

UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO COMO ELEMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*AN ANALYSIS OF THE COUNTER-MAJORITARIAN PRINCIPLE AS AN
ELEMENT OF THE JUDICIAL REVIEW IN A DEMOCRATIC STATE LAW*

Adriana de Fátima Pilatti Ferreira Campagnoli¹

Doutoranda em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade
Católica do Paraná - PUCPR

Silvana Souza Netto Mandalozzo²

Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR

RESUMO: O presente estudo faz uma abordagem do embate entre constitucionalismo e democracia, por meio da análise da Constituição Federal e do princípio da supremacia, como mecanismos de proteção dos direitos fundamentais e de salvaguarda das minorias, contra a vontade das maiorias políticas. Nesta seara, aparece o controle judicial de constitucionalidade, como um meio de defesa dos direitos individuais

frente às decisões dos demais poderes, tratando-se de um instituto contra o qual se voltam inúmeras críticas, entre as quais se destaca a sua dificuldade contramajoritária, expressada na ausência de legitimidade democrática dos integrantes do Poder Judiciário e na prevalência da vontade da maioria política ocasional. Todavia, o controle judicial de constitucionalidade se apresenta como uma maneira de limitação

¹ Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG, Professora Assistente do Departamento de Direito do Estado, do Curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG, Advogada.

² Professora Associada do Departamento de Direito das Relações Sociais, do Curso de Direito e do Mestrado e Doutorado em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG, Juíza do Trabalho.

dos demais poderes, buscando a proteção e correção do próprio sistema democrático representativo majoritário e se mostrando como condição de existência da própria democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de constitucionalidade; democracia; princípio contramajoritário.

ABSTRACT: *This study makes an approach in the conflict between constitutionalism and democracy, through the analysis of the Federal Constitution and the principle of the supremacy, as mechanisms to protect the fundamental rights and to safeguard the minorities, against the will of political majorities. In this way, the judicial review appears as a defense of the individual rights, in the opposite of the decisions of the other branches, and it appears as an institution against which turns many criticisms, among which stands out its counter-majoritarian difficulty, expressed in the absence of democratic legitimacy of the members of the judiciary and the prevalence of occasional political will of the majority. However, the judicial review is presented as a way of limiting the power of the other branches, and pursues the protection and the adjustment of the democratic representative system itself, and it is shown as a condition of the existence of the democracy itself.*

KEYWORDS: *Judicial review; democracy; counter-majoritarian principle.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Constituição como instrumento de proteção do direito das minorias e o princípio da supremacia; 2 Controle de constitucionalidade; 3 A democracia representativa da maioria e suas limitações; 4 Princípio contramajoritário; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Constitution as an instrument of protection for the minority rights and the principle of supremacy; 2 Judicial review; 3 The majority representative democracy and its limitations; 4 The counter-majoritarian principle; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A democracia ainda permanece como um regime legítimo para governar uma sociedade, pois, apesar de inúmeras críticas suscitadas, não floresce qualquer outro modelo hábil a superá-la. Da mesma forma, existe a necessidade da garantia de direitos, separação dos poderes e limitação do governo, que se consideram como alguns dos pilares do constitucionalismo.

Contudo, conciliar democracia e constitucionalismo tem se mostrado como uma tarefa complexa e problemática, pois, ao se considerar a primeira como a decisão do povo acerca de questões politicamente relevantes, isso inclui normas constitucionais de organização do Estado e limitação aos poderes, o que

justamente esbarra no segundo, como limite a essa soberania popular, alguns conteúdos devem permanecer fora do alcance de decisões majoritárias ou deliberações democráticas.

A partir de tais premissas, e considerando-se que em um Estado Democrático de Direito se faz presente uma Constituição, como norma maior, dotada de superioridade perante as demais, o presente estudo buscará discutir a supremacia constitucional e seu mecanismo garantidor, hábil a fiscalizar e controlar a constitucionalidade das demais normas e atos, apresentando-se como um instrumento para a efetivação da democracia e respeito aos direitos fundamentais.

Assim, serão abordados o controle de constitucionalidade e o princípio contramajoritário, este como elemento integrante daquele.

