sup>, ou pela negação do que vêm a ser. Com fincas em Ortega y Gasset, conclui: *“considerando que tudo foi negado as minorias, construir-se-á o seu conceito a partir daquilo que a distingue da maioria, ou das*

<sup>3</sup> Ousamos dizer, ainda, que no sistema brasileiro essa insurgência da oposição não se limita ao tribunal constitucional, mas verdadeiramente pode ser veiculada no Judiciário como um todo, considerando o modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil e o amplíssimo rol de direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988.

<sup>4</sup> *“Não se toma a expressão minoria no sentido quantitativo, senão que no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detém o poder. [...] em termos de direitos efetivamente havidos e respeitados numa sociedade, a minoria, na prática dos direitos, nem sempre significa o menor número de pessoas. Antes, nesse caso, uma minoria pode bem compreender um contingente que supera em número (mas não na prática, no respeito etc.) o que é tido por maioria. Assim o caso de negros e mulheres no Brasil, que são tidos como minorias, mas que representam maior número de pessoas da globalidade dos que compõem a sociedade brasileira.”* (ROCHA, 1996, p. 285)

<sup>5</sup> A lei não representa a vontade da maioria. Na prática, o poder não emana do todo. A lei resulta de grupos de pressões e de mecanismos de voto ilegítimos. A separação relevante hoje se estabelece entre maioria governamental e oposição. Cf. Eduardo Cambi. *Neoconstitucionalismo...* p. 183-184. Nesse sentido, não há equívoco quando se fala em baixa representatividade dentro do sistema democrático de minorias não numéricas, porque a maioria governamental não guarda, necessariamente, relação com as majorias numéricas, o que dirime a aparente contradição no exposto.

*massas* (Ortega y Gasset, 1987), ou seja, a diferença” (2009, p. 13). Diferença é, portanto, o que se opõe à igualdade. Diferença é sinônimo de minoria. A diferença mencionada nesse contexto, evidentemente, refere-se à diferença inferiorizante. A diferença caracterizante, por outro lado, não poderia ser empregada como sinônimo de minoria. Corroborando esse ponto de vista, Boaventura de Sousa Santos afirma:

Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades. (2003, p. 56)

Apenas para delimitar tecnicamente o objeto de estudo, com apoio em Ingo Sarlet (2012, p. 30), é interessante destacar o que se entende a respeito das expressões “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”: a) Direitos do homem se referem a direitos naturais ainda não positivados; b) Direitos humanos se referem a direitos positivados em âmbito internacional; e c) Direitos fundamentais representam direitos outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado.

A efetivação que se pretende observar segue a igualdade fática com vistas à máxima tutela de direitos fundamentais, ou seja, de direitos constitucionalmente positivados na Constituição Federal Brasileira de 1988 (ou implícitos e decorrentes dos princípios da Carta - art. 5º, § 2º). Os conceitos de igualdade jurídica e igualdade fática são trazidos por Alexy com base no art. 3º, § 1º, da Lei Fundamental Alemã. O primeiro postulado está relacionado ao tratamento em si desconsiderando os seus múltiplos efeitos. O segundo postulado, por sua vez, considera os efeitos do tratamento igual ou desigual ofertado (2008, p. 418-419). A esse respeito, é oportuna a crítica de Rothenburg a essa distinção, crítica que se toma como acertada, para, daqui em diante, considerar a diferença entre igualdade fática e igualdade jurídica eminentemente de cunho gradativo, voltada à sua efetivação (ROTHENBURG, 2008, p. 86):

A igualdade de fato (material) será o resultado eventual da igualdade de direito (formal). Então, se tomarmos a igualdade formal e a material como categorias eminentemente jurídicas, nenhuma delas confunde-se com a igualdade de fato. E se tomarmos a igualdade material como a dimensão concreta, da realidade (no plano da efetividade), então ela não corresponde a qualquer conceito jurídico-normativo de igualdade.

