

Rocha: Poder 'contramajoritário' do controle de constitucionalidade

21/07/2021

A democracia, como regime de governo baseada na soberania exercida pelo povo — elegem seus representantes através do voto —, tem como pilares a garantia e o respeito aos direitos fundamentais, como as liberdades de expressão, de religião, de ir e vir, além da participação no ambiente político. Nesse contexto, temos a formação da noção de que a democracia é o governo da maioria, através do princípio majoritário.



Assim, para o efetivo exercício da democracia, há a

necessidade de se observar as chamadas condições democráticas, sendo essas explicadas por Ronald Dworkin:

"Democracia significa governo sujeito a condições, as quais poderíamos denominar condições <<democráticas>> de igualdade de posições para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias fornecem e respeitam as condições democráticas, então, por essa razão, é legítimo que estas instituições sejam aceitas por todos. No entanto, quando não o fazem, ou quando não fornecem ou respeitam suficientemente, então não podem se opor, em nome da democracia, a outros procedimentos que protejam e respeitem melhor essas condições" (Dworkin, 2004, p. 117, traduzido por Souza, 2016, p.4).

Nessa mesma esteira de que a democracia é o governo da maioria, entende-se que ela contém a visão de que os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria, na medida em que garante a efetivação e respeito dos direitos da minoria. Assim entende Luigi Ferrajoli:

"Ninguna mayoría política puede disponer de las libertades y de los demás derechos fundamentales: decidir que una persona sea condenada sin pruebas, privada de la libertad personal, de los derechos civiles o políticos o, incluso, dejada morir sin atención o en la indigencia" (2009, p. 36) [1].

Daí que a Constituição, ao prever que qualquer ato emanado pelo Legislativo ou pelo Executivo possa sofrer o controle por parte do Judiciário, permitindo que a vontade da maioria — representada pelos representantes eleitos do Executivo e Legislativo — seja submetida ao crivo de um poder que não foi eleito por ela, referenda a ideia de que os direitos fundamentais tem caráter limitador da atuação do Estado, vejamos:

"Percebe-se então que os direitos fundamentais são concebidos como posições jurídicas tão especiais que não podem se encontrar sob o arbítrio da maioria, justamente porque possuem um papel contramajoritário que visa garantir interesses daqueles que, em determinado momento histórico, podem constituir uma minoria" (Marinho e Borges, p.4).

No mesmo sentido, Robert Alexy:

"Uma possível perspectiva ou ideia-guia seria um conceito geral e formal de direitos fundamentais, que pode ser expresso da seguinte forma: direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples" (2011, p. 446).

Passada essa introdução, e frente à transição política para governos democráticos, aumentou-se a ação das instituições judiciais na gerência da democracia. No Brasil, não foi diferente, o Judiciário, desde os primórdios, tem demonstrado a capacidade de interferência no cenário político, através do controle de constitucionalidade. Assim, ele ganhou, no debate contemporâneo sobre controle judicial de constitucionalidade, a função de "contramajoritário".

De início, há a necessidade de analisar a expressão sobre o aspecto funcional. Assim, a função contramajoritária *"resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de checks and balances"* (Maciel; Koerner, 2002, p. 114) elencados na Constituição como um meio balizador e autorregulador do próprio Estado. Segundo Barroso e Mendonça (2013, p.2-3), informando sobre a função judiciária, temos que:

"O primeiro papel é apelidado, na teoria constitucional, de contramajoritário: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (i.e., de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo contramajoritário."

Assim temos que a Constituição, ao prescrever a possibilidade de controle pelo Judiciário dos atos emanados pelo Executivo e pelo Legislativo (que foram tomados de forma majoritária, estes eleitos pelo povo e decisões que foram tomadas representando a maioria que os elegeu), permite, numa visão contramajoritária, a limitação da maioria em favor da Constituição, vejamos:

"O controle judicial de constitucionalidade ainda que contramajoritário consiste em elemento essencial de um Estado Democrático de Direito visto que age contra a vontade da maioria"

ordinária, mas em favor de uma maioria mais forte representada pela Constituição" (Santos e Arteiro, p.14).

Temos que todo o poder emana do povo, sendo este soberano, ditando as diretrizes através da Constituição, sendo esta suprema e soberana. Assim, todos os poderes devem respeito e obediência aos princípios e valores por ela elencados, cabendo ao Judiciário atuar de forma contramajoritária para corrigir eventuais distorções e abusos praticados pelos outros poderes.

Nesse contexto infere-se que o controle de constitucionalidade é um instituto que garante a supremacia constitucional como excelência (Dantas, 2001, p. 9), assegurando os anseios das minorias diante da vontade ou omissão das majorias.

"Assim, considerando-se tal característica instrumental e de garantia da constitucionalidade que o caracteriza, o controle de constitucionalidade opera como instituição assecuratória das minorias vencidas e da própria democracia, protegendo e corrigindo imperfeições do próprio sistema democrático representativo majoritário" (Sgarbossa et al., 2011, p.145).

A partir da experiência contemporânea do exercício do controle de constitucionalidade no Brasil, é adequado caracterizar o Poder Judiciário brasileiro como "contramajoritário", na medida em que a própria Constituição atribui a ele a função de assegurar a eficácia dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo historicamente consagrados, em um processo de limitação da vontade majoritária, levando-se em conta a vontade da Constituição, seja em casos de ação ou em casos de omissão.