Para enfrentar tal proposição, busca-se, em um primeiro momento, demonstrar o papel atribuído à Constituição, de instrumento de proteção das minorias vencidas, bem como a sua supremacia perante as demais normas. Na sequência, será abordado o controle de constitucionalidade como instrumento hábil a garantir dita supremacia e um enfrentamento entre a democracia e a regra da maioria.

Apresentar-se-á, como tema de relevante importância, o princípio contramajoritário, como instrumento protetor das minorias políticas e determinante do valor da própria democracia.

Desta forma, a partir de ditas construções, teoriza-se a necessidade de proteção das normas constitucionais, como normas orientadoras da sociedade e expressadas pela vontade de uma maioria popular, mesmo em face de decisões de maiorias ocasionais.

1 CONSTITUIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO DIREITO DAS MINORIAS E O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA

Os sistemas democráticos representativos não oferecem, em si mesmo, qualquer garantia de proteção às minorias vencidas em um processo deliberativo que tenha por base a regra da maioria. Nesta seara, como afirma Luís Roberto Barroso, está um dos mais importantes papéis atribuídos à Constituição³, pois cabe a ela proteger direitos fundamentais, ainda e especificamente contra

³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 89.

a vontade das maiorias políticas ocasionais, operando como importante salvaguarda das minorias, ao limitar o possível no processo político ordinário.

Assim, a Constituição pode ser entendida como a lei do mais fraco, e o Estado de Direito Constitucional nasceu com os objetivos de minimizar o poder subjetivo do soberano e criar uma concepção de sistema político, potencializando suas funções e garantias⁴.

A par disso, há que se considerar que as Constituições também asseguram os pressupostos mínimos de existência da própria democracia, como o direito à informação, liberdade de expressão, voto direto, entre outros, que não podem ser reduzidos à regra da maioria⁵.

Desta forma, a Constituição é ato de delegação do poder do povo soberano para os seus governantes. E para que sua estrutura se mantenha intacta e coesa, consagrou-se o princípio da supremacia constitucional, como um atributo que a coloca em posição de comando, destaque e referência de toda a estrutura legislativa de um Estado, bem como obrigando e regendo a vida da Nação.

Essa supremacia constitucional significa que nenhuma lei ou ato normativo pode ser considerado válido se for incompatível com a Constituição. E negar o princípio da supremacia da Constituição seria permitir que o ato delegado, pelo povo soberano, aos seus governantes, pudesse ir além dos termos do mandato a estes outorgados. Seria o mesmo que sustentar que o mandatário é superior ao mandante ou que os representantes do povo estão acima do próprio povo, além de se admitir que as pessoas que possuem determinados poderes (competências/ atribuições) podem fazer não apenas o que eles não permitem, como também o que proíbem⁶.

Devido à impossibilidade de qualquer norma ou ato infringir a Constituição Federal, há que existir um instrumento hábil a corrigir tais distorções, que, neste caso, é o controle de constitucionalidade das leis, que pode ser definido

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 87.

⁵ 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. p. 143. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/ObjecaoLuis.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2013.

⁶ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 204.

como o instrumento que garante a supremacia constitucional por excelência⁷, conforme será objeto de análise no item subsequente.

Dessa forma, cabe à Constituição limitar os poderes, que em um Estado democrático assume a função de veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que podem ser afetados por maiorias políticas ocasionais. Além disso, cabe também à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, e, com isso, assegurar o funcionamento dos mecanismos democráticos, mas sem a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária⁸.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Nas democracias constitucionais, o controle de constitucionalidade tem se firmado como um instrumento de concretização de direitos fundamentais, enfatizando o papel de articulação do processo judicial com o sistema político. A faculdade dos juízes de revisar a constitucionalidade das normas jurídicas representa uma das características centrais deste modelo democrático. É o principal mecanismo de proteção dos direitos individuais frente às decisões dos poderes públicos, mesmo quando estas resultam direta ou indiretamente da vontade popular, materializando o equilíbrio entre a vontade e o interesse coletivo do povo e os interesses individuais, considerados como direitos fundamentais⁹.

O sistema de controle de constitucionalidade teve origem no caso *Marbury versus Madison* (1803), no qual John Marshall consagrou o ideal de supremacia da Constituição, cabendo ao juiz, sempre que se deparar com uma lei contrária ao Texto Constitucional, não aplicá-la, ante a sua invalidade¹⁰; bem como está intimamente ligado à rigidez constitucional, à proteção aos direitos fundamentais e à supremacia atribuída à Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, posicionando-a no vértice do sistema jurídico.

