



A função contramajoritária dos direitos fundamentais

Na última coluna publicada nesse espaço na **ConJur** ([clique aqui para ler](#)), sustentou-se a visão de que, por argumentos estritamente jurídicos, considera-se a idade de inimputabilidade penal (artigo 228 da Constituição Federal) como cláusula pétrea. Desta maneira, não haveria a possibilidade de alteração para reduzir o seu espectro de proteção, ainda mais se considerado o princípio da proibição do retrocesso social.

Um dos argumentos dos defensores da tese contrária reside no fato de que a sociedade atual não poderia ficar “engessada” por uma opção feita pelo poder constituinte lá no ano de 1988, tendo em vista que, evidentemente, houve transformação social ao longo de quase 27 anos de vigência da Carta Magna.

Ocorre que uma das funções dos direitos fundamentais é servir justamente de freio aos anseios da denominada “maioria democrática”, por várias razões.

Em primeiro lugar, afirmar que a maioria tem o direito de modificar a Constituição quando bem entender é reduzir a discussão a um argumento *utilitarista*: o que é supostamente bom para o maior número de pessoas em um determinado momento deve prevalecer. Todavia, a história demonstrou que nem sempre a maioria trilha caminhos que visam ao bem comum. Para citar apenas um exemplo, basta mencionar que o governo alemão nazista contava com amplo apoio popular. Assim, quem garante que a maioria trilhará o caminho do bem? Nesse sentido, Miguel Reale^[1] esclarece que “a opinião da maioria não traduz, de forma alguma, a certeza ou a verdade no mundo das estimativas”.

Em segundo lugar, os direitos fundamentais são justamente contrapesos à vontade da maioria, por darem primazia ao indivíduo, considerado singularmente como um fim em si mesmo (Kant), com capacidade de autodeterminação, e não apenas como mais um membro do corpo social. Não se desconhece que o ser humano é um “animal político” (Aristóteles), cuja expressão foi traduzida para o latim por Tomás de Aquino como sendo “animal social”^[2]. Entretanto, não se ignora que, antes de pertencer à esfera social, o ser humano possui direitos fundamentais pela sua simples condição de pessoa. Esse é o mote dos direitos humanos.

Por meio da função contramajoritária, os direitos fundamentais servem justamente como um “escudo protetor” em face da vontade da dita maioria, isto é, existem justamente para conter a maioria. E essa contenção ocorre quando a Carta Magna estabelece meios para se evitar a imposição da “vontade majoritária” a qualquer custo. Assim, os direitos fundamentais têm como característica o fato de conformarem a atuação do legislador ordinário, em um fenômeno denominado de “paradoxo da democracia”, que, nas palavras de Robert Alexy^[3], “se refere ao antigo problema da abolição democrática da democracia”.

Vale dizer: a própria Constituição democrática conforma a atuação democrática do legislador ordinário. E por que isso acontece? Porque não se pode deixar os direitos fundamentais a cargo de uma “maioria legislativa de ocasião”. Ainda nas palavras do jurista alemão^[4], “como ninguém conhece o legislador futuro e também as circunstâncias sob as quais ele agirá, ninguém pode ter certeza de que ele não utilizará (...) aquelas liberdades e competências de forma desfavorável aos indivíduos”. Esse é,



inclusive, um dos argumentos favoráveis à adoção da teoria da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais no Brasil: não relegar ao futuro legislador ordinário a incumbência de ser um intermediário entre um direito constitucional e a sua aplicação no caso concreto.

Em terceiro lugar, convém explicitar a razão jurídica para se considerar a imputabilidade penal como um direito fundamental. É cediço que os “direitos fundamentais são ‘destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado’”^[5].

Não se concebe como o direito à liberdade física de uma pessoa contra a intervenção estatal não deva ser considerada como um direito fundamental. Ademais, é de se lembrar que a localização topográfica do artigo 228, fora do Título II da Constituição Federal, não é argumento jurídico válido para afastar o caráter de direito fundamental do indivíduo, uma vez que, ao lado do critério formal, há o critério material de definição dos direitos fundamentais.

Muitos defensores da redução da maioria penal argumentam que seria supostamente antidemocrático o fato de a Constituição Federal vedar a aprovação da PEC 171/1993 (redução da maioria penal). Todavia, conforme se depreende dos argumentos expostos neste artigo, essa é a verdadeira função dos direitos fundamentais: devem ser capazes de inibir a “maioria de ocasião” do intento de reduzir a esfera de liberdade jurídica do indivíduo em face das intervenções do Estado. Não se deve esquecer que a preservação de uma esfera mínima de autonomia privada do indivíduo compõe a definição de dignidade da pessoa humana, no viés autodeterminação, que, lembre-se, é fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III, CF).

Por fim, não se defende a impunidade em nosso país. Não se trata disso. Aquele que cometeu um ato infracional deve ser responsabilizado, de acordo com a legislação vigente. O que se quer preservar é a proteção ao indivíduo, que decorre dos direitos fundamentais.

Talvez se a Constituição Federal brasileira efetivamente fosse implementada, após quase 27 anos de sua promulgação, toda essa discussão seria despicienda. Afinal, possivelmente já se teria atingido um patamar de desenvolvimento humano bem mais satisfatório que o atual. Falta, pois, implementar as disposições constitucionais, e não tentar emendá-la pela 88ª vez^[6], se é que essa é verdadeiramente a vontade da maioria.

[1] REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo:Saraiva, 2015, p. 197.

[2] Referência mencionada por Hannah Arendt (In FERRAZ JR.; Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. São Paulo:Atlas, 2013, p. 105).

[3] ALEXY, Robert. Teoria dos Direito Fundamentais. São Paulo:Malheiros, 2011, p. 447.

[4] ALEXY, Robert. Teoria dos Direito Fundamentais. São Paulo:Malheiros, 2011, p. 449.

[5] ALEXY, Robert. Teoria dos Direito Fundamentais. São Paulo:Malheiros, 2011, p. 433.

[6] Até a elaboração do presente artigo, em abril de 2015, a Constituição Federal já havia sido emendada



87 vezes.

Date Created
27/04/2015