

O CARÁTER CONTRAMAJORITÁRIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO¹

Júlio César de Moura Luz
Enny Araújo Lima

RESUMO

O presente estudo busca analisar o avanço social pressuposto pela consolidação de uma democracia material alicerçado nos direitos fundamentais, com foco na função contramajoritária destes. Parte da evolução histórica do constitucionalismo e sua influência nas constituições brasileiras, intercalando com o avanço do controle de constitucionalidade implementado de forma mista no ordenamento jurídico brasileiro. Além da revisão bibliográfica, o viés contramajoritário foi identificado na análise de quatro ações constitucionais julgadas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro em casos sensíveis, tendo restado claro que os direitos fundamentais são legítimos e exequíveis mesmo quando diferem da concepção majoritária da sociedade acerca de questões políticas e culturais, sendo essenciais para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Marcha da Maconha. Casamento Homoafetivo. Cotas Raciais. Fetos anencefálicos.

THE COUNTER-MAJORITARIAN CHARACTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE CONSOLIDATION OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

ABSTRACT

The present study seeks to analyze the social advance presupposed by the consolidation of a material democracy based on fundamental rights, with focus on counter-majoritarian function of these. Part of the historical evolution of constitutionalism and its influence on Brazilian constitutions, intercalating with the advancement of constitutionality control implemented in a mixed way in the Brazilian legal system. In addition to the bibliographic review, the counter-majoritarian bias was identified in the analysis of four constitutional actions judged by the Brazilian Supreme Court in sensitive cases, having made it clear that fundamental rights are legitimate and enforceable even when they differ from the majority conception of society concerning political and cultural issues, being essential for the consolidation of the Democratic Rule of Law.

Key-words: Constitutionality Control. Marijuana march. Same-sex marriage. Racial quotas. Anencephalic fetuses.

¹ Recebido em 08/09/2020

Aprovado em 09/12/2020

Introdução

“[...] A polícia matou o estudante, falou que era bandido, chamou de traficante. A justiça prendeu o pé-rapado, soltou o deputado... e absolveu os PMs de vigário!”. Em 2001, Gabriel, o Pensador lança no álbum *Seja Você Mesmo (Mas Não Seja Sempre o Mesmo)* a música “Até quando?”, parceria com Tiago Mocotó e Itaal Shur. Esse trecho demonstra inquietações sociais do início do século XXI. Questiona-se a estrutura social em nossa recente democracia e denunciam-se atentados aos direitos fundamentais claramente impostos face à falta de isonomia pela máquina estatal.

De fato, rompemos com a ditadura militar e engatinhamos enquanto Estado Democrático de Direito. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) trouxe inegáveis avanços e precedentes para mudança nesse quadro retratado inicialmente. No entanto, faltam ainda aplicabilidade e eficiência em muitos aspectos e, essencialmente, no que diz respeito à concretização dos direitos fundamentais.

Se de um lado o Estado ainda não consegue ou não elenca como prioridade essa concretização dos direitos fundamentais, de outro, grande parte da população brasileira, presa a costumes e paradigmas construídos historicamente e pelo cerceamento que vê em seus direitos no cotidiano, também não conseguiu creditar a estes direitos fundamentais a importância e diálogo que eles merecem.

Assim, diante de uma visão arcaica, em um estado democrático, admitir-se-ia, em tese, que na democracia a maioria conduzisse o rumo social e político em detrimento de minorias que não teriam seus direitos legitimados nesse contexto. No entanto, surgem ressalvas a essa premissa. Seria mesmo coerente, em uma democracia, que as leis e políticas públicas de proteção à população negra – historicamente massacrada e que, portanto, carece de incentivos – fossem manipuladas por toda uma população branca? Ainda nesse ponto, que as mulheres dependessem dos homens para a concretização de seus direitos ou que os marginais dependessem de uma população enfurecida e consternada pela violência?

É partindo desses pontos que se nota a necessidade de mecanismos que garantam à Constituição e aos direitos fundamentais a ela inerentes o pleno exercício. Assim, a importância do caráter contramajoritário conferido a esses direitos. O Estado deve usar de todos os meios legais, ainda que não carregue inicialmente a legitimação majoritária da população, para garantir a dignidade de todas as pessoas.

Cumpra-nos ainda afirmar, que o Judiciário é o poder do Estado mais imparcial no tocante à legitimação social. Portanto, esse papel contramajoritário de defesa dos direitos fundamentais, além de dever legal, incide com mais força sobre esse poder como também um dever moral. Há meios para que ele aja como um autêntico defensor da Constituição e dos direitos humanos.

