

A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS GRUPOS MINORITÁRIOS E VULNERÁVEIS: A IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO PODER JUDICIÁRIO

Regina Vera Villas Bôas¹

Gabrielle Valeri Soares²

O estudo ora desenvolvido pretende centrar-se na exploração do vínculo existente entre a proteção jurídica de minorias e de grupos vulneráveis e a função contramajoritária exercida pelo Poder Judiciário. Em sua versão clássica, o Poder Judiciário não era detentor da mesma relevância que passa a possuir com a inclusão de um grande rol de direitos sociais, difusos e transindividuais nas Constituições. Outrossim, a própria noção de controle de constitucionalidade, a qual exsurge no Brasil, nos vieses concentrado e difuso, acaba por operar uma ampliação no âmbito de atuação do Judiciário. Nesse sentido, é importante que não se opere uma confusão entre *ativismo judicial* (que pressupõe uma troca da legalidade pelas convicções pessoais do magistrado) e o *efetivo espaço de atuação do Judiciário*. Observa-se que o Poder Judiciário também deve, sempre, se revelar como um recinto consolidador do exercício da democracia, destacadas, no contexto, as figuras do amigo da corte (“amicus curiae”), e os instrumentos processuais propiciados pela Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7347/1985) e pela Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965).

É dentro deste espectro que se pretende desvelar importantes funções contramajoritária e representativa do Poder Judiciário. Anota-se, no contexto, que a figura do “amicus curiae” – amigo da Corte do amigo do Tribunal - designa uma instituição encarregada de corroborar as decisões das Cortes Judiciárias, ofertando-lhes relevantes fundamentos, clássicos e contemporâneos, a respeito da matéria a ser decidida. Anota-se, ainda, que a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7347/1985) disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-

¹Bi-Doutora em Direito das Rel. Sociais (Direito Privado) e em Direitos Difusos e Coletivos e Mestre em Direito Rel. Sociais, todos pela PUC/SP. Pós-Doutora em Democracia e DH pela Univ. Coimbra (*Ius Gentium Conimbrigae*). ID <http://orcid.org/0000-0002-3310-4274>. E-mail: revillasboas1954@gmail.com

² Mestre em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). E-mail: gabriellevleri58@gmail.com

ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, entre outros. O controle de constitucionalidade, segundo apontado pela doutrina constitucionalista, no âmbito do Estado Democrático de Direito, é dotado de duas dimensões políticas, as quais podem ser assim dispostas: **(i)** função contramajoritária do Poder Judiciário e **(ii)** função representativa do Poder Judiciário. A função contramajoritária do Poder Judiciário ganha importante relevo sob a ótica da democracia constitucional, em razão da sua atuação enquanto Poder contramajoritário, a qual importa lavrar uma decisão que implique o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que este tenha sido aprovado pela maioria do Poder Legislativo.

Nesse sentido, o Poder Judiciário garante – no contexto de proteção das minorias e grupos vulneráveis – as normas constitucionais destinadas à proteção destas minorias e grupos vulneráveis. Frise-se que, raramente, os grupos sociais minoritários e vulneráveis conseguem eleger um número significativo de representantes no Poder Legislativo, designados a promoverem a defesa de direitos e interesses de seus representados. E, nesse contexto, a doutrina constitucional preconiza que o Poder Judiciário desempenha, também, uma função representativa daqueles que não conseguem se articular, de maneira a terem representantes que promovam/defendam os seus direitos e interesses junto ao Poder Legislativo, a exemplo das situações das minorias e dos grupos vulneráveis. Está-se diante, notadamente, da declaração de inconstitucionalidade por omissão.

Dois exemplos interessantes e relevantes da atuação contramajoritária e representativa do Poder Judiciário são trazidos à baixa, no presente estudo: **(i)** a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54, procedente do Distrito Federal, de relatoria do, então, Ministro Marco Aurélio Mello, na qual o Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos, declarou inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, inc. I e II, todos do Código Penal e **(ii)** o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) que, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 (relatoria do Ministro Celso de Mello) e do Mandado de Injunção (MI) nº 4733 (relatoria do Ministro Edson Fachin), entendeu

XVII SEMINÁRIO NACIONAL
DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS
NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

VII MOSTRA NACIONAL DE TRABALHOS CIENTÍFICOS

REALIZAÇÃO

UNISC
UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
Ciência e Desenvolvimento

ISSN: 2447-8229
2022

pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7716/1989), até que o Congresso Nacional editasse lei sobre a matéria.