Igualdade corresponde a um conceito relacional e orientado. Relacional por implicar na relação entre seres e situações. Orientado por elencar como finalidade a justiça por equivalência (ROTHENBURG, 2008, p. 81). Notadamente, para que se possa falar em igualdade é imprescindível um paradigma. Nesse sentido, quando se fala em igualdade, é antes necessário questionar: *igualdade entre quem? e igualdade em quê?* (BOBBIO, 2000, p.298)

No âmbito da Constituição brasileira, o art. 5º, *caput*, expõe o princípio da igualdade jurídica - direito fundamental de primeira dimensão - sob a máxima de que

“*todos são iguais perante a lei*”. Manifesta-se como direito de cunho “negativo”, uma vez que dirigido a uma abstenção, e não a uma conduta positiva dos poderes públicos (SARLET, 2012, p. 47). A respeito deste direito, brilhantes são as ponderações de Celso Antônio Bandeira de Mello na sua obra clássica *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*<sup>6</sup>. Não obstante, o objetivo é ir além, colher também da Constituição brasileira, a partir do permissivo do art. 5º, § 2º, e da cláusula de aplicabilidade imediata prevista no § 1º, a tutela da igualdade fática. A igualdade fática pela intervenção jurisdicional. Pois, acredita-se: “*cabe ao Direito [...] não apenas defender a igualdade contra violações, mas também promover a igualdade com distinções*” (ROTHENBURG, 2008, p. 82), principalmente diante da inércia ou ineficiência dos poderes competentes.

No que tange a direitos de primeira dimensão (direitos civis e políticos), é relativamente tranquilo encontrar o paradigma nivelador da igualdade: as minorias não desejam outra coisa senão exercer todos os direitos civis e políticos exercidos pelas maiorias eventuais. O exemplo emblemático, em nossa opinião, de atuação jurisdicional no reconhecimento de direitos dessa categoria, trata a respeito da união estável (STF) e do casamento homoafetivo (STJ). Nem tão simples, no entanto, é reconhecer o paradigma para direitos de segunda dimensão, porquanto embora inúmeros direitos econômicos e sociais constem expressamente do texto da Constituição Federal, o parâmetro nivelador é tanto mais tormentoso de se encontrar, máxime considerando a escassez de recursos e a tensão entre reserva do possível e mínimo existencial.

Em outras palavras, os paradigmas devem ser distintos em razão do reconhecimento da seguinte máxima: direitos civis e políticos não necessitam de aportes significativos de recursos, enquanto direitos sociais, econômicos e culturais os demandam, constituindo, assim, a existência de direitos *baratos* e *caros*, respectivamente (SGARBOSSA, 2008, 78)<sup>7</sup>.

O que importa saber, por fim, é que a igualdade fática defendida, em ambos os casos, seja de direitos de primeira ou segunda dimensão, adviria da justiciabilidade dos direitos das minorias, com base nos direitos fundamentais previstos na CF/88 e, principalmente, com vistas ao “*conceito materialmente aberto de direitos fundamentais no direito constitucional positivo brasileiro*” (SARLET, 2012, p. 78-140) e na “*aplicabilidade imediata (direta) e plena eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais*” (SARLET, 2012, p. 261-273), respectivamente §§ 1º e 2º do art. 5º.

Com base no fato de que minorias são caracterizadas por diferenças inferiorizantes, de que há fundamento constitucional para a tutela de uma igualdade fática na Constituição (observada enquanto parâmetro de efetivação), e na

---

<sup>6</sup> Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando: a) a norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado; b) a norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situação ou pessoas por tal modo desequiparadas; c) a norma adota como fator de discrimen sem pertinência lógica com a disparidade dos regimes adotados; d) a norma supõe relação de pertinência lógica, mas o discrimen destoa dos interesses constitucionais; e e) a interpretação da norma extrai dela distinções ou desequiparações que não foram assumidos por ela de modo claro, ainda que implicitamente (cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, 2013, p. 47-48)

<sup>7</sup> Neste mesmo sentido, dentre outros, Ingo Sarlet e Virgílio Afonso da Silva.

característica imanente aos direitos fundamentais de justiciabilidade<sup>8</sup> (com status principiológico<sup>9</sup>), tais grupos parecem poder se valer do Judiciário para correção *in casu* das mazelas do sistema democrático.