Além de ser "contramajoritário", o controle de constitucionalidade é democrático, garantindo a participação de todos no processo na medida de suas peculiaridades. Vejamos:

"Portanto pode-se inferir que o controle judicial de constitucionalidade das leis, sem embargo de ser contramajoritário — pois frequentemente realizará sua função obstaculizando a vontade majoritária — não é antidemocrático, senão instrumento garantidor da própria noção de democracia ou corretivo de seu caráter contramajoritário. Tal conclusão evidencia, inclusive, que o fato de ser feito por instituições que não representam a vontade da maioria, em lugar de ser grave defeito de legitimidade, como alguns parecem querer fazer crer, faz com que o instituto esteja mais apto ainda a desempenhar suas funções, ainda que contra a vontade majoritária ou fictamente reputada como tal, em função da representação" (Sgarbossa et al., 2011, p.147).

Assim, coerente também é a conclusão de que é devida a caracterização do Judiciário como "contramajoritário" na medida em que, no exercício do controle de constitucionalidade, os seus componentes gozam do benefício da vitaliciedade, reduzindo assim a possibilidade de pressão política (evitando distorções em um ambiente de comoção social), podendo efetivar a proteção das minorias.

"Ademais, partindo-se da premissa de que o controle de constitucionalidade das leis pode operar como um instrumento protetor das minorias políticas, como visto, seria uma vez mais absurdo deixar esta proteção sob a incumbência de órgãos eleitos por um processo deliberativo majoritário, os quais parecem melhor vocacionados à representação política das majorias do

que à proteção das minorias. Paralelamente, justamente em razão de serem eleitos, é natural que estes órgãos estejam muito mais sujeitos a pressões da opinião pública, e, assim, sejam mais suscetíveis a concretizar os clamores populares feitos em momentos de comoção pública, ainda que em clara contrariedade ao texto constitucional" (Sgarbossa et al., 2011, p.149).

Nisso, *"esse contexto de uma presença mais efetiva do direito cria, como consequência lógica, um processo de Judicialização de demandas sociais, preocupadas com a concretização do amplo elenco de Direitos Fundamentais"* (Vieira, 2009, P.45).

Barroso argumenta que a Carta Política de 1988 trouxe inúmeras matérias que antes eram tratadas pelo *"processo político majoritário e para a legislação ordinária"* (2012, p.24). Assim, matérias que antes ficavam restritas ao Legislativo e ao Executivo podem ser judicializadas e levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, *"na medida em que uma questão — seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público — é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica"* (2012, p.24).

A opção do controle de constitucionalidade permite a judicialização da vida, que foi uma opção que lentamente foi sendo formada, pois *"limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente"* (Barroso, 2012, p. 25), diante de ações ou omissões da vontade majoritária.

Referências bibliográficas

ALEX, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. STF entre seus papéis contramajoritário e representativo. Revista Consultor Jurídico. 3 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>>. Acesso em 11 set. 2016.

DANTAS, Ivo. O valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. 2. ed., rev. e aumen. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DWORKIN, Ronald. La construcción de La nación, el constitucionalismo y la democracia. In: KOH, Harol Hongju; Slye, Ronald C. Democracia deliberativa y derechos humanos. 1. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales. In: L. FERRAJOLI, Los fundamentos de los derechos fundamentales (pp. 19-56). Madri: Trotta, 2009.

MARINHO, Sérgio Augusto Lima; BORGES, Alexandre Walmott. O Papel contramajoritário dos Direitos Fundamentais e o dever do Poder Judiciário Brasileiro perante omissões legislativas. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8ee30f15c1c633d3>>, Acesso em 11 set. 2016.



MACIEL, Débora Alves; KOERNER, A. Sentidos da Judicialização da Política: Duas análises. Lua Nova, n.º 57, 2002.

SANTOS, Bruna Izídio de Castro; ARTEIRO, Rodrigo Lemos. O princípio contramajoritário como mecanismo regulamentador da soberania. Disponível em: <<http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/8.pdf>>. Acesso em 11 set. 2016.

SGARBOSSA, Luís Fernando et al. Uma crítica à objeção contramajoritária ao controle judicial de constitucionalidade. X Simpósio Nacional de Direito Constitucional — ABDConst. Curitiba, 24-26 maio 2012. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/anais2/ObjecaoLuis.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2016.

SOUZA, Clarissa Abrantes. O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 07 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55583&seo=1>>. Acesso em: 11 set. 2016.

VIEIRA, José Ribas. Verso e Reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. Revista Estação Científica. Juiz de Fora, V.01, no. 04, outubro/novembro de 2009. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20revisado.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016.

[1] "Nenhuma maioria política pode dispor das liberdades e dos demais direitos fundamentais: decidir que uma pessoa seja condenada sem provas, privada de sua liberdade pessoal, dos direitos civis ou políticos, nem deixar alguém morrer sem atenção ou em indigência" (tradução MARINHO e BORGES, p.4).

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-jul-21/rocha-poder-contramajoritario-control-reconstitucionalidade/>