A respeito da importância social e política atinente à proteção dos grupos vulneráveis e minoritários, pode-se invocar a doutrina de Hannah Arendt, extraída de obra de sua autoria denominada “Origens do Totalitarismo”, que explana acerca da situação em que os apátridas e as minorias se encontravam, após o fim da Primeira Guerra Mundial (1914-1918). A autora deixa claro que os apátridas e as minorias passaram por situações iguais ou piores àquelas enfrentadas pelas outras pessoas, igualmente afetadas pela guerra, a exemplo dos desempregados e dos pensionistas. Isso porque, referidas pessoas, viram-se desprovidas de representatividade e passaram a serem enquadradas nos Tratados das Minorias, os quais, dificilmente, eram concretizados pelos Estados. Nesse contexto, os Direitos do Homem ou os Direitos Humanos – até então inalienáveis – deixaram de ser observados porque não existia nenhum governo ou instituição encarregados dessa proteção: os apátridas haviam perdidos seus direitos nacionais e as minorias não tinham a proteção de nenhuma entidade internacional que detivesse autoridade para tal função protetiva. Hannah Arendt conclui, portanto, que a existência dos direitos humanos se relaciona intrinsecamente com a existência de um universo que possibilite às pessoas participarem da vida comunitária, portanto, se alguém perde o direito de ação e o direito de opinar, perde, também, os seus direitos humanos. A vivência e experiência faz com que Hannah Arendt (1989, p. 330) conclua que todos possuem “um direito a ter direito (e isto significa viver numa estrutura onde se é julgado pelas ações e opiniões) e de um direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada”. O “direito a ter direitos”, propagado por Hannah Arendt, encontra relação com a ideia da comunidade de princípios de Ronald Dworkin, porquanto esta preconiza que as pessoas só são membros de uma comunidade política genuína quando reconhecem que são governadas por princípios comuns e não somente por regras de um acordo político. Nessa toada, recorda-se que desde John Locke – conhecido como pai do liberalismo, representante do empirismo britânico, defensor da liberdade e tolerância religiosa e um dos expoentes teóricos do “Contrato Social” – persiste uma preocupação dos teóricos da separação dos poderes com relação à proteção jurídica

dos grupos minoritários e vulneráveis, o que fica bastante acentuado na doutrina garantista de Luigi Ferrajoli (2014).

Dos presentes estudos, pode-se extrair alguns parciais resultados, entre os quais se destaca a existência de uma imbricação entre o bom funcionamento da limitação do Poder e a defesa de grupos minorias e vulneráveis. A não observância da limitação do Poder – notadamente na experiência italiana – começou com violações à Constituição, revelando uma verdadeira rejeição, por parte dos governantes, ao próprio constitucionalismo: foi este cenário que levou à chamada “onipotência da maioria governativa” e à “neutralização do complexo sistema de regras, de separações e contrapesos, de garantias e de funções e instituições de garantia, que constituem a substância da democracia constitucional”, conforme expresso por Luigi Ferrajoli (2014, p. 13).

A matéria em debate pode despertar duas espécies de respostas na doutrina e na sociedade: (i) alguns entendem o ativismo como um mecanismo de preservação de direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito; (ii) outros defendem a autocontenção judicial como a postura que mais se ajusta a esse mesmo sistema. Nesse sentido, os estudos enfocam o ativismo por meio de olhar transdisciplinar, admitindo a complexidade da relação existente entre os três Poderes da República - o Legislativo, o Executivo e o Judiciário -, e enfrentando a problemática da mudança de paradigmas vivida pelo mundo contemporâneo, notadamente, a partir do enfrentamento da pandemia de covid-19, reveladora da nudez dos mais vulneráveis. Os objetivos da presente pesquisa, por conseguinte, são assim arrolados: explorar as funções representativa e contramajoritária do Poder Judiciário, a importância da proteção efetiva de grupos minoritários e vulneráveis, a existência do vínculo existente entre o controle do Poder e a proteção retromencionada, bem como a possibilidade de se enxergar o Poder Judiciário como um lugar em que a democracia também deve ser exercida. Por derradeiro, a metodologia de pesquisa utilizada envolve procedimento histórico, observacional e documental; objetivo explicativo e abordagem qualitativa, de natureza básica.

Palavras-chave: Ativismo. Contramajoritário. Democracia. Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, José. Montesquieu: sociedade e poder. *In*: Weffort, Francisco C (Org.). **Os clássicos da política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, O Federalista. São Paulo: Ática, 2012, p. 111-187.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das letras, 1999.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Companhia das Letras, 1989.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Consultor Jurídico. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em 25/10/2014.

BASTOS, Marcelo dos Santos. Da inclusão das minorias e dos grupos vulneráveis: uma vertente eficaz e necessária para a continuidade da ordem jurídica constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 18. jul./dez. 2011.

BAYLÃO, Raul Di Sergi. Um conceito operacional de minorias. **Revista Fundação Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, v. 9, p. 209-33, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário**. Relator: Celso de Mello. Julgamento em 16 de agosto de 2011. Diário Judicial Eletrônico. RE 477554 AgR / MG - Minas Gerais, 26 de agosto de 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**: a crise da democracia italiana. São Paulo: Saraiva, 2014.

KUHN, Thomas s. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat baron de. **O espírito das leis**. Martins Fontes, 1996.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Considerações sobre as causas da grandeza dos romanos e de sua decadência**. EDIPRO, 2017.



MORIN, Edgar. **Introdução ao Pensamento Complexo**. Trad. Eliana Lisboa, 5 ed., Porto Alegre: Ed. Sulina, 2015.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS: OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER. **Minorities under international law**: who are minorities under international law?. Disponível em:

<https://www.ohchr.org/en/issues/minorities/pages/internationallaw.aspx>. Acesso em: 1 fev. 2022.

VILLAS BOAS, R. V.; FERNANDES, Francis Ted. **O direito fundamental à liberdade de expressão em face do direito fundamental à intimidade**: prática da ponderação de princípios, realizando à dignidade da condição humana. *Revista de Direito Privado (São Paulo)*, v. 60, p. 57-81, 2014.