#### 4. ATUAÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA, ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS

O modo de ver realista da democracia, como sugerida por Alexy e apresentada anteriormente, apresenta divisão dicotômica a respeito da relação existente entre democracia e direitos fundamentais. Divide-se numa ótica democrática e não democrática, importando, para o trabalho, o reconhecimento do viés não democrático. O principal fundamento para a defesa deste ponto toma como base a chamada *força normativa da constituição* (HESSE, 1991, p. 19), em contraponto à ideia de Constituição como mera “folha de papel” subjugável às relações de poder. E também, sobretudo, no fato de que a democracia não é um fim em si mesmo, de tal sorte que a vontade da maioria, à luz dum pensamento crítico, não pode prevalecer em detrimento do bem comum.

Pensando com Bobbio (1992, p. 24), hoje se mostra como problema central em relação aos direitos do homem<sup>10</sup> não tanto o exercício de justificá-los – isto dito no sentido de construir fundamento irrefutável para esses direitos –, mas verdadeiramente o trabalho de protegê-los. Daí, considerando a baixa força expressiva daqueles grupos sem representação substancial no processo deliberativo, e que, por via de consequência não conseguem salvaguardar seus direitos, para se falar em justiça, de alguma forma devem ter seus direitos tutelados, sob pena de sobrepujar o princípio da igualdade anteriormente fundamentado à luz da Constituição<sup>11</sup>. Nesses pontos se sustenta o ativismo na tutela de direitos fundamentais das minorias.

---

<sup>8</sup> “A institucionalização [dos direitos do homem a partir da positivação no texto constitucional] abarca necessariamente, a justicialização.” (ALEXY, 2011, p. 63).

<sup>9</sup> Princípios exigem realização na maior medida possível dentro dos pressupostos fáticos e jurídicos existentes. Não expõe mandamento definitivo, mas apenas conteúdo *prima facie*. Representam razões que podem ser afastadas por razões contrárias. Por fim: um princípio cede lugar quando, no caso concreto, é conferido peso maior a outro princípio (ALEXY, 2008, p. 103-105). Nessa esteira, direitos fundamentais ostentam - via de regra - status de princípios, já que não são cumpridos em sua totalidade, tendo de ceder espaço em determinados casos para outros direitos fundamentais, quando se constatar, a partir da máxima da proporcionalidade, uma relevância maior de outro princípio à luz das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Direitos fundamentais não podem ser analisados como regras, mas devem ser analisados como princípios, de tal forma que se assim não o forem, hão de se transformar em letra morta.

<sup>10</sup> Em que pese a referência do autor aos direitos do homem, evidentemente a tutela de direitos positivados no ordenamento constitucional empregam muito mais força ao dever de sua efetivação. Ou seja, se entendia o autor italiano a premência da proteção de direitos mesmo não positivados, tanto mais será justificável a tutela de direitos constitucionalmente assegurados, máxime com vistas ao que disciplina o art. 5º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal de 1988.

<sup>11</sup> Da mesma forma que a democracia não se justifica como um fim em si mesmo, a defesa da Constituição também não. No entanto, frisa-se a qualidade e amplitude de direitos elencados na Carta de 1988 justifica a defesa de sua concretude e efetividade ao máximo. Ingo Sarlet analisou o contexto histórico ímpar da formulação da Constituição, após mais de 20 anos de ditadura, que acabou por criar o

O ativismo judicial é um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, está associado, por assim dizer, a uma participação intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins da constituição, com maior interferência no âmbito de atuação dos demais Poderes (BARROSO, 2009, p. 335). O ativismo se sustenta à medida que - e somente se - o processo político falha na tutela de direitos fundamentais – notadamente no caso das minorias em razão de sua baixa participação nesse processo. Na defesa dessa atuação, brilhante é o trecho abaixo transcrito da lavra do Ministro Luís Felipe Salomão na relatoria do Recurso Especial nº. 1.183.378/RS:

Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

Retomando a ideia de que a igualdade fática para as minorias é obtível em diferentes níveis a depender dos direitos tutelados, repete-se que o ativismo não deve medir esforços na defesa de direitos de primeira dimensão, porque, se são direitos que não impõe ônus ao Estado (ou seja, são direitos baratos), a negação desses direitos pelas maiorias eventuais contraria o pluralismo que exsurge da Carta de 88, devendo tomar-se como, portanto, parâmetro para igualdade fática, o céu dos direitos exercidos pelas maiorias.

