

Jurisdição Constitucional e Democracia: parâmetros de autocontenção judicial e defesa de minorias vulnerabilizadas

Autor(a): Ademar Borges

Publicado em: s.d.

Publicação: paste_html

Link JurisTube: <https://juristube.com.br/colunistas/ademar-borges/jurisducao-constitucional-e-democracia-para-parametros-de-autocontencao-judicial-e-de>

Identificador citável: juristube.com.br/colunistas/ademar-borges/jurisducao-constitucional-e-democracia-parametros-de-autocontencao-judicial-e-de#ep-c12fabb9

Texto integral

Daniel Sarmento, Cláudio Pereira de Souza Neto e Ademar Borges 1. A expansão da jurisdição constitucional e a chamada “dificuldade contramajoritária” Desde o advento da Constituição de 1988 - e sobretudo ao longo das últimas duas décadas - vem se observando no Brasil um progressivo avanço da jurisdição constitucional sobre áreas que tradicionalmente eram ocupadas pelos poderes políticos majoritários - Legislativo e Executivo. O Poder Judiciário brasileiro, sobretudo o STF, vem assumindo papel muito mais destacado na vida nacional. É difícil que passe um dia sem que os principais jornais do país discutam alguma decisão do STF, de grande relevo social. Um dos fatores determinantes da nova estatura política assumida por nossa Corte Suprema é o exercício mais frequente e proativo da jurisdição constitucional. O fenômeno está longe de ser singularidade brasileira. Pelo contrário, se assiste em praticamente todo o mundo processo semelhante. Prevalencia no cenário mundial, até poucas décadas atrás, visão que concebia a Constituição como uma proclamação política, que deveria inspirar o Poder Legislativo, mas não como uma autêntica norma jurídica, geradora de direitos para o cidadão, que pudesse ser invocada pelo Judiciário na solução de casos concretos. A principal exceção a esta forma de conceber o constitucionalismo era representada pelos Estados Unidos. De forma um tanto esquemática, pode-se afirmar que, até meados do século XX, no modelo hegemônico na Europa continental e em outros países filiados ao sistema jurídico romano-germânico, a regulação da vida social gravitava em torno das leis editadas pelos parlamentos, com destaque para os códigos. A premissa política subjacente a esta concepção era a de que o Poder Legislativo, que encarnava a vontade da Nação, tinha legitimidade para criar o Direito, mas não o Poder Judiciário, ao qual cabia tão somente aplicar aos casos concretos as normas anteriormente ditadas pelos parlamentos. A imensa maioria dos países não contava, até a segunda metade do século XX, com mecanismos de controle judicial de constitucionalidade das leis, que eram vistos como institutos antidemocráticos, por permitirem um “governo de juízes”. Mesmo em alguns países em que existia a jurisdição constitucional – como o Brasil – o controle de constitucionalidade não desempenhava um papel relevante na cena política ou no dia a dia dos tribunais. Tal quadro começou a se alterar ao final da 2ª Guerra Mundial na Europa. As gravíssimas violações de direitos humanos perpetradas pelo nazismo demonstraram a importância de criação de mecanismos de garantia de direitos que fossem subtraídos do alcance das majorias de ocasião, para limitar os seus abusos. Na Alemanha, a Lei Fundamental de 1949, que é referência central no novo modelo de constitucionalismo, instituiu diversos mecanismos de controle de constitucionalidade e