Esse trabalho tem como objetivo compreender a formação histórica dos direitos fundamentais e sua essencialidade quanto ao constitucionalismo e analisar o avanço social pressuposto pela consolidação de uma democracia material alicerçado nos direitos fundamentais, com foco na função contramajoritária destes.

Metodologia

Foi realizada revisão bibliográfica sobre a temática nos manuais do Direito e em revistas voltadas à área jurídica, dando consistência qualitativa ao artigo, por meio do método dedutivo, com a construção lógica de uma ideia baseado nos estudos já existentes.

Além disso, foram analisados quatro casos concretos, consistentes em julgamentos do Supremo Tribunal Federal sobre casos sensíveis e de forte apelo popular, relacionados aos

O CARÁTER CONTRAMAJORITÁRIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

seguintes temas que envolvem direitos fundamentais: marcha da maconha; uniões homoafetivas; aborto em caso de fetos anencefálicos; e cotas raciais.

A análise ocorreu quanto ao discurso jurídico contido nos acórdãos e votos dos ministros, com a identificação de ideias que se aproximem do caráter contramajoritário dos direitos fundamentais e, também, em relação ao conteúdo destes votos e decisões, interpretados sistematicamente à legislação pertinente, observando o avanço social pressuposto.

1 Constitucionalismo e democracia: formação do modelo institucional brasileiro

O Constitucionalismo, que também é conhecido como “movimentos constitucionais”, pode ser definido como “[...] teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. (CANOTILHO 2007 *apud* LENZA, 2019, p. 102).

No Brasil, no contexto do movimento constitucionalista, conforme assevera Bonavides (2013), há três fases históricas que refletiram na formação de nossa instituição constitucional: uma primeira vinculada a um modelo constitucional francês-inglês, do século XIX, com uma espécie de organização dos poderes peculiar, tetradimensional, com o poder judiciário, legislativo, executivo e, ainda, o poder moderador, concedendo poderes especiais ao Imperador – que também já exercia o poder executivo – assemelhando-se ao totalitarismo; uma segunda fase, representando uma ruptura nos moldes do modelo americano, surgindo o federalismo e o presidencialismo com o advento de nossa Primeira República; e a terceira fase, em curso, influenciada diretamente pela Constituição de Weimar e mais recentemente pela Lei Fundamental de Bonn, de 1949 – percebendo-se, desde a constituição brasileira de 1934, o surgimento de um modelo de estado social, trazendo o conceito de sociedade e o homem-pessoa e não homem-indivíduo como valores supremos do constitucionalismo atrelados à referência da democracia, igualdade e liberdade, salvo nos períodos ditatoriais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) em vigência é notadamente influenciada por esse terceiro movimento constitucional, tendo em vista que todo o seu texto trata dos direitos e garantias fundamentais.

Logo no Título I, que trata dos Princípios Fundamentais, em seu art. 1º, que traz os fundamentos da República Federativa do Brasil, vê-se a adoção de um Estado Democrático de Direito, sendo que, no parágrafo único é trazida a premissa: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Este dispositivo evidencia o princípio da soberania popular e o princípio majoritário da democracia: “todo o poder emana do povo”. No entanto, ao mesmo tempo, deixa claro que esse poder não é ilimitado, pois deve ser exercido nos termos da Constituição, respeitando inclusive os direitos e garantias fundamentais.

Desta maneira entendem Cunha Jr. e Novelino (2014):

A noção de Estado democrático de direito está indissociavelmente ligada à realização dos *direitos fundamentais* [...] Na busca pela conexão entre a democracia e o Estado de direito, o *princípio da soberania popular* se apresenta como uma das vigas mestras deste novo modelo, impondo uma organização e um exercício democráticos do Poder (ordem de domínio legitimada pelo povo). Outra característica marcante deste modelo de Estado é a ampliação do conceito meramente formal de *democracia* (participação popular, vontade da maioria, realização de eleições periódicas, alternância no Poder) para uma *dimensão substancial*, como decorrência do reconhecimento da força normativa e vinculante dos direitos fundamentais, os quais devem ser usufruídos por todos, inclusive pelas minorias perante a vontade popular

(pluralismo, proteção das minorias, papel contramajoritário do Poder Judiciário). (CUNHA JR.; NOVELINO, 2014, p. 13).

Nesse contexto, pode-se recordar fatos históricos relevantes como os acontecidos na Alemanha nazista. Szklarz (2013) ressalta que o nazismo não partia somente dos líderes do partido de Adolf Hitler, mas que este era um ditador carismático com enorme popularidade entre o povo alemão até a Batalha de Stalingrado, em 1942. Ressalte-se que este governo alemão feriu gravemente os direitos fundamentais das minorias. Posteriormente, a noção de direitos humanos passou a ser difundida e, inclusive, introduzida no corpo das constituições.