Abordagem distinta, no entanto, merecem os direitos sociais e econômicos. A relação dialética entre *mínimo existencial* e *reserva do possível* constrói as bases da exigibilidade dos direitos de segunda dimensão. Assim, adotando a teoria das normas de Alexy, e reconhecendo a natureza principiológica dos direitos fundamentais, a ponderação no caso concreto oferece legitimidade para tutela pela via jurisdicional dos direitos fundamentais de segunda dimensão. O paradigma da igualdade fática, porém, a se reconhecer no caso concreto para esses direitos, necessariamente deve atender a critérios de racionalidade para que possa, ao fim e ao cabo, legitimar-se.

O espaço diminuto do trabalho não permite remontar digressões históricas a respeito da construção do conceito de reserva do possível - seja pelos pactos internacionais, seja pelos julgamentos proferidos pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão - bastando reconhecê-la enquanto uma restrição aos direitos fundamentais que obedece a um certo padrão de racionalidade (OLSEN, 2008, .193). Restrição essa,

---

belíssimo texto constitucional que possuímos (*A eficácia dos direitos fundamentais...p.63-65*). Daí decorre a defesa de sua máxima efetividade.

no entanto, limitada pelo mínimo existencial, que, segundo Sarlet e Figueiredo, seria “*uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana*” (2010, p. 24). De um lado a reserva do possível representa um limite máximo e de outro lado o mínimo existencial desempenha um patamar mínimo para o Estado Social (SGARBOSSA, 2009, p. 207-208). Os direitos de segunda dimensão surgiriam da relação dialética entre *mínimo existencial* e *reserva do possível* e, em virtude disso, demandariam a análise de um paradigma diferenciado com vistas à igualdade fática justificável em relação aos direitos de primeira dimensão.

Embora Lênio Streck seja ferrenho opositor do ativismo judicial, de há muito defende o que chama de “*DNA do direito*”. Isto seria, para o professor gaúcho, dentre outras coisas, a necessária coerência e integridade da jurisprudência que permita um nível mínimo de segurança jurídica (2010, p. 100-101). Na construção do paradigma [racional] necessário para tutela dos direitos fundamentais de segunda dimensão, essa ideia de coerência e integridade jurisprudencial serve perfeitamente, porque, à luz da dialética entre *mínimo existencial* e *reserva do possível*, frisando a questão da finitude e da escassez, para que se permita uma atuação contramajoritária justa, a mesma deve ser coesa, íntegra e fruto de detida reflexão. Em outras palavras: para se justificar a ingerência do judiciário na efetivação de direitos fundamentais de segunda dimensão das minorias, as decisões judiciais devem ser coesas de tal forma que se construa no âmbito jurisprudencial uma ideia clara a respeito do que se consideraria o mínimo existencial obtível judicialmente.

Neste mesmo sentido, Eduardo Cambi reconhece a possibilidade do Judiciário intervir de maneira restrita e responsável na execução de políticas públicas, adotando, para tanto, os postulados normativos da coerência, integridade e reflexão. Acreditando, assim, que a Constituição Federal deixou margens abertas tanto para legisladores como para juízes, confiando certo grau de discricionariedade para os operadores (2011, p. 271). Seguindo o defendido, portanto, sob a ótica de uma dogmática constitucional emancipatória, se justifica uma atuação ativista.

## 5. AUTOCONTENÇÃO E DEMOCRACIA

Sem prejuízo de todo o exposto, em compromisso com um ideal de justiça e tendo em mente o fato de que a estrutura do Estado e a concepção tripartida são necessárias para o controle do poder, parece interessante a seguinte observação de Luís Roberto Barroso: “*o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer de cura.*” (2009, p. 46).

