ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

A "CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA POLÍTICA": IMPASSES ENTRE O CONSTITUCIONALISMO E A DEMOCRACIA

THE "POLICY INSTITUTIONALIZATION": IMPASSE BETWEEN CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY

Geziela Iensue*

RESUMO: O presente artigo busca analisar a relação de aparente conflito entre o constitucionalismo comumente entendido como um conjunto de limitações ao poder estatal, e a democracia compreendida como o poder da maioria. Procura-se sustentar que o constitucionalismo não se opõe à democracia; ao contrário o constitucionalismo oportuniza, preserva e protege a democracia para as gerações vindouras, na forma de compromissos prévios, aqui entendidos, como princípios e normas pactuadas pelo poder originário, com vistas à organização política, a separação dos poderes e aos direitos e garantias fundamentais. Para tanto, valendo-se do método crítico-dialético e da pesquisa bibliográfica, o artigo tem por objetivo evidenciar que as restrições constitucionais impostas pelo constitucionalismo ao invés de se apresentarem como antidemocráticas são reforços à democracia, ou seja, podem produzir ou melhorar a liberdade, haja vista que o constitucionalismo não viabiliza tão somente a proteção, mas também os mecanismos de defesa das minorias. Por fim, conclui-se que o estabelecimento dos direitos fundamentais visa corrigir alguns impasses engendrados pelo caráter representativo e majoritário das democracias contemporâneas.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Democracia. Direitos e garantias fundamentais. Minorias.

ABSTRACT: This article seeks to analyze the apparently conflicting relationship between constitutionalism, commonly understood as a set of limitations on the power of the State, and democracy, conceived as the power of the majority of the population. We claim that constitutionalism is not opposed to democracy; on the contrary, constitutionalism enables, preserves and protects democracy for future generations in the form of prior commitments, here understood as

* Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Bacharel em Direito pela mesma universidade. Campo Grande – Mato Grosso do Sul – Brasil.

principles and rules agreed upon by the constituents, with a view to political organization, the separation of the powers and the fundamental rights and guarantees. Therefore, using the critical-dialectical method and bibliographic research, we aim to show that the constitutional restrictions imposed by constitutionalism rather than presenting themselves as undemocratic are, in fact, reinforcements to democracy; that is, they can create or enhance freedom, given that constitutionalism not only enables protection but also the very mechanisms of protection of minorities. Finally, we conclude that the establishment of fundamental rights aims to correct some impasses engendered by the representative and majority nature of contemporary democracies.

Keywords: Constitutionalism. Democracy. Fundamental rights. Minorities.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A "CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA POLÍTICA": UMA REVISÃO CRÍTICA DA SOBERANIA POPULAR POR MEIO DA OBJEÇÃO CONTRA MAJORITÁRIA; 3 A DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA E A REGRA DE TOMADA DE DECISÃO; 4 A COMPLEMENTARIDADE ENTRE O CONSTITUCIONALISMO E A DEMOCRACIA: A NECESSIDADE DE INSTITUIÇÕES CONTRAMAJORITÁRIAS COMO CORRETIVO ÀS IMPERFEIÇÕES DA DEMOCRACIA; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIA.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe-se a analisar a relação de aparente conflito entre o constitucionalismo comumente entendido como um conjunto de limitações ao poder estatal[1], e a democracia comumente encarada como o poder da maioria. Tal relação entre constitucionalismo e democracia constitui o Estado moderno, haja vista que, as revoluções liberais resgataram o conceito clássico de democracia ao mesmo tempo em que afirmaram a ideia de supremacia e rigidez constitucional.

Com a ideia de democracia, a soberania popular tornou-se uma exigência de legitimação. Não obstante, a rigidez da Carta Maior salvaguarda da política deliberativa um conjunto de temáticas tratadas no texto

1. Conforme nos ensina o magistério do prof. Canotilho (2003, p. 52), a noção de constitucionalismo tem origem num movimento multidimensional – jurídico, social, político e filosófico – com vistas à limitação do poder político em face dos governados.

constitucional, inscrevendo-as sobre a intocabilidade das cláusulas pétreas, bem como estabelecendo procedimentos e quóruns especiais de aprovação.

Tal problemática suscita diversas inquietações que envolvem desde a discussão acerca das formas institucionais democráticas compatíveis com o legado do constitucionalismo até questões atinentes à legitimidade das instituições caracterizadoras da democracia constitucional.

Nesse passo, tem-se a forma política resultante da relação entre os conceitos constitucionalismo e democracia que se expandiu a partir do pós-Segunda Guerra Mundial denominada de democracia constitucional. Nesta concepção, a Constituição interpenetra e alcança todos os âmbitos do Direito, especialmente através da concretização de princípios abertos através de uma atuação jurisdicional constitucional ativa. A despeito da relevância do tema, pouco tem sido produzido na seara dos estudos comparativos dos processos de construção constitucional, sendo "virtualmente inexistente" (ELSTER, 1993, p. 94).

Procurar-se-á no artigo em tela, sustentar que o constitucionalismo não se opõe à democracia[2]; ao contrário o constitucionalismo oportuniza, preserva e protege a democracia para as gerações vindouras, na forma de compromissos prévios, aqui entendidos, como princípios e normas pactuadas pelo poder originário, com vistas à organização política, a separação dos poderes e aos direitos e garantias fundamentais.

Buscaremos demonstrar, ao final, que a rigidez constitucional, a supralegalidade constitucional, o estabelecimento de direitos e garantias fundamentais e, especialmente, o controle judicial de constitucionalidade, são respostas *necessárias* em face de uma (ou algumas) imperfeição(ões) incontornável(eis) nas democracias representativas contemporâneas[3], haja vista que esta padece, como veremos, de problemas ligados à representação, ou seja, o caráter direto ou indireto da participação popular na tomada da decisão, e a regra de tomada de decisão.

2. A existência de uma irreconciliável tensão entre constitucionalismo e democracia é um dos mitos do moderno pensamento político. Na verdade, constitucionalismo e democracia se dão apoio mutuamente (ELSTER, 1993).

3. Tal conceito mostra-se imprescindível para a compreensão de complementaridade entre constitucionalismo e democracia aqui proposto, e, por tal razão, será objeto de uma análise mais detalhada.

Portanto, buscar-se-á defender que, o constitucionalismo ao instituir as restrições constitucionais, ao contrário de apresentarem-se como antidemocráticas, são reforços à democracia, ou seja, podem produzir ou melhorar a liberdade, uma vez que, o constitucionalismo institui não somente a proteção, mas mecanismos de defesa das minorias (ELY, 2010, p. 09).

2. A "CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA POLÍTICA": UMA REVISÃO CRÍTICA DA SOBERANIA POPULAR POR MEIO DA OBJEÇÃO CONTRA MAJORITÁRIA

Um dos pontos de maior conflito entre a democracia e o constitucionalismo é a restrição à vontade soberana do legislador através da criação de cortes ou tribunais constitucionais responsáveis pela feitura do controle de constitucionalidade de produção legislativa.

O tema da objeção contramajoritária ou democrática ao controle judicial de constitucionalidade das leis mostra-se, sem dúvida, um dos temas mais tormentosos e instigantes no que se refere a discussão das tensões existentes nas democracias constitucionais entre os institutos da democracia representativa de tipo contemporâneo e o controle judicial de constitucionalidade.