Lago (2011) instiga a noção do surgimento da controvérsia entre Democracia formal e Constitucionalismo na formação do modelo institucional brasileiro, em que a democracia formal se baseia profundamente no Princípio Majoritário na qual o poder emana indiscriminadamente do povo, em que o povo é representado; e a democracia crítica ou substancial, que além da noção de democracia formal quantitativa elenca como base o respeito à pluralidade, impedindo que haja tirania da maioria sobre a minoria.

A respeito dessas questões, surge, no campo da filosofia jurídica, a Teoria da Justiça de John Rawls, dando significado ao sentido substancial de democracia, possibilitando reflexão sobre as regras sociais e as desigualdades existentes para a legitimação da própria justiça através de suas normas e regras.

Rawls (1997) traz a noção de “véu da ignorância”, por meio do qual, antes da elaboração das normas de uma sociedade, os indivíduos deveriam se colocar em uma condição de neutralidade, objetivando a racionalização na construção de um Estado, pois neste ponto de neutralidade os fatos sociais seriam analisados fora de qualquer pretensão pessoal, de modo a harmonizar o que de fato seria melhor para a sociedade, garantindo direitos aos hipossuficientes de uma forma que não restringisse a liberdade dos que não se encontrassem nesse grupo, para que houvesse ao longo do tempo uma igualdade real.

Desta forma, a democracia seria movida do ponto de vista da racionalidade, conforme RAWLS (1997) ensina:

Na Teoria da justiça como equidade, por outro lado, as pessoas aceitam de antemão um princípio de liberdade igual e o fazem sem conhecer seus próprios objetivos pessoais. Implicitamente concordam, portanto, em conformar as concepções do seu próprio bem com aquilo que os princípios da justiça exigem, ou pelo menos em não insistir em reivindicações que os violem diretamente. (RAWLS, 1997, p. 33).

2 Constituição da República Federativa de 1988 e os direitos fundamentais

Os direitos humanos são dotados de um princípio reconhecido como “historicidade”. Isso quer dizer que eles são fruto de processos e evoluções históricas. Após séries de atentados à dignidade humana, foi-se concebendo a ideia de que era necessária uma forma de proteção a direitos dessa ordem.

Pasold e Gonçalves (2015) ressaltam que os valores de igualdade, liberdade e fraternidade representam as gerações dos direitos humanos e ganharam notoriedade com os movimentos da revolução francesa, de onde surgiu o fortalecimento do ideário de que todos os homens nascem livres e iguais.

Nesse mesmo sentido, Bonavides (2013) traz a ideia de que os direitos fundamentais são direitos garantidos constitucionalmente, e que recebem da Constituição um grau mais elevado de segurança. O autor ainda é categórico ao afirmar que “os direitos fundamentais são o oxigênio das Constituições democráticas” (BONAVIDES, 2013, p. 387). Dessa forma, não há Constituição democrática se não houver direitos fundamentais.

O CARÁTER CONTRAMAJORITÁRIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Deste modo, a Constituição brasileira de 1988 elenca em seu artigo 1º inciso III como fundamento da República Federativa do Brasil “a dignidade da pessoa humana”; e em seu artigo 4º inciso II, ao tratar de como serão regidas suas relações internacionais consagra a “prevalência dos direitos humanos”. Além do mais, o título II trata de Direitos e Garantias Fundamentais, trazendo um rol de direitos amplo, mas não exaustivo, pois outras partes da CRFB/88 ainda tratam dessa temática, como o art. 225, que garante o direito fundamental de terceira dimensão “ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. (BRASIL, 1988).

Como direitos acolhidos pela Constituição como fundamentais, estes gozam de certos mecanismos para lhe garantirem a efetividade. É o que encontramos, por exemplo, no disposto no art. 5º, § 1º, da própria Constituição Federal de 1988: “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. (BRASIL, 1988). Nesses termos, Bahia e Silva (2016) destacam que a efetivação dos direitos fundamentais passou a ser, também, exigência imediata da população.

Neste caso, admite-se a concretização independente desses direitos, mesmo diante de casos em que a maioria da população seja contra essa aplicação ou quando houver falta de alguma lei que regulamente, devendo ser resguardada a exigência, também, dos grupos minoritários nesse ínterim.

Outro exemplo nesse sentido, é o disposto no § 3º do art. 5º da CRFB/88, que confere aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados sob o rito das emendas constitucionais serão equivalentes a estas. Ou seja, os direitos humanos, nesse contexto, têm eficácia de norma constitucional, dotados de fundamentalidade e inclusive de aplicação imediata (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, Avelar e Proner (2011) destacam que, por construção jurisprudencial materializada no Supremo Tribunal Federal, os tratados que versem sobre direitos humanos e forem aprovados pelo rito comum, ainda adquirem um status de supralegalidade, ou seja, abaixo apenas das normas constitucionais, funcionando como verdadeiros “paralisantes” sobre a legislação infraconstitucional que vá de encontro a seu regramento.