criou um Tribunal Constitucional Federal, que se instalou em 1951 e passou a exercer um papel cada vez mais importante na vida alemã. Na Itália, a Constituição de 1947 também apostou no controle de constitucionalidade, instituindo uma Corte Constitucional, que começou a funcionar em 1956. Na própria França, berço de um modelo de constitucionalismo avesso à jurisdição constitucional, o cenário se modificou substancialmente sob a égide da atual Constituição de 1958, que instituiu um modelo de controle de constitucionalidade originalmente apenas preventivo, confiado ao Conselho Constitucional, que tem crescido em importância sobretudo a partir dos anos 70, e hoje envolve também o controle repressivo. Também na década de 70 do século passado, países como Portugal e Espanha se redemocratizaram, libertando-se de governos autoritários, e adotaram constituições de caráter mais normativo, garantidas por meio da jurisdição constitucional. Fora da Europa, o fenômeno também se manifestou em muitas regiões. Após a descolonização, diversos Estados asiáticos e africanos adotaram constituições protegidas por mecanismos de jurisdição constitucional, com destaque para a Índia. No Canadá, a adoção de uma Carta de Direitos e Liberdades, em 1982, foi acompanhada pela criação de mecanismos de controle de constitucionalidade, que têm reforçado a tutela dos direitos fundamentais e dos valores constitucionais no país. Nos anos 80 e 90, na América Latina, diversos países, como o Brasil, foram superando regimes militares e implantando democracias constitucionais, com a adoção ou ampliação das fórmulas de tutela judicial da Constituição. Dinâmica semelhante se passou nos países do Leste Europeu, após a queda do Muro de Berlim e o esfacelamento do regime soviético, onde a reconstrução constitucional de antigos Estados também foi acompanhada pela adoção desse novo modelo de constitucionalismo. Da mesma forma, a refundação política da África do Sul, após a derrocada do regime do apartheid, passou pela elaboração de uma Constituição repleta de direitos fundamentais, que conferiu grande poder à Corte Constitucional. Em suma, o que se observa atualmente é uma tendência global à adoção do modelo de constitucionalismo em que as constituições são vistas como normas jurídicas autênticas, que podem ser invocadas perante o Poder Judiciário e ocasionar a invalidação de leis ou outros atos normativos. Em outras palavras, tornou-se hegemônico o modelo norte-americano de constitucionalismo, que tem no controle jurisdicional de constitucionalidade um dos seus baluartes. Mas com um diferencial importante: a maior parte destas novas constituições que contemplam a jurisdição constitucional não corresponde a documentos sintéticos, que se limitam a organizar o exercício do poder político e a garantir alguns direitos individuais, como ocorre nos Estados Unidos. São constituições mais ambiciosas, que incorporam direitos sociais e normas programáticas vinculantes, que devem condicionar as políticas públicas estatais. Ademais, elas não tratam apenas da organização Estado e das suas relações com os indivíduos, mas também disciplinam relações privadas, enveredando por temas como economia, direitos do trabalhador, família e cultura. A conjugação do constitucionalismo social com o reconhecimento do caráter normativo e judicialmente sindicável dos preceitos constitucionais – inclusive seus princípios mais vagos –, gerou efeitos significativos do ponto de vista da importância da Constituição no sistema jurídico, bem como da partilha de poder no âmbito do aparelho estatal, com grande fortalecimento do Poder Judiciário, e, sobretudo, das cortes constitucionais e supremas cortes, muitas vezes em detrimento das instâncias políticas majoritárias. No Brasil, como se sabe, contamos com o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis desde o advento da República, quando, por influência de Rui Barbosa, se adotou o modelo norte-americano de judicial review. Ou seja, atribuiu-se a todos os juízes nacionais a possibilidade de realizarem, em casos concretos, o controle de constitucionalidade das leis (controle difuso e concreto). A partir da Emenda Constitucional 16/65, o modelo se tornou mais complexo, com a introdução do controle abstrato e

concentrado de constitucionalidade, inspirado na matriz kelseniana, que passou a conviver lado a lado com o controle concreto e difuso, num sistema misto. O controle abstrato, todavia, não desempenhava papel relevante no sistema até a Constituição de 88, porque só podia ser deflagrado por iniciativa do Procurador-Geral da República, que, àquela época, era agente público livremente nomeado pelo Presidente da República e a ele politicamente subordinado. Naquele contexto, era praticamente impossível que houvesse o questionamento, no controle abstrato de constitucionalidade, de atos normativos cuja subsistência interessasse ao Governo Federal. Aliás, naquela quadra histórica, o controle difuso e concreto tampouco desfrutava de maior importância prática em nosso sistema jurídico. Afinal, numa cultura jurídica e política que não levava a Constituição muito a sério, vendo-a mais como um repositório de proclamações retóricas, não sobrava muito espaço para a jurisdição constitucional. O sistema brasileiro de jurisdição constitucional foi significativamente fortalecido pela Constituição de 88, com a introdução de novas ações de inconstitucionalidade, ao lado de significativa ampliação do elenco dos legitimados ativos para provocação do controle abstrato de constitucionalidade. Na atualidade, considerando-se a amplitude do leque dos órgãos e entidades que podem ajuizar ações diretas no STF, bem como a abrangência de temas tratados na Constituição, é muito improvável que medida que suscite alguma polêmica não venha a ser questionada diretamente na Corte. Para alguns dos legitimados ativos – como os partidos políticos da oposição –, esta via se torna um poderoso instrumento nas suas lutas, praticamente sem custos políticos ou financeiros, de que podem se valer para tentar reverter derrotas na arena legislativa. Ademais, a maior consciência de direitos presente em nossa sociedade, o elevado grau de pluralismo político e social nela existente, o fortalecimento da independência do Poder Judiciário e a mudança na nossa cultura jurídica hegemônica – que passou a ver os princípios constitucionais como normas jurídicas vinculantes, e a estimular o uso de instrumentos metodológicos mais flexíveis, como a ponderação –, são fatores que contribuíram, cada um ao seu modo, para que a jurisdição constitucional ganhasse um destaque na vida pública nacional até então inédito. Este fenômeno de expansão da jurisdição constitucional e do seu papel político-social tem sido denominado de judicialização da política. Naturalmente, esta progressiva ampliação do controle de constitucionalidade não ocorre sem objeções. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido questionada em razão da apontada “dificuldade contramajoritária” do Poder Judiciário, que decorre do fato de os juízes, apesar de não serem eleitos, poderem invalidar as decisões adotadas pelo legislador escolhido pelo povo, invocando, muitas vezes, normas constitucionais de caráter aberto, que são objeto de leituras divergentes na sociedade. Pessoas diferentes, de boa-fé, podem entender, por exemplo, que o princípio constitucional da igualdade proíbe, que é compatível, ou até que ele impõe as cotas raciais no acesso às universidades públicas. Como podem considerar que o princípio da dignidade da pessoa humana importa no reconhecimento do direito à prática da eutanásia ou do aborto, ou que as veda terminantemente. Casos como estes revelam a possibilidade de que se estabeleça um profundo desacordo na sociedade sobre a interpretação correta de determinadas normas constitucionais. A crítica ao controle jurisdicional de constitucionalidade insiste que, em casos assim, a decisão sobre a interpretação mais correta da Constituição deve caber ao próprio povo ou aos seus representantes eleitos e não a magistrados. A simples invocação da supremacia da Constituição não basta, portanto, para justificar a legitimidade do controle de constitucionalidade nestes hard cases. O tema – central na teoria constitucional norte-americana –, não despertava maior interesse no Brasil até pouco tempo atrás. A razão do desinteresse era compreensível: nosso Poder Judiciário quase não se valia da jurisdição constitucional, pecando nesta área muito mais por omissão do que por