Buscar-se-á explorar com vistas à problematização proposta entre constitucionalismo e democracia – sem qualquer pretensão de exaurir o tema, algumas considerações sobre as teorias da dificuldade contramajoritária[4] ou democrática do controle de constitucionalidade das leis.

Assim, após uma breve exposição acerca das objeções "democráticas" levantadas em face do controle, far-se-á sua análise crítica, buscando a partir de sua problematização extrair algumas conclusões quanto à possível complementaridade entre as temáticas, haja vista que, ao analisar-se a ideia de democracia verifica-se a necessidade do estabelecimento de compromissos prévios com vistas à sua manutenção.

4. A criação da expressão é atribuída por Carlos Santiago Nino a Alexander Bickel (NINO, 1997, p. 259).

Há algum tempo, ganharam imensa notoriedade nos meios acadêmicos uma série de teorias que objetam de diversas maneiras, em diferentes gradações e em variada amplitude, a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade das leis com base em uma compreensão apologética do princípio democrático.

Em linhas gerais, tais teorias, posicionam-se de maneira crítica ou adversa ao controle judicial com base em uma compreensão pela inadmissibilidade da invalidação, por órgãos não eleitos, de normas emanadas de órgãos democraticamente eleitos[5].

Percorrendo os mais variados itinerários argumentativos, que variam significativamente de autor para autor, tais teorias buscam questionar seriamente a possibilidade de o Poder Judiciário, não eleito, e supostamente menos responsável politicamente do que os demais poderes, possa declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos oriundos do Poder Legislativo, com ou sem o concurso do Poder Executivo, ambos eleitos e supostamente responsáveis politicamente (NINO, 1997, p. 258-259).

O discurso traz, em geral, como premissa, no mais das vezes, não explicitada nem fundamentada (um postulado, que quase se traduz em dogma, em alguns casos) a assunção da democracia como o valor absoluto, ao qual, os demais devem se conformar[6].

5. Neste sentido, uma síntese de Roberto Gargarella (1996, p. 85): "*Alguien puede preguntarse, legítimamente, ¿cómo puede ser que, en una democracia, los jueces, que no son elegidos directamente por la ciudadanía (como sí lo son los funcionarios políticos), y que no están sujetos a periódicas evaluaciones populares (al tener estabilidad em sus cargos, y estar libres, así, del directo escrutinio público) puedan prevalecer, en última instancia, sobre la voluntad popular? Parece claro, al menos, que existen problemas en el hecho de que la justicia se ocupe de todo tipo de cuestiones constitucionales, como hoy lo hace, y que resuelva tales cuestiones con la autoridad que significa poder decir 'la última palabra', como hoy ocurre.*"

6. John Hart Ely, influente constitucionalista norte-americano defensor de uma visão procedimentalista do *judicial review*, faz uma clara opção de valor ou escalonamento entre constituição e democracia, optando pela última: "A tarefa mais difícil sempre foi e continua sendo a de criar uma ou mais maneiras de proteger as minorias da tirania da maioria **sem incorrer numa contradição flagrante com o princípio do governo majoritário**" (*destaques nossos*), sustentando ser o "consentimento da maioria" o cerne do sistema norte-americano (ELY, 2010, p. 12). Mais adiante chega a cogitar a abolição do *judicial* review se revelar-se, ao fim e ao cabo, como inconciliável com a democracia. (ELY, 2010, p. 54).

Convém notar, ainda, que a discussão se faz, em regra, de maneira seletiva, apenas a partir de determinado ponto ou em torno de determinados objetos envolvidos na questão, colocando-se de lado, convenientemente, outros aspectos relevantes para a compreensão do tema.

Assim, os discursos teóricos erigidos em torno do tema comumente manifestam uma crítica ácida, mais ou menos explícita, ao controle judicial de constitucionalidade e suas instituições, a partir de uma argumentação que parte da premissa do valor excepcional da democracia e da perfeição de suas instituições na representação da vontade da maioria, sem, no entanto, analisar estas mesmas premissas, ou seja, a legitimidade das próprias instituições democráticas e sua aptidão em tornar a atuação estatal responsiva às aspirações de demandas dos cidadãos.

Este argumento central, com grandes variações de forma, mas em essência bastante similar, é ladeado por diversos outros, secundários e em sua maioria a ele conexos, como a ideia de "mão morta do passado"[7], do caráter elitista do Poder Judiciário, da utilização conservadora do controle de constitucionalidade pelo Judiciário (GARGARELLA, 1996, p. 48; CAETANO, 2009, p. 347).

A primeira ideia de "mão morta do passado" sempre aventada aduz que, tais instrumentos de controle foram desenhados por gerações anteriores e, portanto, constrangem e inibem a vontade democrática dos representantes políticos pela regra majoritária, expressam o domínio de "homens brancos mortos" sobre a vontade de cidadãos vivos, dessa forma, representam "uma ditadura do passado sobre o presente" (ELSTER, 1993, p. 1).

Em linhas gerais, o argumento consiste na ilegitimidade do governo das gerações presentes e futuras pelas gerações anteriores, que promulgaram a Constituição. O constitucionalismo[8] desse ponto de vista revela-se antidemocrático, isto porque, a função essencial da Constituição

7. O argumento teria maior relevo, a nosso juízo, se as constituições fossem absolutamente imodificáveis em seu todo.

8. Cf. o magistério do professor Nino (2003, p. 17), o constitucionalismo originou-se nos Estados Unidos da América com a ideia do *Rule of Law,* que diz respeito à preservação de determinadas normas jurídicas fundamentais, limitadoras do poder estatal.

é "retirar certas decisões do processo democrático, ou seja, atar as mãos da comunidade" (NINO, 2003, p. 16).

Um ponto também delicado no embate constitucionalismo e democracia, diz respeito justamente ao conjunto complexo de regras atinentes à forma de modificação ou emenda as normas constitucionais[9].

Como ensina Elster (1988), o constitucionalismo pode ser definido como restrições ou limites à regra majoritária, limites que podem dizer respeito aos procedimentos e as regras decisórias de trâmite legislativo ou, simplesmente, excluir da deliberação ordinária legislativa certas matérias definindo-as como imutáveis. A partir dessa premissa, logo se constata um paradoxo, isto é, porque os indivíduos se autorrestrigem (atam suas próprias mãos) quando elaboram constituições democráticas?

Uma possível solução para a questão do "paradoxo constitucional" da democracia foi pensada a partir das contribuições da teoria da escolha racional[10] e do neo-institucionalismo econômico.

Importante mencionar as contribuições de Elster (1988) nessa seara, o cientista social norueguês evidenciou, a partir de casos concretos, ao analisar a distinção entre constituições como restrições acidentais e essenciais[11], as razões da instituição de disposições constitucionais, bem como os efeitos desejáveis de tais restrições.

Nesse passo, o autor evidencia que indivíduos racionais podem escolher limitar suas próprias escolhas futuras antecipando o seu próprio comportamento miópico ou irracional. Tal irracionalidade pode traduzir-

9. A Constituição expressa não apenas um ser, mas um *dever-ser*, portanto, encontra-se protegida por processos complexos de modificação.

10. Segundo Tsebelis (1998, p. 56) o enfoque da escolha racional assume que o comportamento do indivíduo é uma resposta ótima às condições de seu meio e ao comportamento de outros atores.