3 Função Contramajoritária dos órgãos institucionais

Antes de adentrarmos no parâmetro da função contramajoritária do Poder Judiciário visando à proteção das minorias coadunada a uma concepção substancial de democracia, é necessário entender o papel da Constituição. A respeito disso expõe-se a definição de Luís Roberto Barroso (2004):

A Constituição vem cumprindo satisfatoriamente o papel que lhe cabe: limitar o poder político e proteger os direitos fundamentais. [...] O direito constitucional contemporâneo, cuja configuração se deu ao longo das últimas décadas do século XX, tem como traços marcantes: (i) o reconhecimento de força normativa à Constituição, que deixou de ser percebida como um documento estritamente político e passa a ser instrumento de trabalho dos operadores jurídicos em geral; (ii) a expansão da jurisdição constitucional em todo o mundo, na linha da ideia de supremacia constitucional (e não do Parlamento) difundida pelo constitucionalismo americano. (BARROSO, 2004, p. 487-488).

Os membros do Poder Legislativo e Executivo são eleitos pelo povo através do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto (CFRB, 1988, art.14, *caput*), e como estes membros são representantes do povo lhes é concedido o poder para criar, editar, aprovar ou não leis que vinculam toda a sociedade. É, portanto, um poder em regra legitimado em razão de representar a população através do princípio majoritário e da soberania popular indiretamente.

Não obstante, destaca-se que os membros do Poder Judiciário não foram eleitos diretamente pelo povo, o que pode resultar em questionamentos quanto à sua legitimidade. É preciso, pois, atentar que a mesma Carta que concede e ratifica o poder ao povo, também autentica de maneira expressa ao Poder Judiciário o poder-dever de realizar seus atos, dentre os quais destacam-se o controle de constitucionalidade e o zelo pelos direitos e garantias fundamentais.

Cabe ao judiciário, quando provocado, devido aos princípios da inércia do judiciário e da inafastabilidade da jurisdição conceder uma resposta, apreciar a questão suscitada, mesmo que não haja produção do legislativo a respeito da matéria, ou quando a lei existente editada pelo Poder Legislativo não tem compatibilidade sistemática com as outras leis elaboradas por este mesmo poder, devendo o judiciário procurar a melhor solução para o caso por intermédio das suas regras.

Destarte, a elaboração de uma lei pelo Poder Legislativo, quando é criada em explícita violação aos direitos garantidos fundamentalmente, mesmo que legitimado e com o apoio da maioria popular, não continuará existindo e produzindo efeitos em nosso ordenamento. O poder judiciário em todas suas instâncias, mas aqui em especial o Supremo Tribunal Federal, assume a responsabilidade de proteção aos direitos e garantias individuais, função esta corriqueiramente impopular pelo caráter contramajoritário nas suas decisões, mas sem a qual se viveria uma equivocada noção de democracia e justiça.

Ressalte-se, todavia, que o Supremo Tribunal Federal deve respeitar indubitavelmente a vontade popular exteriorizada pelas leis, salvo quando houver extrapolação dos limites destas leis, ocasionando prejudicialidade aos direitos e à própria Constituição.

A respeito da definição do papel contramajoritário, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004) enfatiza:

[...] Portanto, não concebeu o papel contramajoritário de garantia dos direitos individuais, que surgiu como o controle da constitucionalidade na América, ou seja, o papel do Judiciário de anular leis aprovadas pelo princípio majoritário dos Parlamentos. Na França, a Constituição era vista quase que essencialmente como um ato político de organização do Estado. (CRUZ, 2004, p. 87-88)

De acordo com Silva (2007) a legitimidade democrática do Poder Judiciário dar-se-á propriamente pela ineficiência das instituições na acomodação dos interesses pertinentes às minorias. Nesse diapasão, acrescenta-se que a neutralidade do poder judiciário é acentuada tendo em vista que suas decisões não podem limitar sua autonomia, diferentemente dos poderes eleitos, que temem a perda de representatividade.

Acrescenta-se, ainda, a essa reflexão, baseado no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o fator de os temas chegarem ao judiciário, ao órgão superior, e devam ser conseqüentemente discutidos e apreciados.