⁷ DANTAS, Ivo. *O valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 9.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 89-90.

⁹ NINO, Carlos Santiago. *Los fundamentos del control judicial de constitucionalidade. Cuadernos y debates, fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad - Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 97.

¹⁰ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at a bar of politics*. 2. ed. Yale University Press: New Haven and London, 1986. p. 6.

Nesta seara, há que se considerar que cabe ao Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade das leis votadas pelo Poder Legislativo e desconstituir atos normativos do Poder Executivo. E essa legitimidade repousa sobre a sujeição do juiz à Constituição, assumindo seu papel de garantir os direitos fundamentais ali estabelecidos, fatores que fundamentam a legitimação da jurisdição e independência do Judiciário frente aos demais poderes¹¹.

Apesar de tais considerações, a justificação do controle judicial de constitucionalidade das leis vem sofrendo, há tempos, muitas críticas, com diversos fundamentos, tendo como um dos alvos centrais a ausência de legitimação democrática da jurisdição constitucional. Os partidários dessa concepção afirmam que o instituto consiste em uma espécie de usurpação do poder, que poderia colocar em risco a democracia. Fundamentam sua premissa no fato de que os juízes não são submetidos ao sufrágio popular e, por consequência, não representam a vontade popular e, por isso, não possuem legitimidade democrática. Por outro lado, há o entendimento da soberania do Poder Legislativo, ante a sua eleição pela maioria, e a consequente submissão do Judiciário a seus atos.

Neste sentido, existe dúvida da razão que justificaria o Poder Judiciário ter a última palavra em determinar o alcance dos direitos individuais, dirimir os conflitos entre os poderes do governo e interpretar as regras referentes ao procedimento democrático, uma vez que, conforme já expresso, os juízes não são submetidos à eleição pelo voto popular, bem como não estão sujeitos à renovação periódica de seus mandados e tampouco são politicamente responsabilizados pelos seus atos¹².

Esse argumento encontra seu embasamento naquilo que Alexander Bickel denominou de “dificuldade contramajoritária”, asseverando que o controle de constitucionalidade é uma força contramajoritária, o que se apresenta como uma dificuldade inevitável, pois se trata de uma forma de balanceamento entre a regra da maioria e os direitos da minoria¹³, e que desafia a visão tradicional

¹¹ Luigi Ferrajoli *apud* BARBOSA, Cláudia Maria. O processo de legitimação do poder judiciário brasileiro. XV Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Conpedi. Manaus, 15-18 nov. 2006. p. 7. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Claudia%20Maria%20Barbosa.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2013.

¹² NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 258-259.

¹³ BICKEL, Alexander. *Op. cit.*, p. 16-17.

da divisão dos poderes, segundo a qual o Judiciário apenas aplica as normas oriundas do Poder Legislativo, sem analisar o conteúdo das mesmas¹⁴.

Portanto, na perspectiva daqueles que criticam o controle de constitucionalidade, está o princípio do governo da maioria, explicado pelo ponto de vista da eleição, pela maioria dos votos da população, dos representantes do Poder Legislativo, em contrapartida da não sujeição dos juízes ao processo eleitoral. Além disso, a vitaliciedade no cargo e a quase nula possibilidade de perda do mesmo, aliados à ausência de controle de atuação pela maioria da população, mantêm os juízes distanciados das aspirações da opinião pública¹⁵, fazendo com que os conceba como agentes antidemocráticos, e diante de cujas decisões restaria à população somente o acatamento e a sujeição. Demais, consideram que o próprio regime democrático está fundamentado no princípio majoritário, ou seja, o governo eleito pela maioria da população.