11. Para Elster (1993, p. 120-122) as restrições essenciais seriam aquelas estabelecidas com o propósito de restringir a liberdade de ação dos indivíduos que nelas votaram e de indivíduos que ocupariam futuramente posição semelhante. O autor exemplifica as restrições acidentais com o sistema de eleições periódicas e o bicameralismo.

-se em paixões ou restrições na forma como os indivíduos fazem escolhas intertemporais[12].

As Constituições viabilizam a vida política democrática, pois, permitem resolver problemas de coordenação e cooperação, na medida em que, representam soluções eficientes, permitindo uma economia de custos de transação. Portanto, a escolha de determinadas instituições pelos atores políticos dá-se em face de sua eficiência coletiva e a Constituição serve para diminuir as ineficiências de parasitismo e de inconsistência agregada, através notadamente da exigência de adoção de maiorias qualificadas.

Elster (1993) destaca que tal aspecto mostra-se fundamental para a compreensão da auto-restrição, e consistiria em "utilizar disposições constitucionais para eliminar ou reduzir certas formas de desperdício ou ineficiência que prevaleceriam se toda a legislação tomasse a forma de leis ordinárias que pudessem ser alteradas por maioria simples." (ELSTER, 1993, p. 18). Sustenta ainda por meio de exemplos históricos, que as constituições podem refrear outros[13] em lugar de somente se autorrestringir, além disso, existem situações nas quais a maioria restringe a minoria, e vice-versa.

Nessa esteira, menciona-se a denominada "democracia de negociação" de Lipjhart (2003, p. 15-82), consistente em um arranjo constitucional cuja essência é a mesma do constitucionalismo, isto é, moderar a regra majoritária e proteger as minorias, mediante a retirada do processo político comum de matérias reputadas moralmente inaceitáveis e altamente controversas.

12. Elster (1993, p. 18) diferencia os motivos do pré-compromisso, como o egoísmo, a superação da paixão, do desconto hiperbólico, da inconsistência temporal estratégica ou a neutralização da mudança de preferência, dos dispositivos aptos a tanto, *v.g.* eliminação de opções, criação de atrasos, imposição de custos, definição de recompensas, dentre outros.

13. O autor ensina que, em muitos casos, transferir conceitos usados para estudar indivíduos para o comportamento de coletividades, como se estas fossem indivíduos em escala ampliada, pode ser enganosa. Para começar, as constituições podem restringir os outros em vez de serem atos de auto-restrição. Ademais, as constituições podem nem mesmo ter o poder de restringir. Nesse sentido cabe mencionar as contribuições do individualismo metodológico no que se referem à impossibilidade de se estudar comportamentos de coletividades como indivíduos pode se mostrar falaciosa. Conforme demonstrado por John Arrow, ao conceber o teorema da Impossibilidade que demonstrou a transitividade das escolhas coletivas (NAPOLITANO; ABRESCIA, 2009, p. 108 e ss).

O cientista político propõe um modelo estruturado na partilha do poder entre as maiorias e minorias (grandes concertações – pactos de coalizão); equânime distribuição do poder (representação proporcional); dispersão do poder entre Legislativo e Executivo, através do estabelecimento de duas câmaras legislativas e de partidos minoritários; delegação do poder; e, veto das minorias atuando como limite formal do poder.[14]

Dessa forma, os legisladores ao estabelecerem regras mais dificultosas ou retirarem do debate político ordinário matérias atinentes à organização e funcionamento do poder, bem como direitos e garantias fundamentais, estão viabilizando as pré-condições do próprio contexto político democrático, reduzindo custos de transação, incertezas e assegurando previsibilidade para os atores econômicos e políticos.

Nesse contexto, cabe frisar que o mercado político produz incentivos que conduzem os atores políticos a valer-se de uma alta taxa de desconto ao comparar benefícios futuros com benefícios presentes, assim, legisladores racionais preferem benefícios menores no curto prazo a benefícios maiores no longo prazo.

Nesse passo, legisladores racionais, da mesma forma que Ulisses atou-se ao mastro para não ser seduzido pelo canto das sereias, podem optar por limitações constitucionais ao exercício de sua vontade soberana, recorrendo às constituições como um pré-compromisso, uma autodefesa que assumem em relação ao futuro. No entanto, como ensina Elster (1995) o pré-compromisso para ser crível e efetivo necessita da democracia, ou seja, a possibilidade de exercício de direitos políticos.[15]

---

14. Nesse sentido, conferir as considerações de Olavo Brasil de Lima Júnior (1997, p. 35-36) acerca da democratização do Estado, segundo o qual, implica na plena utilização dos critérios de participação e de ampliação da representação política, que inclui outros métodos além da representação proporcional, como a atribuição de *status* constitucional ao princípio da autonomia; Legislativo composto de duas Câmaras organizadas respectivamente em torno da representação proporcional e da representação estatística de categorias sociais, incluindo gênero e raça; sistema partidário competitivo e serviços administrativos centrais e locais, organizados de acordo com o princípio de participação direta e voltados à coordenação das demandas do cidadão local.

15. A questão da credibilidade de compromissos tem adquirido relevância na discussão acerca do papel de variáveis institucionais sobre a vida econômica, especialmente, a garantia pelos governos de que o marco regulatório não seja oportunisticamente modificado.

A Constituição tanto impõe limites ao poder do soberano, quanto ao poder soberano do povo, uma vez que, o Estado Constitucional de Direitos é um Estado de poderes limitados. Portanto, como nos ensina Bercovici (2004), as constituições contemporâneas sejam ou pretendam ser (liberais), elas podem ou não ser democráticas, pois, devem atuar não somente como limitadoras do poder do estatal, mas como garantidoras das conquistas históricas obtidas, daí a importância de a constituição ser sobremaneira democrática[16].

Neste momento, antes de adentrarmos na problemática aqui proposta, ou seja, a complementaridade entre constitucionalismo e democracia, sem que com isso se queira dizer o fim da tensão, ou um apaziguamento ingênuo entre ambos, faz-se necessária uma breve incursão em dois pontos ligados à ideia de democracia: 1) a democracia contemporânea e suas características; 2) o papel desempenhado por instituições contramajoritárias neste contexto.

3. A DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA E A REGRA DE TOMADA DE DECISÃO

Abordando, portanto, a temática da democracia contemporânea como discussão preliminar ao tema, insta rememorar algumas fases pela qual a mesma passou ao longo da história. Para tanto, nosso foco de atenção será duplo: 1) o caráter direto ou indireto da participação popular na tomada da decisão; 2) a regra de tomada de decisão.

A democracia direta é típica da cidade-estado da Antiguidade, e desconhecia o instituto da representação, como é sabido. As democracias modernas, típicas dos Estados-nação são caracterizadas pela representação política, cerne ao redor do qual se estrutura[17].

16. O professor italiano destaca a necessidade de as constituições serem democráticas, sob pena de se reverem os eventos trágicos totalitários do século XX, a salvaguarda do sufrágio universal, a vedação da tortura, o pluralismo político, a liberdade de expressão, a função social da propriedade, a garantia do devido processo legal (BERCOVICI, 2004).

17. Conforme DAHL (2005, p. 27), oito seriam as garantias institucionais da democratização: i) o direito do voto; ii) o direito de ser eleito; iii) o direito dos líderes políticos de competir por apoio e votos; iv) eleições livres e honestas; v) liberdade de reunião; vi) liberdade de expressão;

Por razões em parte práticas (impossibilidade de democracia direta nos Estados-nação), em parte elitistas ("o povo é ótimo para eleger e péssimo para governar"), a participação popular direta na formação das decisões é descartada na prática democrática que se segue às revoluções liberais do século XVIII (MIRANDA, 2004, p. 368).