As críticas à atuação contramajoritária do Judiciário existem, são muitas e não podem ser desconsideradas, a saber: I) há quem simplesmente não acredite que ao exercer o controle de constitucionalidade o Poder judiciário atue necessariamente contra a vontade da maioria popular; II) há quem diga a que a democratização da jurisdição constitucional superou a dificuldade contramajoritária com a ampliação dos legitimados para propositura de ações diretas, porque se abriu o âmbito jurisdicional para a participação política, pluralizando-se, assim, as vozes nos debates constitucionais; III) existe ainda quem entenda que, ao contrário do defendido neste

artigo, a atuação jurisdicional se dê em favor dos poderes majoritários, e não em favor das minorias (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 13-15)<sup>12</sup>.

No entanto, não se advoga a tese aqui defendida de maneira inocente e em total alienação ao que a doutrina discute a respeito do tema<sup>13</sup>. Defende-se, ao reverso, a atuação na efetivação de direitos fundamentais de minorias, nos termos expostos anteriormente e que, além disso, se legitime ao permitir o controle das decisões pela sociedade, principalmente a partir da fundamentação utilizada para reconhecimento ou não de direitos. Sérgio Moro, neste sentido, indica que, embora se admita em alguns casos certo grau de “subjetividade” ao julgador, essa atuação não é livre, mas submetida aos métodos de interpretação da Constituição, submetida de tal forma que possa ser controlada pela sociedade e pelos demais operadores do Direito, sendo verdade que existirão decisões “certas” e “erradas” no contexto em que se inserem. (2001, p. 84). Para que se confira, então, legitimidade democrática às decisões [para as decisões num geral, mas sobremaneira às decisões ativistas], é necessária a constituição de ao menos dois limites: A estrutura da fundamentação e a busca da racionalidade (QUEIROZ, 1999, p. 181)<sup>14</sup>.

Quando o ativismo não se justifique na defesa de quem é desprestigiado dentro processo político, ou quando se dê com intuito meramente arbitrário na busca do poder, deve ser veementemente repreendido.

Nessa esteira, o ativismo deverá em determinados casos ceder à autocontenção, exurgindo quando: a) nasçam *riscos para a legitimidade democrática*, sendo certo que tais riscos só se justificam na tutela de direitos fundamentais; b) nasça *risco de politização da Justiça*, sabendo que o direito não é política e não admite escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas; e c) demonstre-se a *incapacidade institucional do Judiciário*, reconhecendo que, às vezes, o juiz não dispõe das informações, do tempo e do conhecimento dos possíveis impactos de determinadas decisões (BARROSO, 2009, p. 338-344).

A esse respeito, expõe Clèmerson Merlin Clève (2012, p. 12):

O Judiciário ocupado com as promessas constitucionais não será nem ativista, nem deferente, em todas as circunstâncias, com as escolhas do legislador (ou do administrador). Operará, conforme o caso, mas sempre a partir de bases racionais com sustentação na Lei Fundamental, ora um controle mais forte, ora um controle mais débil do ato (omissivo ou comissivo) impugnado. Transitará entre a autocontenção, prestando

---

<sup>12</sup> O diminuto espaço deste trabalho não permite discorrer sobre cada uma das teses, bastando salientar que o próprio autor reconhece procedência parcial para cada uma delas, no contexto das teses defendidas naquele trabalho.

<sup>13</sup> Sabe-se, por exemplo, a respeito da denominada “Era Lochner” nos Estados Unidos da América, país que de há muito experimenta a ingerência do Judiciário na política e que sofreu sobremaneira com a atuação do Judiciário em sentido oposto ao defendido neste trabalho.

<sup>14</sup> Embora isto pareça de certo modo contraditório com o alegado anteriormente, de que a atuação jurisdicional deve, às vezes, atuar de maneira não democrática, é certo que em momento algum se defendeu decisionismos ou arbitrariedades, não se admitindo, portanto, decisões que não sejam minimamente suscetíveis de controle. Aliás, as próprias teorias argumentativas que buscam efetivação de direitos fundamentais – principalmente a de Alexy que é arrimo deste trabalho – expõe o dever de fundamentação de maneira incisiva para proteção da ordem democrática, a partir da ponderação.

deferência à escolha do legislador, e o controle mais forte (ativismo) para a proteção dessa ou daquela situação.