Outros argumentos que se traz à baila são aqueles nominados por Roberto Gargarella como “argumento histórico”, “argumento intertemporal” e “argumento sobre a interpretação”¹⁶, que consistem: o primeiro, na ideia de que as Constituições não refletem a vontade popular, por serem fruto de um processo constituinte bastante antidemocrático, com pequena participação popular; o segundo, expressado na doutrina chamada de “mão morta do passado”¹⁷, que desfere uma crítica à possibilidade de gerações passadas controlarem, por meio de normas somente passíveis de modificação por complexos procedimentos, as gerações presentes e futuras; já com relação ao terceiro, o autor assevera que os juízes, ao interpretarem e aplicarem a Constituição, não agem meramente declarando a vontade dos constituintes ali preestabelecida (que deriva de consenso popular), mas exercem um forte papel criativo e integrativo e, por consequência, se confere aos juízes um poder extraordinário, cuja titularidade deveria ser atribuída ao povo, como corolário da democracia contemporânea.

Diante das teorias críticas apresentadas, passa-se à análise teórica do princípio majoritário, como forma de enfrentamento e a fim de que possa estabelecer a ponderação entre este e a regra da minoria, como fundamento do controle judicial de constitucionalidade.

¹⁴ NINO, Carlos Santigao. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 259.

¹⁵ Idem, p. 147.

¹⁶ GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. p. 54-57.

¹⁷ *The death hand of the past*.

3 A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA DA MAIORIA E SUAS LIMITAÇÕES

Os conceitos de democracia e regra da maioria estão inevitavelmente entrelaçados, pois aquela é concebida como o governo do povo, e esta, como elemento legitimador deste poder soberano.

Contudo, apesar dessa associação de ideias, isso não implica afirmar que existe identidade entre democracia e maioria, bem como que esta relação equivocada reduz o conceito de democracia à regra da maioria.

Para análise da questão, há que se considerar que um governo dotado de regime democrático baseia-se na vontade da maioria do povo, que, no modelo brasileiro, participa do processo legislativo apenas indiretamente, uma vez que protagonizado por seus representantes eleitos. Como consequência do governo da maioria, o princípio majoritário é o alicerce da democracia. Contudo, há que se considerar que referido princípio não é absoluto, tendo em vista a supremacia do Texto Constitucional.

E neste sentido, há que se considerar que o conceito de democracia não se reduz apenas a um mero conceito político, abstrato e estático, mas é um *processo* de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais conquistados ao longo da história, ou seja, um meio e um instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que, analisados historicamente, verificam-se as conquistas e evolução, tendo o conteúdo enriquecido a cada etapa do evoluir social, mas com a manutenção do princípio básico, de que o poder repousa na vontade do povo¹⁸.

Assim, caracterizando-se a democracia como a constituição de um conjunto de regras fundamentais, que visa a estabelecer quem possui autorização para tomar decisões coletivas e quais os procedimentos que devem ser adotados para tanto, tem-se que a regra da maioria pode ser considerada como uma regra para o cálculo dos votos, e não um ideal sobre o qual se pode sustentar um sistema democrático, pois nem sempre pressupõe a ideia de igualdade¹⁹.

Desta forma, baseando-se nos fundamentos econômico-político-constitucionais de James Buchanan e Gordon Tullock, a regra da maioria constitui-se como uma simples regra técnica de tomada de decisão, uma vez que

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 125-126.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 427.

tem por natureza e função ser um instrumento de operacionalização da escolha pública, sendo exagerado lhe atribuir qualquer sentido que extrapole este, em uma democracia constitucional, pois não existe qualquer evidência empírica que possa demonstrar uma superioridade da opinião da maioria sobre a minoria, ou mesmo uma vontade individual²⁰.

Mesmo porque “uma verdadeira democracia é aquela onde todas as pessoas são tratadas com igual respeito e consideração”, pois, se é certo se considerar a democracia como o governo segundo a vontade da maioria, não é menos exato afirmar que o princípio majoritário não pode garantir o governo pelo povo, a não ser que todos os membros da comunidade sejam concebidos e igualmente respeitados, como agentes morais²¹.

Assim, conforme Buchanan e Tullock, tem-se que a democracia moderna somente se estrutura em torno do instituto da representação política, ante a impossibilidade de uma democracia direta nos Estados, bem como que a democracia majoritária somente tem seu lugar em razão da impossibilidade prática do consenso. Ressalte-se que apenas o consenso poderia oferecer aos indivíduos uma proteção a seus interesses não encontrada em nenhum outro modelo, posto que estariam munidos do poder de veto sobre as decisões coletivas²².