De acordo com os pontos destacados, estes muitas vezes se interligam. Quando, por exemplo, o poder legislativo se exime de regulamentar algum tema polêmico no que diz respeito à temática dos direitos fundamentais de forma proposital, temendo que o clamor social o contrarie e cause prejuízos a eventuais pretensões de reeleição e representatividade, resta ao judiciário, como um poder neutro, impedir a inaplicabilidade desses direitos.

Assim, de acordo com Cruz (2004):

Hamilton (1973) defendia, mesmo antes do Congresso de Filadélfia, que ao Judiciário caberia a função de impedir a introdução de inovações legislativas “perigosas” ou capazes de oprimir as minorias parlamentares, deixando claro que a Constituição era uma norma jurídica e que deveria certamente ser aplicada como tal. (CRUZ, 2004, p. 88).

O CARÁTER CONTRAMAJORITÁRIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A respeito do controle contramajoritário feito pelo judiciário, este se compõe originariamente de neutralidade quanto às concepções pessoais, políticas, religiosas e culturais, afastando decisões que têm relação com força de interesses interiores. Ratificando essa premissa, funcionam como mecanismos de controle inerentes à função judiciária o princípio da imparcialidade dos juízes, princípio da inafastabilidade de jurisdição e o princípio da motivação das decisões judiciais, fazendo dessa forma que o julgador ou colegiado tenham livre atuação jurídica e política, tendo em vista tais princípios garantidores.

Deve-se fazer uma ressalva de que esse controle contramajoritário pode ser realizado também pelos poderes executivo e legislativo, no âmbito de suas funções precípua. No processo legislativo há frequentes discussões acerca das leis a serem criadas e os atos da administração devem ser adstritos ao que os impuser as leis, que se presumem constitucionais. A observância dos direitos e garantias fundamentais deve ser feita por todos os poderes para a constituição e legitimidade do verdadeiro estado constitucional democrático de direito.

4 Controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade das leis incide sobre leis ou atos normativos e tem como objetivo a verificação destes com as disposições da Constituição. Conforme Lenza (2019), tem-se como pressupostos para este controle três requisitos, sejam eles: a existência de uma constituição rígida; atribuição de competência a um órgão de controle; e o princípio da supremacia de constituição sobre as demais normas.

Antes de reconhecermos melhor esses termos e tipos de controle e sua importância para a efetivação dos direitos fundamentais, cumpre analisar a história do controle de constitucionalidade no sistema brasileiro. De acordo com Lenza (2019), a Constituição Republicana de 1981 consagrou o controle difuso de constitucionalidade influenciado pelo direito norte-americano. A Constituição de 1946, através da EC nº.16, de 26.11.1965 trouxe a ação direta de inconstitucionalidade atribuindo competência originária ao STF. Antes desta emenda havia vedações expressas na análise de matérias especificamente políticas pelo poder Judiciário contidas no art. 68 desta Constituição.

Partindo destes pontos, a Constituição de 1988 adota o modelo híbrido de controle, ou seja, é admitido tanto o controle difuso-incidental quanto o controle concentrado, e foi inovadora ao ampliar o rol de legitimados, no tocante ao controle concentrado, para a propositura das ações. Foi inovadora também ao conceder, em regra, às suas decisões efeitos vinculantes e *erga omnes*, fortalecendo a sua função no ordenamento jurídico, político e social.

Sobre a importância de o judiciário poder intervir em questões de cunho político sobre o conteúdo das normas, assegurando que estas sejam seguidas e os direitos fundamentais observados, Paulo Bonavides (2013) afirma:

[...] o que se tem em vista nos países de Constituição rígida é instituir um controle em proveito dos cidadãos, fundar uma técnica da liberdade em nome do Estado de direito, fazer das instituições e do regime político instrumento de garantia e realização dos direitos humanos e não, como só acontece nos organismos totalitários, técnica que reduz o homem a meio e não fim. Daqui a necessidade de partir para um controle material de constitucionalidade das leis. (BONAVIDES, 2013, p. 309)

Assim, repisa-se que o controle de constitucionalidade das leis, inclusive quanto ao seu conteúdo, é instrumento primordial para a concretização dos direitos humanos. Nessa esteira, sabe-se que os direitos humanos são base da democracia constitucionalista, sendo, portanto, o controle das leis pela constituição no aspecto material um importante mecanismo para a consolidação do estado democrático de direito no seio das garantias individuais.

Para Lenza (2019), o controle concentrado - por via de ação, abstrato, principal, baseado no modelo austríaco - tem como propósito o pedido formulado na ação, qual seja o juízo de constitucionalidade. Este controle é admitido e incentivado por nossa Constituição de 1998 e será foco do estudo a partir de então no âmbito de determinadas ações.