Ainda neste contexto, ressalvadas as ponderações feitas ao ativismo judicial, repisa-se que, ao fim e ao cabo, não se justifica a defesa do Estado pelo Estado, não se justifica a defesa da democracia pela democracia, da Constituição pela Constituição, e assim por diante; mas, antes, tudo se justifica pela efetividade do mais amplo rol de direitos, reconhecendo, em última análise, uma dogmática constitucional emancipatória, com vistas à realização da justiça social.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações finais iniciam-se da detida análise do que se tentou demonstrar no decorrer do trabalho. A democracia - como nos mostra a história - é a melhor forma de governo experimentada no reconhecimento de direitos individuais e coletivos. Porém, a experiência também nos mostra que a democracia não é imune a críticas, pois, a adoção de uma divinização da vontade popular, considerando a crise da democracia representativa, a dinâmica das relações de poder e a demagogia - para falar só dessas - traz inexoravelmente vários prejuízos. E esses prejuízos, crê-se, são ainda maiores quando analisados sob a ótica daqueles não representados pelas maiorias governamentais.

A democracia, para as minorias, peca porque muitas vezes não consegue colaborar para a construção de uma justiça equitativa. A vontade majoritária - em claro detrimento dos não representados - prejudica a busca da igualdade e, por via de consequência, reflete negativamente na esfera individual e coletiva daqueles não representados. Sendo assim, tomando como base o que se tentou defender, e considerando a amplitude do rol de direitos elencados no texto constitucional oriundo de momento ímpar de reconhecimento pluralista, optou-se por advogar a tutela jurídica de uma abstrata igualdade fática para os alijados do processo político.

Essa tutela jurídica, decorrente dos direitos fundamentais de reconhecido status principiológico e inerente justiciabilidade, pode alcançar, pela via contramajoritária judicial - desvinculada das pretensões eleitoreiras - a construção de uma sociedade mais justa e igualitária. Acreditando que, com o reconhecimento de um ativismo racional, demonstrado com base em sólida fundamentação e em atenção aos postulados normativos permissivos dessa atuação, o *“agora”* pode ser melhor.

Não se acredita, finalmente, o caminho seja impor uma ditadura judicial em claro prejuízo da democracia - até porque, juízes, assim como os representantes do povo, são humanos e suscetíveis a erro, e, pior, se erram, erram sem o lastro de legitimidade dado pelo voto popular. No entanto, acredita-se que, as minorias, diariamente pisadas pelo descaso das maiorias governamentais, não podem esperar eternamente pelo *“amanhã melhor”*. Não podem - ao menos - serem obrigadas eternamente a esperar pelo *“amanhã melhor”* em nome da divina maioria.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Organização e Tradução por Luís Afonso Heck. 3ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- ALVES, Fernando de Brito. *Para uma fundamentação dos direitos de minorias em tempos de transição paradigmática*. Jacarezinho, 2009. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade do direito brasileiro: exposição sistemática e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- \_\_\_\_\_. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 22ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.
- QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 15, 1996, p. 85-99.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Igualdade material e discriminação positiva: O princípio da isonomia*. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 13, n. 2, p. 77-92, 2009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

- SARLET, Ingo Wolfgang; Mariana Filchtiner Figueiredo. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In. SARLET, Ingo Wolfgang; Luciano Benetti Timm. *Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- SARMENTO, Daniel; Cláudio Pereira Souza Neto. “*Notas sobre a jurisdição constitucional e democracia: a questão da última palavra e alguns parâmetros de autocontenção judicial*”. **Quaestio Iuris.**, v. 6, nº. 2, 2013, p. 107-150.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-providência ao mercado-providência: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal*. Curitiba, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2009.
- STRECK, Lênio Luiz. “*O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos*”. **Hendu.** vol. 1, nº. 1, 2010, p. 93-105.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução: Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.