excesso. Ademais, em contextos autoritários, como o do Estado Novo e da ditadura militar, a democracia não podia ser invocada como argumento para a autocontenção judicial no controle de constitucionalidade, pelo déficit democrático dos próprios atos normativos controlados. Portanto, a dificuldade contramajoritária não era uma questão real no Brasil. Contudo, o quadro mudou nas últimas duas décadas, com a crescente proatividade jurisdicional no exercício do controle de constitucionalidade. Passou-se a falar até em “supremocracia”. Neste novo contexto, o tema passou a ser objeto de atenção cada vez maior na academia e na sociedade. No Brasil, em que o controle de constitucionalidade está expressamente previsto em sede constitucional, o debate que tem relevo prático não é aquele concernente à adoção ou rejeição do instituto – afinal, esta questão já foi decidida pelo poder constituinte originário –, mas sim sobre a maneira e intensidade com que os juízes, em geral, e o STF, em particular, devem empregá-lo: de modo mais ousado e proativo; de maneira mais modesta e deferente em relação às opções realizadas pelos poderes políticos; ou de outra forma qualquer. A dificuldade contramajoritária reside no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais, bem como da possibilidade de que elas entrem em colisões, quem as interpreta e aplica também participa do seu processo de criação. Daí a crítica de que a jurisdição constitucional acaba por conferir aos juízes uma espécie de “poder constituinte permanente”, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas adotadas pelo legislador eleito. Essa visão levou inúmeras correntes de pensamento ao longo da história a rejeitarem a jurisdição constitucional, ou pelo menos o ativismo judicial no seu exercício. No constitucionalismo francês, por exemplo, a ideia do controle de constitucionalidade foi por muito tempo rechaçada, pelo temor de que sua adoção pudesse permitir a criação de um “governo de juízes”. Os franceses preferiam confiar no Parlamento do que no Judiciário para velar pela guarda das suas constituições. A posição se assentava na crença em um legislador virtuoso, que, nas palavras de Maurizio Fioravanti, “não pode lesar os direitos individuais porque é necessariamente justo; e é assim porque encarna em si a vontade geral do povo ou da nação”. Ao lado da valorização da lei, também se manifestava, no fundo, a desconfiança nos juízes, que tinha origem no período anterior à Revolução Francesa, quando o Judiciário era visto como intrinsecamente corrupto, atuando quase sempre em prol dos seus próprios interesses ou daqueles dos membros que o compunham. Na Alemanha da década de 20 do século passado, sob a vigência da Constituição de Weimar de 1919, a objeção ao controle judicial de constitucionalidade foi suscitada por Carl Schmitt [1], que protagonizou célebre controvérsia com Hans Kelsen sobre o assunto. Para Schmitt, a indeterminação das normas constitucionais tornava essencialmente política a tarefa de controlar a constitucionalidade das leis. Diante disso, ele defendeu que tal faculdade fosse atribuída não aos juízes ou a qualquer corte em particular, mas ao Chefe de Estado, que representaria a unidade do povo alemão, e poderia atuar como uma espécie de “poder neutro”. De acordo com Schmitt, a concessão ao Poder Judiciário da faculdade de controlar a validade das leis editadas pelo Legislativo acarretaria uma indevida “politização da justiça”, e poderia contribuir para uma perniciosa fragmentação da unidade estatal, ao favorecer o pluralismo. A proveniência ideológica das críticas lançadas contra a jurisdição constitucional tende a oscilar de acordo com as inclinações políticas adotadas pelos tribunais. Nos Estados Unidos, esta dinâmica é facilmente perceptível. Nas primeiras décadas do século passado, quando a Suprema Corte adotava posição política conservadora, limitando seriamente a possibilidade de o Estado atuar no mercado e na sociedade em favor dos interesses dos grupos mais fracos, a crítica era capitaneada por juristas e políticos situados à esquerda do espectro político, que defendiam a autocontenção judicial. Quando, após a década de 50, o ativismo