5 Casos que evidenciam a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal

Nessa ótica, diante da discussão levantada, serão demonstrados quatro casos analisados pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro em que, nitidamente, o Supremo defendeu os direitos fundamentais com seu caractere contramajoritário, tomando por base o princípio da supremacia da constituição.

5.1 “Marcha da maconha”

A constitucionalidade da “Marcha da Maconha” foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 187/DF em referência aos diversos movimentos que surgiram a favor da descriminalização do uso da maconha. Na ocasião foi discutido se era lícito ou não a organização de eventos para a manifestação de pensamento nesse sentido e se estes não configurariam ilícito penal (art.286 e art.287 do Código Penal). Em contrapartida, tinha-se o fundamento da liberdade de manifestação de pensamento (art.5.º, IV/CRFB), o direito de reunião (art.5.º, XVI/CRFB) e o fortalecimento da democracia substancial e da cidadania por meio do princípio da dignidade da pessoa humana (art.1.º, III/CRFB), além da pluralidade de ideologias.

A cerca do resultado da ADPF 187, Pedro Lenza elucida:

O STF, em 15.06.2011, por 8 x 0, no julgamento da ADPF 187, considerou legítimo o movimento, encontrando respaldo nos direitos fundamentais de livre manifestação do pensamento (art.5.º, IV) e de reunião (art.5.º, XVI), assegurando, inclusive, o direito das minorias (função contramajoritária da Corte). (LENZA, 2019, p. 1823).

A decisão do Supremo Tribunal Federal corroborou a licitude da “marcha da maconha” por meio de uma importante decisão de acordo com a sua função contramajoritária, transmitindo com efeito vinculante que a livre manifestação de pensamento em defesa da descriminalização da droga não deve ser interpretada nos artigos do Código Penal que dizem respeito à incitação ao crime e apologia de crime ou criminoso (art. 286 e 287, respectivamente), excluindo qualquer apreciação pelos órgãos nesse sentido. Contrariamente, deve ser sim analisada sob a ótica dos direitos individuais e coletivos perfazendo concretamente a garantia social aos avanços críticos trazidos no livre debate acerca de temas controversos.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, em seu voto a respeito da Marcha da Maconha asseverou:

[...] especialmente se se considerar que o regime democrático, longe de impor uniformidade ao pensamento, estimula, numa perspectiva pluralística, a diversidade de opiniões e assegura, a todos, sem distinção de caráter político, filosófico ou confessional, o direito de livremente externar suas posições, ainda que em franca oposição à vontade de grupos majoritários. (BRASIL, 2011, p. 15)

Nesse cenário, com a decisão, que atesta a constitucionalidade da marcha da maconha, abre-se precedentes para a reflexão sobre o tema no Brasil, com a possibilidade de apoiadores

O CARÁTER CONTRAMAJORITÁRIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

da causa exporem seus interesses e ideais e, certamente, auxiliar no traçado de políticas públicas referentes ao respectivo tema fora do eixo considerado pela maioria da população.

5.2 Uniões civis homoafetivas

Nesse ínterim, em se tratando de uniões homoafetivas, a superação da discriminação e empenho para a concretização do direito à família, à busca pela felicidade e à liberdade sexual, restaram fortalecidos partir do ajuizamento, perante o Supremo Tribunal Federal, pela Procuradoria Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, a ADPF nº 132 e, conseguinte, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, tendo como contexto jurídico as decisões de outras instâncias negando a interpretação extensiva e analógica do regime de união estável já conferido aos casais heterossexuais para os casais homoafetivos.

Resultante destes, a decisão do poder judiciário foi pela equiparação dos deveres e direitos concernentes à união heterossexual e união homossexual, tendo sido um marco histórico que estendeu inúmeros direitos aos casais homoafetivos, como por exemplo, o direito de pensão em caso de morte e pacificação do direito à adoção.

Esta decisão demonstra, com clareza, uma posição firme contramajoritária da Suprema Corte ao regulamentar uma matéria que dificilmente passaria pelo congresso nacional, tendo em vista o quão polêmico o era o assunto ao período.

Luís Roberto Barroso (2012), que participou na qualidade de Procurador do Estado, realizou a seguinte observação acerca da matéria:

A ADPF indicou como preceitos fundamentais violados o direito à igualdade (art. 5º, *caput*); o direito à liberdade, do qual decorre a autonomia da vontade (art. 5º, II); o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); e o princípio da segurança jurídica (art. 5º, *caput*), todos contidos na Constituição da República; e como atos do Poder Público causadores da lesão: a) o art. 19, II e V e o art. 33, I a X e parágrafo único, todos do Decreto-lei nº 220, de 18.07.1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro), se interpretados de maneira discriminatória em relação aos homossexuais; b) o conjunto de decisões judiciais proferidas por tribunais estaduais, inclusive e notadamente o do Rio de Janeiro, que negam às uniões homoafetivas o mesmo regime jurídico das uniões estáveis. (BARROSO, 2012, p. 121-122).