A representação, fenômeno através do qual a cidadania elege representantes que concorrerão para a tomada das decisões políticas no âmbito do Estado em seu nome, traz consigo o problema da fidelidade da representação (o representante eleito pode ser ou não fiel às expectativas ou a vontade de seus eleitores).

Como resposta a este problema, algumas instituições foram propostas, como o mandato imperativo, cujo conteúdo vincularia o representante, assegurando a vontade dos representados, e o direito de revogação, que possibilitaria real responsabilidade política, permitindo a destituição do mandato pelos seus outorgantes ou parte deles na hipótese de desvio.

Tais propostas foram, no entanto, rechaçadas e, na prática, consolidou-se no ocidente, de modo geral, uma democracia representativa de mandato livre ou representativo (não-imperativo), que tem como consequência indesejável (pouco democrática) a autonomização da vontade do eleito em face do eleitor (o povo elege, mas não decide, e no conflito entre as vontades do eleitor e do eleito prepondera a deste sobre a daquele, na ausência de instituições que permitam que o contrário ocorra) (CAETANO, 2009, p. 187).

Desta democracia, frise-se, está ausente a responsabilidade política em sentido estrito (destituição do representante pela simples manifestação de vontade de seus eleitores), uma vez que o mandato fixo não finda antes de seu prazo, senão excepcionalmente[18]. Isso vale, sobretudo, para os sistemas de governo presidencialistas (BONAVIDES, 2010, p. 335).

O instituto do *Impeachment* revela-se arcaico, que deixa de existir no direito inglês com o advento do parlamentarismo. Seu processo crimi-

vii) fontes alternativas de informação; viii) instituições capazes de fazer com que as medidas do governo dependam do voto e de outras manifestações da vontade popular.

18. São exceções ao que se afirmam os sistemas parlamentaristas e, em certa medida, aqueles que contemplam direito de revogação, nas formas do *recall* e do *Abberufungsrech*t.

naliforme não traduz responsabilidade política em sentido próprio, e seu manejo, difícil e ineficaz, verte-se em irresponsabilidade política, na prática.

Este conjunto (mandato livre e ausência de responsabilidade política) manifesta-se em autonomização do representante em face do representado, e em prevalência da vontade do primeiro sobre a do segundo, redundando, ao fim e ao cabo, em frustração do eleitor e descrédito da democracia representativa ao longo do século XIX, pois a esperança de que a renovação periódica dos mandatos nas novas eleições fosse suficiente para assegurar uma atuação dos representantes, conforme a expectativa dos representados, revela-se frustrada.

As respostas que se seguem à crise da democracia representativa liberal são malfadadas e não conseguem contornar, senão de forma efêmera, os problemas engendrados pela representação. Assim, a febre da democracia semidireta nas primeiras décadas do século XX é passageira, caindo em descrédito institutos de democracia plebiscitária, e mesmo em desgraça, veja-se seus frutos, por exemplo, a Alemanha.

A democracia de partidos que sucede a democracia semidireta igualmente se revela incapaz de resolver as insuficiências dos institutos democráticos em face da vontade, dos anseios e das aspirações do corpo sufragante: inúmeras investigações sociológicas sobre os partidos políticos, como as levadas a cabo por Max Weber (2002, p. 55 e ss), evidenciam a distância entre a ideia do partido político e sua prática, sobretudo nos Estados Unidos da América, pátria de origem da objeção contramajoritária ao *judicial review*.

De uma concepção de partido político como uma associação de cidadãos reunida em torno de ideais e princípios políticos, traduzidos no programa dos partidos, cuja atuação intermediaria com êxito as demandas sociais e as diversas correntes de opinião presentes na sociedade em face do Estado, impõe-se, ao final, o partido como máquina eleitoral, com programas que pouco se distinguem, com parca fidelidade e disciplina, com o advento dos políticos profissionais e, por fim, como órgão de expressão de interesses que nem de longe se assemelham a vontade popular (ou geral), confirmando sua tendência oligárquica.

Revistos rapidamente os problemas engendrados pela representação, resta examinar a questão da regra da maioria.

Os sistemas democráticos que ora se historia regem-se, à toda evidência, pela regra majoritária de tomada de decisão. Assim, as decisões formam-se, nas democracias, a partir do voto da maioria, seja nas eleições, seja nos órgãos legislativos. As maiorias podem ser variadas, desde maiorias relativas até maiorias qualificadas, passando pela maioria absoluta.

Sabidamente, a unanimidade, como regra de decisão, é inviável, por razões pragmáticas. Estabelecer que uma decisão pode ser tomada apenas com base no consenso unânime pode significar a indecidibilidade, a impossibilidade de uma deliberação. Por razões pragmáticas, portanto, é adotada alguma regra da maioria para a tomada das decisões. Mas a adoção da regra da maioria é prenhe de consequências, das mais significativas com relação ao indivíduo.

Johan Gustaf Knut-Wicksell, economista sueco, e, com base nele, o fundador da Economia Política Constitucional e prêmio Nobel de Economia, James M. Buchanan e Tullock (1990), demonstraram a incomensurabilidade da regra da maioria e da regra da unanimidade, e a diferença qualitativa insuperável existente entre uma e outra, do ponto de vista de garantia individual. Das lições de Knut-Wicksell, Buchanan e Tullock depreende-se que, do ponto de vista individual, a regra da maioria é qualitativamente incomparável à regra da unanimidade. Explica-se.

Apenas sob a regra da unanimidade como regra de tomada de decisões coletivas que afetam os membros do grupo, todos e cada um destes têm a segurança de estar a salvo de qualquer prejuízo em função das decisões coletivas.

A regra da unanimidade mune cada um dos membros de uma sociedade política de um poder de veto sobre as decisões do grupo, de modo que *apenas sob tal regra* o indivíduo pode ter a garantia de que não sofrerá dano ou experimentará prejuízo em função das decisões coletivas, eis que, para sua formação, exige-se o concurso de sua vontade, o seu consentimento[19].

19. "*The only means whereby the individual can insure that the actions of others will never impose costs on him is through the strict application of the rule of unanimity for all decisions, public and private.*

Qualquer afastamento, por mínimo que seja, da unanimidade, engendra um crescimento significativo nas expectativas de dano oriundo das decisões coletivas pelo indivíduo ou pelo grupo minoritário (aqui compreendido apenas como o conjunto dos votos vencidos)[20].

Assim, qualquer regra da maioria engendra riscos significativos àqueles que forem derrotados no processo de deliberação coletiva. Seja a maioria simples ou relativa, absoluta ou qualificada, qualquer que seja e por mais exigente que seja, sempre haverá o risco de danos para uma minoria vencida na votação, muitas vezes severos, oriundos de uma decisão coletiva alheia à sua vontade.

A regra da unanimidade é afastada por imperativos pragmáticos, e não por possuir a regra da maioria alguma superioridade sobre ela, excetuada a factibilidade da formação da decisão[21]. A regra da maioria, portanto, é adotada por imperativos de factibilidade de tomada de decisão, mas traz consigo aspectos negativos, notadamente o risco de prejuízo (incontrolável por meios democráticos) do(s) vencido(s) em um processo deliberativo, apesar de sua manifestação contrária. Ousamos afirmar: não há solução *democrática* para tal problema (salvo, caso fosse possível, a instituição da regra da unanimidade em substituição da regra da maioria como critério de tomada de decisão coletiva).