Contudo, diante da impossibilidade de se obter o consenso, principalmente quando se está diante de um grupo composto de muitas pessoas, no qual os interesses e opiniões apresentam-se divergentes, e a sua adoção dificultaria ou impossibilitaria o processo de tomada de decisões, a alternativa que se apresenta é a regra da maioria.

Em virtude disso, o regime democrático deve basear-se na prevalência da vontade da maioria, para que se tenha valorizado o interesse geral, bem como assegurados os direitos fundamentais. Contudo, o que se verifica na atualidade é que a vontade da maioria se expressa por meio da maioria parlamentar, que pode ser, na verdade, uma minoria dominante.

Assim, o princípio da maioria, apesar de funcional, se encontra em uma relação tensa com a proteção das minorias, sendo que algumas Constituições, embora prevejam expressamente o princípio da maioria, também regulam

²⁰ James Buchanan; Gordon Tullock *apud* SGARBOSSA, Luís Fernando et al. Op. cit., p. 138.

²¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle da constitucionalidade: teoria e prática*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 59.

²² James Buchanan; Gordon Tullock *apud* SGARBOSSA, Luís Fernando et al. Op. cit., p. 139.

múltiplas formas de proteção das minorias, ou seja, tolera-se o princípio da maioria porque existe uma proteção das minorias, primordialmente por meio da supremacia da Constituição e a proteção dos direitos fundamentais²³.

Desta forma, tem-se como evidente e necessária a limitação ao princípio majoritário, especialmente pelo texto constitucional, para que não seja usado em detrimento dos direitos das minorias e acabe por ferir direitos e garantias positivados, pelo argumento de se tratar da vontade da maioria.

Ao tratar da ponderação da regra da maioria, Luís Roberto Barroso²⁴ afirma que é por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária que 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.

Esse equilíbrio é essencial para que um governo não esteja totalmente adstrito ao Texto Constitucional, mas havendo possibilidade de progressos oriundos da vontade da maioria, mas sem que se sacrifiquem as garantias de direitos fundamentais.

Desta forma, não há como tratar democracia e maioria como expressões sinônimas, ou reduzir o conceito de democracia à regra da maioria, mesmo porque, conforme assevera Norberto Bobbio²⁵, a maioria é verificada no momento do sufrágio, na escolha dos representantes, mas no exercício do poder outorgado, esta se torna ausente, pois, encerrada a eleição, apenas o grupo seletor passa a agir em nome da coletividade, uma vez que o mandato confere o poder de representar os interesses dos mandantes, a vontade do povo, com autonomia.

Diante de tais considerações, tem-se como equivocada a sinonímia entre maioria e democracia, ou a redução desta àquela. Também merece ser levado em conta o fato de que, apesar da incerteza sobre a sua justeza ou correção das decisões, a regra da maioria é uma necessidade, não podendo ser “eliminada”. Contudo, não se opina pela sua sustentação como princípio maior da democracia, mas apenas como regra utilizada para a tomada de decisões, bem como que os interesses minoritários vencidos em tal processo podem ser protegidos por meio de outros institutos, conforme objeto de análise do presente estudo.

²³ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 324. (Tradução livre da autora).

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 90.

²⁵ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 428.

4 PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO

Conforme já asseverado, o controle de constitucionalidade se expressa como um instituto que visa a proteger a supremacia da Constituição, frente às demais normas e atos do governo. Contudo, esse mecanismo de proteção, conforme afirmado por Alexander Bickel²⁶, se constitui, conforme terminologia criada pelo mesmo, em uma dificuldade contramajoritária, posto que a lei declarada como inconstitucional representa, em tese, a vontade majoritária.

Para que se possa analisar essa citada dificuldade, há que se partir do pressuposto que o Poder Judiciário (diversamente do Legislativo e do Executivo) é o único dos poderes que não tem seus representantes eleitos pelo povo e, por isso, pode-se afirmar que não representam a vontade da maioria. Desta forma, ao exercerem o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, atuam de modo contramajoritário.