jurisdicional voltou-se à defesa de direitos fundamentais de minorias, como os negros e presos, e à tutela de liberdades não-econômicas, a crítica passa a ser esboçada a partir da direita, com os originalistas. E nos últimos tempos, em que a Suprema Corte mostrou forte inclinação conservadora e até mesmo reacionária, foram juristas de esquerda que passaram a contestar a judicial review, elaborando a teoria do chamado “constitucionalismo popular”. Com esta constatação, não se pretende negar a sinceridade dos críticos, nem tampouco desmerecer os seus argumentos, mas apenas mostrar como este tema, como tanto outros do debate constitucional, nunca é plenamente dissociável da política. Sabe-se que há, na teoria constitucional, aqueles que simplesmente descartam a existência da dificuldade contramajoritária do controle de constitucionalidade. Um dos argumentos é empírico: nega-se a premissa de que o Poder Judiciário, ao exercer o controle de constitucionalidade, atue contra a vontade da maioria popular. Afirma-se que, com frequência, ele julga em sintonia com a opinião pública, que nem sempre é bem representada pelo Legislativo. Afinal, os juízes estão inseridos na sociedade e, em geral, comungam dos seus valores hegemônicos, que nem sempre são prestigiados na esfera da política parlamentar, em razão das inúmeras vicissitudes que esta apresenta. No cenário brasileiro, este argumento impressiona, pois, no Brasil, muitas vezes as decisões do Poder Judiciário refletem melhor os anseios populares do que aquelas adotadas na seara legislativa. Neste sentido, Luís Roberto Barroso falou do desempenho de papel representativo do Poder Judiciário, que, nas suas palavras, “consiste em dar uma resposta às demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas tradicionais”. Outro argumento recorrente é o de que a democratização da jurisdição constitucional teria superado a dificuldade contramajoritária. Aduz-se, nesta linha, que a jurisdição constitucional brasileira se abriu à participação democrática da sociedade civil, com a ampliação do elenco dos legitimados ativos para propositura de ações diretas, bem como com a posterior incorporação ao nosso processo constitucional da figura do *amicus curiae*. Tais medidas democratizaram o acesso ao controle de constitucionalidade, e pluralizaram as vozes presentes nos debates constitucionais travados no Judiciário, o que, de acordo com alguns, teria tornado a nossa jurisdição constitucional uma instância de “representação argumentativa” da sociedade brasileira, supostamente superior à própria representação político-eleitoral. Noutra linha, afirma-se que a democracia não equivale à mera prevalência da vontade das majorias, mas corresponde a um ideal político mais complexo, que também envolve o respeito aos direitos fundamentais e a valores democráticos. Não fosse assim, poder-se-ia considerar democrático, por exemplo, o governo nazista, que ascendeu ao poder pela via eleitoral, e governou na maior parte do tempo com o respaldo da maioria da população alemã. Daí porque, seria perfeitamente compatível com a democracia o controle jurisdicional de constitucionalidade voltado à proteção de tais direitos e valores. Aduz-se, ainda, que em muitos casos a atuação do Judiciário não se dá contra o interesse dos poderes majoritários, mas a seu favor. Há casos em que o Legislativo pode ter um interesse estratégico em não decidir certos temas controvertidos, para evitar o desgaste que qualquer solução geraria em relação ao segmento social cujos interesses ou valores não fossem prestigiados. Nestas hipóteses, delegar a solução do problema ao Judiciário pode ser a solução politicamente mais conveniente para os órgãos representativos. Estes argumentos, aqui só rapidamente esboçados, são parcialmente procedentes. Não há dúvida de que muitas vezes a vontade majoritária da população apoia as decisões proferidas no controle de constitucionalidade, não se vendo representada nos atos normativos ou nas omissões legislativas do parlamento. Também é verdade que o processo constitucional brasileiro vem se abrindo mais à sociedade. Não é menos certo que a democracia não se esgota no respeito ao princípio majoritário, pressupondo também o acatamento das regras do jogo democrático, as quais