A única solução democrática eficaz para os inconvenientes da regra da maioria, do ponto de vista das expectativas de risco para os indivíduos vencidos no processo deliberativo, seria seu afastamento e substituição

If the individual knows that he must approve any action before it is carried out, he will be able to remove all fear of expected external cost or damage." (BUCHANAN; TULLOCK, 1962, p. 36).

20. "*[…] under certain decision-making rules, choices contrary to the individual's own interest may be made for the group. In any case, participation in collective activity is costly to the individual, and the rational and will take this fact into account at the stage of constitutional choice.*" (BUCHANAN; TULLOCK, 1962, p. 36).

21. Obviamente a regra da unanimidade comporta alguns inconvenientes, como o da posição de barganha de um ou de poucos indivíduos em face do grupo, haja vista seu consentimento ser necessário à tomada da decisão, bem como os aumentos de custos nos processos de tomada de decisão. A superioridade aqui afirmada da regra da unanimidade restringe-se, exclusivamente, à garantia de indivíduos e grupos minoritários (vencidos em um processo de deliberação) de não experimentarem prejuízo em face da decisão coletiva.

pela regra da unanimidade, o que não é possível, factível (BUCHANAN; TULLOCK, 1962).

A democracia baseada na regra da maioria traz sempre consigo, inevitavelmente, o risco de que a minoria seja tiranizada pela maioria, o que foi reconhecido por inúmeros pensadores ao longo de toda a história, e, inclusive, expressamente discutido pelos *founding fathers* da democracia estadunidense, por exemplo.

Observe-se ser possível estabelecer um paralelo entre o afastamento da democracia direta e a adoção da democracia indireta e o afastamento da regra de unanimidade e a adoção da regra meramente majoritária.

Abre-se mão da democracia direta em prol da representação em função, sobretudo, de imperativos pragmáticos (factibilidade), e não porque a democracia representativa seja superior à democracia direta. Do mesmo modo, abre-se mão da decisão unânime (insuscetível de causar gravame a qualquer indivíduo que possa tomar parte no processo deliberativo) em prol da decisão pela simples regra da maioria por imperativos pragmáticos (factibilidade). (BUCHANAN; TULLOCK, 1962).

Donde a simetria das conclusões: da mesma maneira que a representação política engendra inconvenientes sérios quanto à garantia da fidelidade da representação, a adoção da regra da maioria para a formação da decisão gera sérias expectativas de riscos a serem suportados pelos indivíduos em função das decisões majoritárias. Portanto, a democracia majoritária reclama institutos que reduzam seus inconvenientes, especialmente aquele da tomada de decisões coletivas que causem prejuízo a seus membros individuais ou parte deles.

Estas são, em síntese, as limitações (sérias) da democracia contemporânea: incapaz de assegurar fidelidade do eleito relativamente a vontade do eleitor, e baseada em simples regra de maioria, possibilitando a formação de decisões absolutamente gravosas em relação aos indivíduos e a parte do grupo que pode chegar a até 50% menos um. Esta contextualização é imprescindível para o adequado julgamento da objeção contramajoritária em face do controle judicial de constitucionalidade, bem como serve para relativizar a profissão de fé dos opositores aos conceitos de constitucionalismo e democracia contemporânea.

4. A COMPLEMENTARIDADE ENTRE O CONSTITUCIONALISMO E A DEMOCRACIA: A NECESSIDADE DE INSTITUIÇÕES CONTRAMAJORITÁRIAS COMO CORRETIVO ÀS IMPERFEIÇÕES DA DEMOCRACIA

Importante, portanto, frisar o contexto: uma democracia representativa que não dispõe de instrumentos aptos para assegurar a conformidade de tomada de decisão para com a vontade e os interesses do eleitor (*problema da representação*) e que é incapaz de, por si só, proteger as minorias vencidas nos processos de decisão estruturados pelo critério majoritário dos danos que lhes podem ser impingidos pela maioria (*problema majoritário*)[22].

Outrossim, sublinha-se que as decisões coletivas podem, em princípio, recair sobre quaisquer aspectos da vida, incluídos temas como a vida, a integridade física, a liberdade e o patrimônio. Assim, os danos impingidos aos indivíduos e aos grupos de indivíduos vencidos nos processos democráticos de decisão estruturados em torno da representação e da regra da maioria podem ser grandes, como demonstram Buchanan e Tullock, *v.g.* (BUCHANAN; TULLOCK, 1962).

Poderia a maioria decidir pela discriminação da minoria vencida, ou pela sua escravização, ou pela expropriação de seus bens sem indenização, ou pela sua segregação, ou pela sua clausura em campos de concentração, ou mesmo pela sua eliminação física em campos de extermínio. Os mecanismos da democracia majoritária não oferecem nenhum remédio para este risco (BUCHANAN; TULLOCK, 1962).

O sufrágio, os votos vencidos no escrutínio, por exemplo, pouco valor possuem: algum valor simbólico, de protesto ou inconformismo, nenhum valor prático, no sentido de impedir a consumação das ameaças majoritárias.

Aqui se evidencia a indispensabilidade de instituições contramajoritárias, que, ao invés de padecerem de um defeito antidemocrático irremediável, como se parece querer fazer crer, constituem corretivos a uma "democracia imperfeita" complementando-a, isto é, aperfeiçoando-a, porque inexoravelmente acometida pelo problema da representação e pelo

22. Assim podemos afirmar que as democracias contemporâneas são assoladas por dois problemas aqui denominados *problema da representação* e *problema majoritário*.

problema majoritário. É neste contexto que devem ser compreendidos a própria Constituição, os direitos, liberdades e garantias constitucionais, a supra-legalidade constitucional, a rigidez constitucional, o controle judicial de constitucionalidade das leis[23], e, por fim, a complementaridade dos conceitos constitucionalismo e democracia[24].

> [...] o paradoxo da democracia constitucional assume várias formas. A democracia aparece como auto-governo do povo – as pessoas de um país decidindo por si mesmas os conteúdos decisivos e fundamentais das normas que organizam e regulam a sua comunidade política. O constitucionalismo aparece como a contenção da tomada de decisão popular através de uma norma fundamental, a constituição – *law of lawmaking*, projetada para controlar até onde as normas podem ser feitas, por quem e através de quais procedimentos. É parte essencial da noção de constitucionalismo que a norma fundamental deva ser intocável pela política majoritária (que ela deve limitar). (MICHELMAN, 1999, p. 1).

James Buchanan evidencia a conveniência e o caráter racional, neste caso, da adoção de diferentes níveis de maioria exigidos para a tomada de diferentes decisões.

---

23. Neste sentido, deve-se conferir o magisterio de Luigi Ferrajoli em seu **Diritti** e **Garanzie: la legge del più debole**: "*Así, los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos substanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales, que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Y la democracia política, como por lo demás el mercado, se identifica con la esfera de lo decidible, delimitada y vinculada por aquellos derechos. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la esfera de lo indecidible que y de lo indecidible que no; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones*" (FERRAJOLI, 2004, p. 23-24).