Neste sentido, Alexander Bickel²⁷, ao tratar da dificuldade majoritária fornece fundamentos à dita afirmação, ao aduzir que é na Constituição que, efetivamente, está declarada a vontade do povo e que, quando a vontade do legislador declarada nas leis está em oposição a esta, prevalece a do povo. Ainda, referido autor considera que, muito embora o legislador tenha legitimidade para agir em nome de seus representados, em função de sua submissão a um processo eleitoral, após a eleição não assumem compromisso de assim proceder, justamente porque suas decisões não são novamente resubmetidas ao escrutínio e durante o mandato, têm liberdade de posicionamento, inclusive em contrário daqueles que o elegeram, o que o fazem, na maioria das vezes, por interesses ou grupos de pressão.

Desta forma, a regra contramajoritária vai além do estabelecimento de limites formais, às maiorias eventuais, pois representa a materialidade do núcleo político-essencial da Constituição, calcado no compromisso, sendo que, no caso brasileiro, tal questão está claramente explicitada no art. 3º da Constituição, que aponta, ao mesmo tempo, para as vinculações positivas (concretização dos direitos prestacionais) e para as vinculações negativas (proibição de retrocesso social), até porque cada norma constitucional possui diversos âmbitos eficaciais²⁸.

²⁶ BICKEL, Alexander. Op. cit., p. 16.

²⁷ Idem, p. 17-18.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursivas: da possibilidade à necessidade de posturas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 19.

Carlos Santiago Nino²⁹, ao tratar do caráter da democracia constitucional, afirma que, quando o constitucionalismo e a democracia se combinam, formam um governo denominado democracia constitucional. E assevera que, muito embora isso pareça a união de duas valiosas ideias e que a democracia constitucional é uma forma de governo muito superior à democracia pura, ou a um governo constitucional não democrático, essa conjugação não é simples, sobrevivendo as tensões quando a expansão da primeira conduz a um enfraquecimento da segunda, ou, ao contrário, o fortalecimento do ideal constitucional se converte em um freio para o processo democrático.

O Brasil pode ser considerado um Estado Democrático, ao adotar o princípio majoritário, e, ao mesmo tempo, um Estado de Direito, porque prima pela supremacia da Constituição e pela proteção dos direitos fundamentais³⁰.

Também merece considerar que um Estado Democrático de Direito deve estar fundado no respeito ao regime democrático e à garantia de direitos fundamentais, devendo a democracia pautar-se na valorização do interesse geral e nos valores de igualdade e liberdade, para que tanto as maiorias quanto as minorias tenham efetivamente seus direitos fundamentais assegurados.

Assim, o Estado de Direito não assume apenas o papel de limite à democracia, mas se torna o elemento essencial para a constituição da própria democracia, no qual os direitos fundamentais são considerados muito mais que condições procedimentais desta, mas concebidos como condição para a cooperação democrática. Diante disso, o Estado de Direito, ao limitar decisões majoritárias, por meio da “desconstituição de decisões coletivas” que ignoram o processo democrático³¹, não está constituindo um óbice à soberania popular, uma vez que tal limitação pode estar atuando em favor desta soberania, na medida em que os direitos fundamentais representam condições da existência do regime democrático, o que justifica o controle de decisões majoritárias violadoras do Estado de Direito.

Por outro lado, ao se compreender a democracia como a prevalência da regra da maioria, o constitucionalismo poderia ser visto como antidemocrático, na medida em que subtrai desta maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias³². Contudo, acima da regra da maioria estão o respeito ao Texto

²⁹ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 13-14.

³⁰ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 119-120.

³¹ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 95.

³² STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 18-20.

Constitucional e os direitos fundamentais, o que justifica a necessidade do controle de constitucionalidade, para que as leis não venham a comprometer a realização de ditos direitos, frutos de conquistas de uma minoria em face da maioria. E, nesse sentido, a jurisdição constitucional representa uma “grande invenção contramajoritária, na medida em que serve de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia”³³, proporcionando a participação das minorias, para que não tenham suprimidos os seus direitos fundamentais, muitas vezes impostos por uma maioria em benefício próprio.

Desta forma, o controle judicial de constitucionalidade se traduz em uma maneira de limitação do Poder Legislativo, bem como atesta a inexistência de soberania de qualquer um dos poderes, que estão sujeitos a algum tipo de controle para que não violem a norma constitucional. Assim operando, atua como “instituição assecuratória das minorias vencidas e da própria democracia, protegendo e corrigindo imperfeições do próprio sistema democrático representativo majoritário”, constituindo-se efetivamente como condição de existência da democracia, e não um limite externo³⁴.