incluem a garantia de direitos básicos, visando à participação igualitária do cidadão na esfera pública, bem como a proteção às minorias estigmatizadas. E tampouco se nega que o protagonismo do Poder Judiciário em certas questões pode ser politicamente conveniente para as instâncias representativas. Porém, a procedência, como dito, é apenas parcial. Na verdade, a relação entre jurisdição constitucional e democracia envolve uma tensão sinérgica. Há sinergia, porque o exercício adequado do controle de constitucionalidade pode proteger pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia, como as regras equânimes do jogo político e os direitos fundamentais. Comprova essa sinergia a constatação de que o surgimento ou o fortalecimento da jurisdição constitucional na maior parte dos países se deu justamente quando estes se democratizavam ou redemocratizavam, e não em cenários de autoritarismo. Da análise histórica, verifica-se que controle de constitucionalidade e democracia, embora não se pressuponham, quase sempre florescem juntos. Mas há também uma tensão potencial entre a jurisdição constitucional e a democracia. Se a imposição de limites para a decisão das majorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero revela-se antidemocrático, por cercear em demasia a possibilidade do povo de se autogovernar. O problema se agrava quando a jurisdição constitucional passa a ser concebida como o fórum central para o equacionamento dos conflitos políticos, sociais e morais mais relevantes da sociedade. Esta dosagem, na nossa opinião, não corresponde a uma fórmula universal, válida em todos os países e contextos. Ela depende de fatores contingentes, como o grau de representatividade dos poderes políticos majoritários, sua performance na proteção de direitos fundamentais e de minorias, a credibilidade e independência do sistema judicial, e a existência, no âmbito do Poder Judiciário, de uma cultura não elitista, que se deixe impregnar pelos anseios dos grupos e camadas mais vulneráveis da população. A concepção que sustenta o protagonismo jurisdicional no campo constitucional nos parece incorreta tanto no plano descritivo quanto na esfera normativa. Sob o prisma descritivo, ela transmite uma imagem muito parcial do fenômeno constitucional, que não é captado com todas as suas nuances e riquezas, enfatizando-se apenas a ação de um dentre os vários agentes importantes da concretização constitucional. Sob o ângulo normativo, favorece-se um governo à moda platônica, de presumidos sábios, que são convidados a assumir uma posição paternalista diante de uma sociedade infantilizada. E se não é correto, no debate sob a legitimidade da jurisdição constitucional, idealizar o Legislativo como encarnação da vontade geral do povo, tampouco se deve cometer o mesmo erro em relação ao Judiciário, supondo que os juízes constitucionais sejam sempre agentes virtuosos e sábios, imunes ao erro, sem agenda política própria e preocupados apenas com a proteção dos direitos fundamentais, dos valores republicanos e dos pressupostos da democracia. Pelo que se expôs acima, percebe-se a complexidade do debate sobre a dificuldade contramajoritária. Não pretendemos aqui examinar as inúmeras respostas que a teoria constitucional e a filosofia política vêm dando a esta questão. O nosso objetivo neste artigo é apresentar duas ideias que, se adotadas, podem minimizar a chamada “dificuldade majoritária” da jurisdição constitucional e, com isso, oferecer uma contribuição para a consolidação de uma teoria da autocontenção da jurisdição constitucional no Brasil: (a) a definição de diferentes standards de deferência do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade, em face de atos ou omissões dos outros poderes, que sejam sensíveis ao princípio democrático; e (b) a afirmação de que, dentre os fatores que contribuem para reforçar a intensidade e o rigor do controle de constitucionalidade, assume centralidade, no contexto brasileiro, a exigência de proteção dos direitos fundamentais de minorias estigmatizadas. 2. Uma teoria da autocontenção da jurisdição constitucional: a presunção graduada de constitucionalidade dos atos normativos Os principais fundamentos teóricos para a presunção relativa de constitucionalidade das