24. Conforme nos ensina Gargarella (1997, p. 127-128) a discussão entre o paradoxo entre o constitucionalismo e a democracia, a discussão sobre o poder constituinte e a soberania. Partindo da premissa de que a soberania é popular, e, portanto, cabe ao povo se autolegislar no momento fundante da ordem normativa, qual seja, a Constituição. Portanto, o povo não somente se impõe certas regras, mas exige que elas sejam respeitadas, daí a necessidade de se manter uma Constituição, sendo a ordem primeira que se autoimpõe como manifestação do poder constituinte e da soberania popular, vinculando, dessa forma a ambos.

Assim, e.g., pode ser considerado racional estabelecer que, se decisões de somenos importância podem ser tomadas pela regra da maioria simples ou relativa (inferior a 50% + 1), decisões mais importantes devem ser tomadas pela maioria absoluta (50% + 1) e, enfim, decisões extremamente gravosas devam ser tomadas com base em uma maioria qualificada (2/3, 3/5, e assim sucessivamente).

Embora as maiorias qualificadas não se equiparem à regra da unanimidade na proteção individual, como visto, evidentemente fornecem uma proteção melhor do que a maioria absoluta ou maiorias relativas[25].

Assim, utilizando técnicas de diferentes regras de tomadas de decisão é possível instituir uma ordem jurídica ordinária (infraconstitucional) e uma ordem jurídica supralegal (constitucional), cuja modificação apenas é possível pela obtenção de um consenso em maior grau do que o necessário para a modificação infraconstitucional (ou, em certos casos, como o brasileiro, em que certos temas estão pura e simplesmente excluídos da possibilidade de deliberação) (BUCHANAN; TULLOCK, 1990).

Ou, dizendo-se de outro modo, as decisões constitucionais apenas podem ser tomadas por uma regra de maioria qualificada, mais exigente do que a maioria absoluta estabelecida para as decisões infraconstitucionais[26].

O objetivo ao estabelecer o escalonamento normativo é reduzir os inconvenientes da democracia majoritária; mitigar os riscos oriundos da decisão meramente majoritária e do descarte da regra da unanimidade para indivíduos e grupos minoritários (vencidos). A singela ideia basilar é a de que decisões de maior gravidade, para que sejam tomadas, devam aproximar-se mais da unanimidade do que decisões de menor gravidade. Todavia esta singela ideia é o cerne da concepção mesma de Constituição.

Assim, estabelecer uma ordem constitucional, supralegal, mais exigente quanto a sua modificação, ou mesmo que determinadas decisões

25. A maioria relativa pode, inclusive, significar decisão pela minoria quando, por exemplo, entre três propostas duas obtenhas 30% dos votos e um 40%. A maioria relativa de 40% é vitoriosa, embora 60% dos votos tenham sido contrárias a ela. Isso evidencia o quanto a ideia de democracia como governo da "maioria" pode ser enganosa e, em certo sentido, até mesmo falsa ou equivocada (BUCHANAN; TULLOCK, 1962).

26. E, como no caso brasileiro, determinadas decisões podem simplesmente ser excluídas da possibilidade de deliberação em determinado sentido.

não são possíveis de ser tomadas, independentemente de qualquer grau de consenso, protege-se indivíduos e grupos minoritários da ação da maioria (BUCHANAN; TULLOCK, 1962).

Ou seja, é o próprio princípio majoritário que reclama correção de suas distorções por institutos contramajoritários, como os mencionados. Para nós, aqui, a Constituição é contramajoritária no sentido de que coloca certas deliberações o mais próximo possível da regra da unanimidade e, sobretudo, porque erige certas matérias como não deliberáveis (cláusulas "pétreas").

Os direitos, liberdades e garantias, igualmente, constituem um núcleo de prerrogativas, poderes ou trunfos colocados em mãos do indivíduo e das minorias como proteção contra a maioria ocasional. A rigidez constitucional e sua supremacia ou supralegalidade, igualmente, retiram a deliberação de matérias constitucionais da mera maioria simples ou mesmo absoluta.

O controle judicial de constitucionalidade, por sua vez, assegura que as opções feitas no momento constituinte, ainda que contrárias à vontade manifesta da maioria atual ou ocasional serão mantidas[27]. Assim, tem-se a chamada auto-restrição, no entanto, ela pode ser compreendida a partir de uma constatação que transcende a simples limitação ao poder, ou seja, uma salvaguarda para o futuro pode-se estar querendo restringir principalmente o outro.

Se nossas premissas estiverem certas, as instituições referidas, ainda que contramajoritárias, não são antidemocráticas, pois democracia é irredutível à regra da maioria, e não é sinônimo de governo da maioria.

27. Como ensina Ivo Dantas (2007, p. 9), "o Controle de Constitucionalidade, entretanto, não é mera opção doutrinária, mas encontra-se assentado, pelo menos, em dois pressupostos teóricos, a saber: a) ao fato de que, sendo a Constituição oriunda de um superpoder – o *Poder Constituinte* –, nela estão inseridos os valores supremos consagrados pela sociedade para a qual seu texto foi celebrado. Disto decorre a consequência de que só possam ser modificados por procedimentos especiais, constitucionalmente previstos. É o caráter da *rigidez* que, em geral, marca aquela espécie legislativa; b) à característica de *supralegalidade* que marca a norma constitucional, distinguindo-a, em consequência, das demais normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico-positivo do Estado, decorre a *obrigatoriedade* de que estas últimas tenham consigo a obrigação inarredável de encontrarem-se, onticamente, de acordo com os preceitos inseridos na primeira".

Democracia é melhor compreendida como governo por todos, através de todos, e em prol de todos; a regra da maioria é um "mal necessário" para possibilitar a tomada de decisão na ausência de consenso unânime e, por isso mesmo, reclama limites, de modo que nem tudo o que a maioria deseja é passível de ser deliberado e executado. Renuncia-se, aqui, a uma concepção meramente formal de democracia, perfilhando entendimento de Luigi Ferrajoli (2004, p. 24-25) em prol de uma concepção substancial da democracia[28].

Na esteira das considerações mencionadas, cabe acrescentar as contribuições do professor Nino (1997), segundo o qual, nas sociedades plurais é imprescindível mais do que uma simples representação ou deliberação, faz-se necessária uma ampla representação e uma ampla deliberação, mediante a inclusão institucional daqueles que estão à margem do processo deliberativo. Portanto, longe de ignorar a tensão imanente, a relação constitucionalismo e democracia pode, e deve, potencializá-la a favor da ampliação do rol democrático e da concretização de direitos.

Mas poder-se-ia objetar, aqui, que tudo o que foi exposto é plausível, mas que nada estaria a indicar porque o Poder Judiciário deveria fazer o controle, sendo este um dos argumentos aventados contra o controle judicial de constitucionalidade, este encarado aqui, como um dos pontos-chave de tensão e complementaridade entre constitucionalismo e democracia.

Resta refletir, então, as razões pelas quais o sistema do controle judicial de constitucionalidade seria o mais adequado para efetivar tal controle e, sobretudo, para dar a última palavra na matéria, em comparação com outros sistemas, como o sistema político de controle de constitucionalidade.

28. Uma vez mais Ferrajoli (2004, p. 24-25), distinguindo a democracia procedimental ou formal da democracia substancial: "*Así, pues, a una concepción exclusivamente procedimental o formal de la democracia corresponde una concepción asimismo formal de la validez de las normas como mera vigencia o existencia, que, puede decirse, representa el presupuesto de la primera; mientras que una concepción substancial de la democracia, garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no simplemente de la omnipotencia de la mayoría, requiere que se admita la posibilidad de antinomias y de lagunas generadas por la introducción de límites y vínculos sustanciales – ya sean negativos, como los derechos de libertad, o positivos, como los derechos sociales – como condiciones da validez de las decisiones de la mayoría*".