Percebe-se, desta maneira, que os direitos fundamentais foram a base para tal decisão, impedindo a discriminação por omissão legislativa, sanando um vício de democracia e fazendo prevalecer a justiça. O reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo abre espaço para a consolidação e implementação de uma igualdade e democracia materiais.

5.3 Antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencefálico

Derivando-se do Direito fundamental à vida, o debate sobre a questão da interrupção de gravidez de feto anencefálico foi questão da ADPF 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) em 2012.

A decisão do Supremo Tribunal Federal foi favorável à autorização da antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencefálico. Por maioria de votos (8x2), recordando a laicidade do Estado, a autonomia reprodutiva da mulher, afastando a interpretação segundo os artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, que criminaliza o aborto fora das exceções legais (BRASIL, 1940), e fazendo uma apreciação deste código conforme a Constituição Federal.

O ministro Marco Aurélio reúne em seu voto o resumo das questões suscitadas na ADPF 54:

Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido. (BRASIL, 2012).

Entendeu-se, por maioria de votos, que na ponderação entre dignidade da gestante e a pretensa vida do feto anencefálico, aquela deveria prevalecer, tendo em vista que a ciência aponta para a impossibilidade de manutenção de uma vida digna à criança que nasce com a ausência de cérebro.

Lenza (2019) afirma ainda que outros dispositivos de lei já trazem essa estreita ligação entre vida e funcionamento cerebral, a exemplo do art. 3º da lei de transplantes, em que se permite a doação de órgãos após a morte encefálica.

Ressalta-se que essa foi uma decisão contramajoritária, com forte reação dos setores religiosos, predominantes no Brasil. Colocou-se, em primeiro plano, a liberdade e dignidade da mulher para além de questões religiosas e morais, com base na doutrina dos direitos fundamentais.

5.4 A Legitimidade das Cotas Sociais

Cotas, enquanto ações afirmativas, existem para garantir o direito de acesso àqueles grupos e populações socialmente excluídas de políticas educacionais e de incentivo ao mercado de trabalho. Inúmeras discussões acerca dessa questão surgiram a partir da inserção desse modelo inclusivo em nosso país. Cumpre afirmar, mais uma vez, que a democracia deve ser encarada sob o ponto de vista material e, por conseguinte, a igualdade também deve ser substancial. Dessa forma, essas políticas podem ser legitimadas. Lição importante nesse sentido, já nos trouxe o exímio jurista Rui Barbosa (1997), em Oração aos moços:

“[...] Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem” (BARBOSA, 1997, p. 26)

Quanto às cotas raciais, quando de sua inserção no vestibular da Universidade de Brasília (UnB), houve o julgamento da ADPF 186, proposta pelo partido Democratas. A ação considerava essas cotas como inconstitucionais e exigiu, mais uma vez, que o STF realizasse um debate amplo acerca de uma questão de direitos fundamentais de grande alcance.

O provimento da ação foi negado, e as cotas foram consideradas constitucionais. Nesse ponto, vale a menção do voto do relator ministro Ricardo Lewandowsky:

A Constituição Federal preceitua, em seu art. 206, I, III e IV, que o acesso ao ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: “igualdade de

O CARÁTER CONTRAMAJORITÁRIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

condições para acesso e permanência na escola”; “pluralismo de ideias”; e “gestão democrática do ensino público”.

Registro, por outro lado, que a Carta Magna, em seu art. 208, V, consigna que o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística será efetivado “segundo a capacidade de cada um”. [...]

Tais dispositivos, bem interpretados, mostram que o constituinte buscou temperar o rigor da aferição do mérito dos candidatos que pretendem acesso à universidade com o princípio da igualdade material que permeia todo o Texto Magno. (BRASIL, 2012).

Assim, vê-se mais uma vez a função contramajoritária dos direitos fundamentais sendo posta pelo STF. As cotas são uma medida necessária para o equilíbrio social. Permitir que negros, pobres, índios, deficientes físicos e estudantes de escola pública tenham acesso ao ensino e ao mesmo mercado de trabalho é uma forma de garantir paridade entre os membros de uma sociedade.

Por conseguinte, houve a aprovação da Lei nº 12.990/2014 reservando o percentual de 20% de vagas para provimento em concursos públicos aos negros na esfera da administração pública federal, das fundações públicas, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União, pelo prazo de dez anos, a qual teve sua constitucionalidade declarada no julgamento da ADC 41 em 08 de junho de 2017.