leis são a democracia e a separação de poderes. Tal presunção expressa a deferência devida aos atos emanados dos órgãos eleitos pelo povo. O princípio impõe que se respeite a esfera de atuação própria de cada poder do Estado, o que envolve a preservação do espaço das escolhas normativas feitas pelo Poder Legislativo. É verdade que o nosso sistema de separação de poderes envolve mecanismos de “freios e contrapesos” (checks and balances), dos quais o controle de constitucionalidade das leis é exemplo. Porém, o exercício desse controle deve ser realizado com moderação, de forma a não subtrair do legislador o seu espaço de livre conformação, fundado na democracia e na separação de poderes. A formulação clássica da presunção de constitucionalidade se deve ao jurista norte-americano James Thayer [2], em texto canônico publicado no final do século XIX, em que advogou a adoção de uma postura de extrema autocontenção judicial no exercício do controle de constitucionalidade. Para Thayer, só no caso de evidente inconstitucionalidade de uma lei, em que o vício possa ser afirmado além de qualquer dúvida razoável (beyond a reasonable doubt), é que poderiam os tribunais invalidá-la. Considerando a complexidade das funções do Estado e da tarefa legislativa, “muito do que parecerá inconstitucional para um homem, ou grupo de homens, pode razoavelmente não sê-lo para outro”. Isso porque, nas suas palavras, “a Constituição frequentemente admite diferentes interpretações; frequentemente existe uma margem para escolha e avaliação; e nesses casos a Constituição não impõe ao Legislativo nenhuma posição específica, mas deixa aberta a possibilidade de escolha, sendo então constitucional qualquer escolha racional”. A teoria constitucional contemporânea caminha em direção a uma posição com mais nuances sobre a presunção de constitucionalidade e a autocontenção judicial. A tendência atual é a de se conceber a presunção de constitucionalidade de forma graduada e heterogênea, de acordo com diversas variáveis. Ela será mais intensa em alguns casos, demandando uma postura judicial mais deferente diante das escolhas feitas por outros poderes, e mais suave em outras hipóteses, em que se aceitará um escrutínio jurisdicional mais rigoroso sobre o ato normativo. De acordo com essa perspectiva, se é certo que o juiz constitucional deve partir do parâmetro de presunção de constitucionalidade da lei, existem casos nos quais essa presunção deve ser afastada ou em algum grau amenizada. Segundo essa lógica, a presunção de constitucionalidade deixa de traduzir uma exigência geral de uma inconstitucionalidade grosseira ou flagrante como condição para a declaração da invalidade de uma lei, tal como defendido por Thayer, e passa a ser compreendida com um princípio que admite diferentes matizações. De fato, a presunção de constitucionalidade das leis não pode ser aplicada uniformemente a todas as leis, independente do seu conteúdo ou do tipo de restrição de direitos por ela veiculada. Como defendeu Ferreres Comella [3], as leis que dão tratamento desigual a grupos socialmente vulneráveis e aquelas que restringem direitos de participação política, por exemplo, deveriam ser presumidas como inconstitucionais. Para Comella, além desses casos extremos em que as leis se presumem inconstitucionais porque potencialmente atentam contra o núcleo duro do princípio democrático, a jurisdição constitucional deve levar em conta fatores que podem reforçar a presunção de constitucionalidade das leis – como no caso da lei que goze de amplo consenso parlamentar e extraparlamentar. A lógica subjacente a essa formulação é a de que a intensidade do controle mobilizado pela jurisdição constitucional na atividade dos poderes eleitos deveria ser inversamente proporcional ao grau de presunção de constitucionalidade da lei: quando maior o grau da presunção, menos intenso o nível de escrutínio judicial a que ela se submete. A graduação da constitucionalidade das leis passa a ser construída a partir da conjunção de fatores que lhes rendem maior ou menor aderência ao princípio democrático e ao constitucionalismo. Em última análise, quanto maior a vinculação aos ideais democrático e constitucionalista revelado pela lei, maior será o grau presumido de sua compatibilidade com a Constituição. Essa formulação contribuiu para a