A resposta aqui esboçada é singela, não é nova e talvez desaponte em função da posição institucional singular ocupada pelo Poder Judiciário em nosso arranjo institucional.

No modelo de tripartição dos poderes que, com maior ou menor separação impôs-se como um lugar-comum na teoria e na prática constitucionais contemporâneas, inexiste Poder em melhores condições de exercer tal atividade fiscalizadora[29]. Considere-se que o constitucionalismo consiste em um movimento de contenção de poder, e a Constituição o principal instrumento para tal contenção.

A ameaça aos indivíduos e grupos minoritários contra violações das disposições constitucionais vem, especialmente, do Poder Legislativo e Executivo[30], no exercício de seus poderes normativos e de polícia, por exemplo. Assim, não se consegue vislumbrar qualquer superioridade em sistemas que atribuem a fiscalização da constitucionalidade de leis ou atos normativos ao próprio órgão do qual advém tais leis ou atos normativos, como os sistemas políticos ou em que há reenvio pela Corte Constitucional ao Poder Legislativo, que profere a decisão definitiva. O que se vislumbra, aí, muitas vezes, é uma parca proteção da Constituição, é nítida opção pela democracia majoritária, com todas as suas mazelas, em detrimento das garantias constitucionais.

Como bem observa Ivo Dantas (2007, p. 229-230), no caso da adoção da solução que estatui o "*Legislativo como intérprete final da Constituição*, ficamos à mercê de uma momentânea maioria parlamentar, o que já ocorre, aliás, no exercício do Poder de Reforma, mesmo diante das exigências procedimentais fixadas pelo próprio texto constitucional.".

---

29. Obviamente não se desconsidera, aqui, constituir um poder extraordinário o de fazer o controle judicial de constitucionalidade das leis (DANTAS, 2007, p. 230). Observe-se, no entanto, que o dilema aqui parece insuperável, pois ainda que se crie um órgão independente dos três Poderes para fazer o controle de constitucionalidade, este mesmo órgão cairá na situação de seus próprios atos não serem passíveis de sindicabilidade constitucional. Defende-se aqui, de qualquer forma, o controle judicial de constitucionalidade como arranjo institucional preferível, no particular, a outros possíveis.

30. Deixando de lado aqui, deliberadamente, a discussão sobre a eficácia horizontal (*Horizontalwirkung*) ou perante terceiros (*Drittwirkung*), ou ainda inter-privada dos direitos fundamentais.

Além de ser absurdo lógico atribuir a atividade fiscalizadora ao próprio fiscalizado (como evidencia à saciedade a Teoria dos Jogos), aduzimos outro argumento em prol do controle judicial de constitucionalidade, e portanto, um relevante construto que contribui para a própria viabilidade da vida democrática.

Se nossas premissas sobre o papel operativo das instituições constitucionais contramajoritárias[31] nas democracias majoritárias contemporâneas (proteção dos indivíduos e da minoria vencida) estiverem corretas, órgãos eleitos em conformidade com a regra da maioria são totalmente inadequados para promover a garantia da minoria.

Exatamente por serem eleitos, os Poderes Executivo e Legislativo são mais suscetíveis de pressão pela opinião pública e, portanto, mais suscetíveis de dar vazão a apelos majoritários feitos em momentos de comoção pública significativa, por exemplo (vide legislação simbólica editada logo após crimes de grande repercussão)[32].

Além disso, sendo órgãos políticos, ostentam presumivelmente (frise-se) uma maior propensão (em princípio) a tomar uma decisão com base em juízos preponderantemente políticos, e não jurídicos[33]. Deste modo, atribuir a proteção da minoria a órgãos que podem mostrar-se sen-

31. Como observa o iminente cientista político e constitucionalista lusitano Marcello Caetano: "O sistema que acabamos de expor (rigidez das leis constitucionais e garantia contra a inconstitucionalidade das leis ordinárias) é o mais perfeito que até agora se ideou para assegurar a limitação jurídica do poder dos governantes." E, mais adiante: "Se na prática os resultados nem sempre são conformes com a teoria, isso quer dizer que nenhuma instituição ou sistema pode produzir seus frutos numa sociedade se não for servida por homens dignos, com autoridade moral, competência profissional e total devoção à convicção da necessidade e da utilidade da instituição ou do sistema em respeito geral e em geral colaboração" (CAETANO, 2009, p. 349).

32. Assim, o argumento em prol do judiciário não é, necessariamente, elitista, conforme afirma Nino, pois não se prende exclusivamente a uma ideia de uma maior "destreza intelectual" dos magistrados, ou coisa similar (NINO, 1997, p. 260). Antes parte essencialmente de outras duas premissas bastante evidentes: a) o fiscal não deve ser a mesma pessoa, órgão ou poder fiscalizado; b) o órgão apropriado para a tomada de decisões contramajoritárias (impopulares perante a opinião pública) não deve ser um órgão político e tampouco que expresse a vontade da(s) maioria(s).

33. "O Controle da Constitucionalidade por *órgão político* (pelo menos no sentido que lhe é dado pelo modelo francês), entretanto, não é de aceitação pacífica, sendo considerável o número de autores que o combatem por entenderem existir um perigo de desenvolvimento excessivo de seu poder, ocasionando, inclusive, sua transformação de *controlador* em *legislador*, abarcando,

síveis à pressão da maioria parece outro absurdo lógico, da mesma forma que proteger *direitos* por instituições *políticas* também não se mostra muitas vezes coerente.

Nessa esteira, aduzem-se as considerações empreendidas na década de 1980, pelo professor francês Claude Lefort (1991, p. 62), segundo o qual, a democracia seria um processo constante de reinvenção de direitos, alcançada principalmente através do conflito, o qual, não deve de forma alguma ser extirpado da sociedade.

O mencionado autor demonstrou em seu estudo como as sociedades democráticas contemporâneas apartaram o poder do Estado, através da revolução democrática. Assim, o conflito cada vez mais, constitui a especificidade das sociedades democráticas atuais, pois, supõe, concomitantemente, o fato do poder e a busca de uma consideração das diferenças no direito. Portanto, a democracia[34] inaugura a "experiência de uma sociedade inapreensível, indomesticável, na qual o povo é dito soberano, mas também não cessa de questionar sua identidade, e esta continuará latente" (LEFORT, 1991, p. 118).

Desse modo e por tudo isso, assume-se a nítida posição que o controle judicial de constitucionalidade[35] como uma das expressões do constitucionalismo, não se apresenta como algo que se opõe a democracia, mas algo que a todo momento encontra-se tensionado por ela, através da

com isto, uma função que, constitucionalmente, não lhe pertenceria" (DANTAS, 2007, p. 257).

34. Opõem-se, aqui, algumas visões: uma visão idealizada da democracia a uma visão da "democracia real". Opõe-se, ainda, uma visão da democracia como um valor intrínseco a uma visão da democracia como valor instrumental. Estes argumentos poderão ser desenvolvidos em outra oportunidade. Sobre o último tema, veja-se NOVECK, 2008.