Portanto, o controle de constitucionalidade, ainda que se constitua em uma dificuldade contramajoritária, é um elemento essencial à constituição de um Estado Democrático de Direito, posto que, apesar de atuar contra a vontade da maioria ordinária, expressa-se em favor de uma maioria mais forte, que está representada pela Constituição.

Nesta seara, é importante ressaltar que existe uma grande diferença entre caráter contramajoritário e antidemocrático. Assim, o controle de constitucionalidade das leis, embora possa atuar em contraposição à vontade da maioria, não necessariamente funciona antidemocraticamente, pois, por mais paradoxal que possa parecer essa afirmação, é justamente na razão de ser contramajoritário que esse instituto pode desempenhar sua principal função, em uma democracia constitucional³⁵.

E isso, conforme asseverado por Palombella, pode ser justificado pelos elementos constantes nas constituições, que atuam como salvaguarda da própria democracia, e, por consequência, das minorias envolvidas em um processo majoritário de tomada de decisão. Assim, os direitos civis, econômicos, sociais, políticos, culturais, entre outros, se constituem como área indeliberável, e, como

³³ CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 205.

³⁴ SGARBOSSA, Luís Fernando et al. Op. cit., p. 145.

³⁵ Idem, p. 145-146.

tal, não limitam à democracia representativa, mas, antes disso, delimitam o alcance deliberável majoritariamente, bem como corrigem “distorções ínsitas à democracia representativa majoritária”³⁶.

Diante do exposto, e por se tratar a Constituição da maior expressão da soberania popular, o controle de constitucionalidade pode ser tido como um instrumento protetor das minorias políticas, impedindo arbitrariedades e prezando pela manutenção de um processo democrático moralmente legítimo, atuando como determinante do valor da própria democracia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Constitucional assume cada vez maior relevância no ordenamento jurídico pátrio, ante a importantes debates acerca de temas como a democracia e o constitucionalismo.

No presente trabalho, buscou-se enfatizar que, em um regime democrático, os poderes não são dotados de soberania, mas estão sujeitos à Constituição, como norma dotada de supremacia, bem como que em referido arcabouço legislativo estão consignados direitos tidos como fundamentais.

Desta forma, defendeu-se o controle judicial de constitucionalidade e a atuação contramajoritária do Poder Judiciário, como pressupostos essenciais de um Estado Democrático, e, ainda, como mecanismos de garantia da supremacia constitucional, da proteção aos direitos fundamentais e da soberania popular.

Também, ao garantir a supremacia constitucional, o controle de constitucionalidade garante as regras centrais da própria democracia, ainda que, de forma contrária à vontade das maiorias políticas ocasionais, mas em consonância com a maioria constitucional, aí sim, verdadeira representação da vontade popular.

Destaque-se que esta atuação do Poder Judiciário visa a corrigir crises de representatividade e legalidade estabelecidas por ações dos Poderes Executivo e Legislativo, que desvirtuam o verdadeiro sentido e alcance das normas constitucionais. Por isso, não pode ser dito como um instituto que fere o princípio majoritário, ou mesmo a separação dos poderes, tampouco como atuação antidemocrática do Poder Judiciário, posto que está a resguardar a Constituição, o instituto mais democrático do Estado.

³⁶ *Idem*, p. 146-147.

Assim, a acentuada tensão entre constitucionalismo e democracia poderia ser amenizada, a partir do momento que a democracia fosse adotada como um procedimento de ação comunicativa e argumentativa, na tomada de decisões, e que estas fossem focadas na manutenção de direitos, conquistas e garantias estabelecidos pela Constituição.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Cláudia Maria. O processo de legitimação do poder judiciário brasileiro. XV Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – Conpedi. Manaus, 15-18 nov. 2006. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Claudia%20Maria%20Barbosa.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at a bar of politics*. 2. ed. Yale University Press: New Haven and London, 1986.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle da constitucionalidade: teoria e prática*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DANTAS, Ivo. *O valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.

_____. La revisión judicial y la difícil relación democracia-derechos. *Cuadernos y debates, fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad – Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. Los fundamentos del control judicial de constitucionalidade. *Cuadernos y debates, fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad – Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

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://www.abdconst.com.br/anais2/ObjecaoLuis.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.