substituição da proposta thayeriana da inconstitucionalidade evidente como condição para o reconhecimento da incompatibilidade das leis com a Constituição por uma presunção graduada de constitucionalidade de leis. No constitucionalismo norte-americano, a graduação da presunção de constitucionalidade e do ativismo judicial legítimo é uma característica central da jurisprudência constitucional. A jurisprudência consolidou parâmetros diferentes para o exercício do controle de constitucionalidade, que envolvem graus variáveis de deferência em relação às decisões legislativas ou administrativas. Existe o “teste da racionalidade” (rationality test) caracterizado pela extrema autocontenção judicial, utilizado, por exemplo, para o controle da regulação das atividades econômicas; o “teste intermediário” (intermediate test), mais rigoroso do que o primeiro, usado, por exemplo, para controle de possíveis discriminações de gênero; e o teste do escrutínio estrito (strict scrutiny), extremamente rigoroso, em que ocorre praticamente uma inversão na presunção de constitucionalidade do ato normativo. Esse último parâmetro, quase sempre “fatal” para o ato normativo examinado, é empregado para controle de leis restritivas de algumas liberdades públicas, como as liberdades de expressão e religião, e para análise de normas que instituem discriminações com base em critérios considerados “suspeitos”, como raça, religião ou origem nacional. A existência desses parâmetros diferenciados de presunção de constitucionalidade teve origem numa decisão proferida em 1938, no caso *United States vs. Carolene Products* [4], em que se adotou posição de extrema deferência em relação a uma lei federal que disciplinara determinada atividade econômica, mas se destacou a necessidade de uma análise mais rigorosa das normas que restringissem certas liberdades fundamentais, de caráter não econômico, ou que atingissem os interesses de minorias tradicionalmente discriminadas. A partir desse primeiro impulso, doutrina e jurisprudência norte-americanas desenvolveram a noção graduada da aplicação da presunção de constitucionalidade, baseada na afirmação de três diferentes níveis de intensidade do controle de constitucionalidade das leis (strict scrutiny, intermediate scrutiny e rational basis scrutiny). Essa graduação da intensidade do controle de constitucionalidade das leis em três níveis oriunda do constitucionalismo norte-americano apresenta razoável convergência com formulação similar no ambiente europeu. Com origem alemã, mas depois incorporado à cultura jurídica de outros países do continente, o princípio da proporcionalidade [5] também tem se prestado a graduar a intensidade do controle de constitucionalidade em função, principalmente, da intensidade da intervenção nos direitos fundamentais e da certeza das premissas sobre as quais se apoiam os argumentos a favor e contra a intervenção. Nessa tradição, o princípio da proporcionalidade dá lugar, igualmente, a três níveis de controle: controle de evidência, aplicável às intervenções leves em direitos fundamentais, nas quais basta verificar que as premissas empíricas sobre as quais se apoia a intervenção não sejam evidentemente falsas; controle intermédio ou de justificabilidade, aplicável à intervenções de intensidade média, em relação as quais se exige que as premissas que sustentam a intervenção sejam plausíveis; e controle intensivo, aplicável às intervenções mais gravosas em direitos fundamentais, contexto em que se exige uma elevada certeza das premissas empíricas que as sustentam. Esses níveis do controle de constitucionalidade parametrizados pela jurisprudência constitucional alemã passaram a ser conectados ao grau de presunção de constitucionalidade atribuído à lei controlada, o que influencia na distribuição do ônus argumentativo no processo constitucional bem como no grau de deferência prestado pelo Tribunal ao legislador. No primeiro grau de intensidade do controle de constitucionalidade – controle de evidência –, “a norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador se mostrarem claramente inidôneas para a efetiva proteção do bem jurídico fundamental”. Ao se valer dessa forma mais branda de controle de constitucionalidade, o Tribunal reconhece “ampla liberdade de