Percebe-se, então, que a decisão de caráter contramajoritário em 2012 ganhou popularidade ao ponto de ser aprovada uma lei sobre a temática em 2014, ganhando força este direito fundamental de reparação histórica da comunidade negra brasileira, sendo a constitucionalidade da medida atestada mais uma vez pelo Supremo Tribunal Federal.

Considerações Finais

Os direitos fundamentais são base para a democracia. O reconhecimento destes direitos aos grupos minoritários, independentemente da concepção da maioria da população, é essencial para a consolidação de um estado democrático de direito. Este é um dos grandes desafios enfrentados pelos operadores do poder judiciário, que deve pautar seus julgamentos no caráter técnico e, ao mesmo tempo, levando em conta as peculiaridades de cada caso em específico, sem se deixar ser influenciado por pressões externas que postulem contra a lei.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no curso do constitucionalismo, adotou um sistema de proteção amplo para os direitos fundamentais, que devem ser garantidos independentemente de pressões sociais a todos os seres humanos, independentemente de sexo, idade, etnia, orientação sexual, política, religiosa ou filosófica. Esses direitos fundamentais são legitimados pelo ordenamento jurídico mesmo que divergentes da concepção majoritária da sociedade acerca de questões políticas e culturais.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro tem adotado, corretamente, em diversas oportunidades, postura contramajoritária em relação às massas para a garantia dos direitos fundamentais das minorias, por meio de controle material de constitucionalidade.

Referências

AVELAR, D.; PRONER, C. A natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos, sua harmonização e aplicabilidade no ordenamento brasileiro. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p.38-87, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/32/31>. Acesso em: 25 mar. 2020.

- BAHIA, S.J.C; SILVA, D.B. Conciliando o mínimo existencial e a reserva do possível. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p.1-20, jul/dez. 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/1623/2093>. Acesso em: 20 mar. 2020.
- BARBOSA, R. *Oração aos moços*; edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. – 5. ed. – Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.
- BARROSO, L. R. Supremo Tribunal Federal, Direitos Fundamentais e Casos Difíceis. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – Rbdc*, S.l. n. 19, p.109-137, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.revistasconstitucionales.unam.mx/pdf/3/cmt/cmt16.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2020.
- BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BRASIL. Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal Brasileiro*. Brasília, DF, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 mar. 2020
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1998.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 132*. Relator: Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Brasília, DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 28 mar. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 186*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012. Brasília, DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=269432069&ext=.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 187*. Relator: Min. Celso de Mello, 15 de junho de 2011. Brasília, DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em: 28 mar. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 54*. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Brasília, DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 28 mar. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 41*. Relator: Min. Luis Roberto Barroso, 08 de junho de 2017. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia. Acesso em: 17 mar. 2020.
- BRASIL. Lei 12.990 de 9 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília, *Revista da Escola Judiciária do Piauí*, Teresina, PI, Vol.2, N.2, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817

O CARÁTER CONTRAMAJORITÁRIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112990.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

CRUZ, A. R. S. *Jurisdição Constitucional Democrática*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CUNHA JR., D.; NOVELINO, M. *Constituição Federal para concursos*. 5. Ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LAGO, R. P. F. 2011. *A impopular função do controle de constitucionalidade*. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-impopular-funcao-do-controle-de-constitucionalidade>>. Acesso em: 21 mar. 2020.

LENZA, P. *Direito constitucional esquematizado*, 23 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PASOLD, C. L.; GONÇALVES, S. K. A importância de fatos histórico-sociais para o reconhecimento e desenvolvimento dos Direitos Humanos e Fundamentais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, [s.l.], v. 7, n. 1, p.38-48, 23 fev. 2015. <http://dx.doi.org/10.4013/rechtd.2015.71.04>.

RAWLS, J. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. – São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SHUR, I.; MOCOTÓ, T.; PENSADOR, G. O. 2001. *Até Quando?* Disponível em: <https://www.letras.mus.br/gabriel-pensador/30449/>. Acesso em: 28 mar. 2020.

SILVA, M. F. C. *O STF como instituição contramajoritária: uma análise empírica de decisões de direito eleitoral*. 2007. 56 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2007. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/333_Mariana%20Ferreira%20Cardoso.pdf. Acesso em: 20 mar. 2020.

SZKLARZ, E. A sedução da barbárie: como o terceiro reich nasceu em um dos países mais evoluídos do mundo e como a população alemã ajudou o partido de Adolf Hitler. *Aventuras na História*, s.l, p. 28, nov/2013. Disponível em: <https://link-gale.ez17.periodicos.capes.gov.br/apps/doc/A361551160/AONE?u=capex&sid=AONE&xid=f40e983e>. Acesso em: 25 mar. 2020.