35. Acrescer-se-ia, uma derradeira vez, um argumento utilizado por Ferrajoli: "*Esta concepción de la validez de las normas en el Estado constitucional de derecho y, al mismo tiempo, de la relación entre las que he llamado 'democracia política' (o 'formal') y 'democracia sustancial' se refleja además en un reforzamiento del papel de la jurisdicción y en una nueva y más fuerte legitimación democrática del poder judicial y de su independencia. Ésta es la tercera implicación del modelo garantista: los desniveles entre normas, que están a la base da existencia de normas inválidas, y, por otra parte, la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional, cambian la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos*." (FERRAJOLI, 2004, p. 25-26).

aplicação e reaplicação da Constituição, sua interpretação(construção) e reinterpretação, quer seja pelo povo ou pelo Poder Judiciário.

5. CONCLUSÃO

À guisa de conclusão: ao que parece, longe do painel idealizado que muitos dos proponentes da objeção contramajoritária assumem como premissa, a democracia contemporânea, embora sem sombra de dúvida valiosa, padece de várias limitações, notadamente daquelas que nominamos *dificuldade da representação* e *dificuldade majoritária*.

A *dificuldade da representação* traduz-se no problema da (in)fidelidade dos representantes eleitos. A *dificuldade majoritária*, nos riscos da adoção do critério majoritário como regra de tomada de decisão para os indivíduos e para os grupos minoritários (votos vencidos).

Vimos que são exatamente os problemas inevitáveis oriundos da adoção da regra da maioria que exigem correções contramajoritárias para permitir um funcionamento adequado da democracia[36]. Tais instituições contramajoritárias (no sentido de mitigadoras da força da vontade política da maioria atual ou ocasional) podem ser a Constituição, a rigidez e supremacia (ou supralegalidade) constitucionais, os direitos e garantias fundamentais.

Estes institutos operam como barreiras protetoras dos indivíduos e minorias, dos votos vencidos nas deliberações coletivas majoritárias, dificultando a tomada de certas decisões graves ou mesmo impossibilitando-as. Reduzem, assim, o risco individual e das minorias em sistemas democráticos operacionalizados pela regra da maioria.

Disso tudo, decorrem algumas considerações:

i. A Constituição tanto impõe limites ao poder do soberano, quanto ao poder soberano do povo, uma vez que, o Estado

36. Não fosse assim, a própria rigidez constitucional instituída no art. 60 § 4º, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não precisaria proteger as próprias instituições democráticas (voto direto, secreto, universal e periódico) de si mesmas.

Constitucional de Direitos é um Estado de poderes limitados;

ii. A democracia é irredutível à regra da maioria e ao governo da maioria;

iii. Ao invés de padecerem de um defeito antidemocrático visceral, as instituições contramajoritárias são necessárias para a própria operação da democracia representativa majoritária, reduzindo os riscos oriundos da regra da maioria e instaurando algo que poderíamos denominar com Buchanan, *democracia constitucional* ou, com Ferrajoli, *democracia substantiva*;

iv. O controle judicial de constitucionalidade opera, como garantia institucional da própria supralegalidade constitucional, e, assim, como garantia do valor da Constituição e do Estado Democrático de Direito;

v. O Poder Judiciário é, ainda, mais indicado para efetuar a fiscalização da constitucionalidade haja vista que órgãos de expressão da vontade majoritária não parecem adequados para a proteção das minorias, além de, sendo políticos, parecer, em princípio mais suscetíveis ceder a pressões majoritárias.

Não se recusa, a toda evidência, a possibilidade de se discutir formas de aperfeiçoamento das instituições, sejam elas majoritárias ou contramajoritárias. O que se recusa é dar vazão a uma argumentação que elege um valor "democrático" de forma apologética e idealizada, desconsiderando o papel primordial desempenhado pelas instituições constitucionais, inclusive pelo controle judicial, nas democracias contemporâneas, e logo, o total divórcio/oposição entre tais ideias.

Como é repetido à saciedade na teoria constitucional atual, nenhum bem ou valor deve ser considerado absoluto, prioritário em face de todos os outros. A democracia é um bem extremamente valioso, mas reclama compatibilização com outros bens ou valores com guarida consti-

tucional, como a vida, a liberdade e o patrimônio de todos, inclusive dos indivíduos e das minorias vencidas nos processos deliberativos erigidos em torno da regra da maioria.

Diante deste contexto, as instituições contramajoritárias são necessárias para a própria operação da democracia representativa majoritária. Portanto, no atual arranjo institucional, é possível se vislumbrar que, longe de se oporem, constitucionalismo e democracia são valores interdependentes e que se complementam mutuamente.

Do exposto, buscou-se evidenciar que há um papel fundamental reservado ao núcleo essencial da Constituição, ou seja, os direitos e garantias fundamentais na medida em que constituem corretivos às distorções possíveis dos processos decisórios majoritários, conformando, desse modo, a democracia constitucional. Desse modo, a democracia constitucional concilia e compatibiliza os processos deliberativos democráticos com a proteção às minorias, permitindo o exercício do poder em termos mais justos e equilibrados.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, B. **Nós, o povo soberano:** fundamentos do Direito Constitucional. Trad. Mauro R. de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BERCOVICI, G. Constitution and politics: a difficult relationship. São Paulo, **Lua Nova**, n. 61, 2004.

BONAVIDES, P. **Ciência política**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. **The calculus of consent**: Logical foundations of constitutional democracy. Indianapolis: Liberty Fund., 1990 [1962]. 337 p. (The selected works of Gordon Tullock v. 2).

CAETANO, M. **Manual de ciência política e direito constitucional.** Tomo I. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DAHL, R. **Poliarquia:** participação e oposição. Trad. Celso M. Paciornik. São Paulo: Edusp, 2005.

DANTAS, I. **Constituição e processo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. **O valor da constituição:** do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ELY, J. H. **Democracia e desconfiança:** uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ELSTER, J. **Ulisses liberto:** estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

_____. **The impact of constitutions on economic performance. Annals of the World Bank Conference on Development 1994**. Washington: World Bank,1995.

_____. **Constitucionalism and Democracy.** Cambridge University Press, 1988.

FERRAJOLI, L. **Derechos y garantías:** la ley del más débil. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andres Greppi. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

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

LEFORT, C. **A invenção democrática:** os limites do totalitarismo. São Paulo: Brasiliense, 1991.

LIPJHART, A. **Modelos de democracia.** São Paulo: Civilização Brasileira, 2003.

MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional.** Tomo III. Estrutura constitucional do Estado. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2004.

NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. **Analisi economica del diritto pubblico.** Milão: Il Mulino, 2009.

NINO, C.S. **La Constitución de la Democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

NOVECK, S.M. Is Judicial Review Compatible with Democracy? **Cardozo Public Law, Policy & Ethics Journal**, v. 6, n. 2, 2008.

TAVARES, A.R. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

WEBER, M. **Ensaios de sociologia**. 5. ed. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 2002.

Correspondência | Correspondence:

Geziela Iensue
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), Faculdade de Direito, Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul Universitário, CEP 79.070-900. Campo Grande, MS, Brasil.
Fone: (67) 3310-0001.
E-mail: igeziela@gmail.com

Recebido: 07/10/2016.
Aprovado: 17/11/2017.

Nota referencial:

IENSUE, Geziela. A "constitucionalização da política": impasses entre o constitucionalismo e a democracia. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 20, n. 1, p. 27-54, jan./abr. 2018. Quadrimestral.