conformação” e somente chega à declaração de inconstitucionalidade da norma quando ela adota medida “totalmente inadequada ou complementamente insuficiente para o alcance do objeto de proteção”, e desde que essas conclusões resultarem de “juízo suficiente seguro”. Já no segundo grau de intensidade – controle de justificabilidade –, “o controle de constitucionalidade estende-se à questão de se verificar se o legislador levantou e considerou, diligente e suficientemente, todas as informações disponíveis, e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma”. Ao se valer dessa intensidade de controle, o Tribunal verifica “se a decisão legislativa foi tomada após apreciação objetiva e justificável das fontes de conhecimento então disponíveis”. Por fim, no terceiro grau de intensidade do controle de constitucionalidade das leis – controle intensivo –, incumbe à jurisdição constitucional questionar se há fortes razões, baseadas em premissas dotadas de grande segurança, para justificar a restrição ao direito fundamental. Como lembrou o Ministro Gilmar Mendes, “quando estiver evidente a grave afetação de bens jurídicos fundamentais de suma relevância, poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para, então, fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância”. Nesse caso, o controle “há de ser mais rígido, pois o Tribunal adentra o próprio exame da ponderação realizada pelo legislador”. Na tradição germânica, a identificação do nível de intensidade do controle resulta, num primeiro plano, de uma análise sobre a natureza do direito fundamental restringido e sobre o grau da intervenção legislativa nesse direito. Quanto maior for a relevância axiológica do direito na ordem constitucional e quanto mais grave for a restrição legislativa imposta a esse direito mais intenso será o controle de constitucionalidade. Como se vê, a adoção de uma ou outra intensidade no controle de constitucionalidade das leis produz efeitos práticos bastante relevantes no resultado dos julgamentos realizados pelo Tribunal constitucional. Quanto maior a intensidade do controle, menores serão os graus presunção de constitucionalidade da lei e, portanto, de deferência ao legislador. O abrandamento dos critérios exigidos para a declaração de inconstitucionalidade da lei aumenta as chances de que a lei seja efetivamente invalidada. Na América latina, a Corte Constitucional da Colômbia [6] tem se destacado por seu esforço em parametrizar os graus de intensidade com que examina a razoabilidade e a proporcionalidade das leis. De acordo com a jurisprudência colombiana, a regra geral do controle de constitucionalidade é a aplicação de um teste leve de proporcionalidade no exame da medida legislativa, critério que se fundamenta no princípio democrático, assim como na presunção de constitucionalidade das leis. Nesse teste leve, a Corte se limita a determinar se o fim buscado é legítimo e se o meio empregado é idôneo para alcançá-lo. Apesar de a jurisprudência colombiana ressaltar que não é apenas o conteúdo da disposição que determina a intensidade do juízo de constitucionalidade, a Corte tem aplicado um teste leve de proporcionalidade em casos que versam sobre matérias econômicas, tributárias, de política internacional, bem como nos casos em que se analisa a constitucionalidade de norma pré-constitucional revogada que ainda surte efeitos no presente. A jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia também reconhece que certas limitações constitucionais impostas ao legislador justificam um teste de maior intensidade em relação ao teste leve. A Corte tem empregado o chamado teste intermediário para analisar a razoabilidade de uma medida legislativa quando a medida possa afetar o gozo de um direito constitucional não fundamental ou quando se trate de uma medida de ação afirmativa. Nesse teste intermediário, o nível de exigência na análise da constitucionalidade é maior, já que se exige não apenas que o fim seja legítimo, mas também constitucionalmente relevante, além de demandar que o meio seja não apenas adequado, como também efetivamente fomentador da realização do fim buscado pela medida legislativa. Em complemento aos critérios que balizam a adoção de parâmetros de controle

menos intensos, a Corte colombiana tem mobilizado um teste estrito de razoabilidade e proporcionalidade quando, por exemplo, o legislador realiza uma classificação suspeita, que recai sobre pessoas em condições de debilidade manifesta, grupos marginalizados ou discriminados, setores sem acesso efetivo à tomada de decisões ou minorias insulares. O mesmo parâmetro de controle mais intenso é aplicado pela Corte quando o ato controlado promove diferenciação entre pessoas ou grupos afeta gravemente o gozo de um direito constitucional fundamental. De acordo com essa diretriz jurisprudencial, apenas no teste estrito é que a Corte examina a possibilidade de substituição da medida questionada por meios alternativos menos lesivos e escrutina de maneira mais verticalizada se as restrições impostas pela medida excedem os benefícios por ela produzidos – teste conhecido, entre nós, como proporcionalidade em sentido estrito. A partir dos critérios estabelecidos pela Corte Constitucional da Colômbia, como visto, a menor intensidade do controle seria vocacionada ao controle de constitucionalidade de leis que tratam de matérias econômicas, tributárias, de política internacional. A intensidade intermediária seria aplicável às restrições de direitos constitucionais não fundamentais e às diferenciações de tratamento impostas por ações afirmativas. E a intensidade mais elevada estaria reservada para as restrições de direitos de minorias estigmatizadas e potencialmente discriminatórias. Além disso, embora os precedentes não estabeleçam esse critério de forma geral, as restrições graves de direitos materialmente fundamentais também recomendariam a utilização do controle intenso. Apesar da deficiência da orientação jurisprudencial colombiana no sentido de excluir do controle de legitimidade das leis os juízos de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito quando se opta pelas intensidades leve ou intermediária, o fato é que, em linha com a experiência germânica, apenas no controle intenso – i.e. teste estrito – a Corte se dispõe a verificar a legitimidade do próprio sopesamento legislativo. Esses diferentes níveis ou intensidades do controle de constitucionalidade de leis criados pelas jurisprudências norte-americana e alemã – com repercussões em outros países europeus e na latino-americanos – servem como vetores para parametrizar a atuação da jurisdição constitucional, funcionando como critérios normativos de balizamento da intensidade do controle jurisdicional de validade das leis. Em suas variadas formulações concretas, percebe-se que a identificação do grau de presunção de constitucionalidade a ser atribuído à lei depende da sua relação de aderência com a estrutura fundamental da Constituição, notadamente os seus direitos fundamentais, e do seu pedigree democrático. De maneira sintética, essa estrutura graduada da intensidade com que a jurisdição constitucional é acionada informa que quanto mais democrático – i.e. mais inclusivo, participativo, aberto e transparente – for o processo de formação e produção da lei maior deve ser o seu grau de presunção de constitucionalidade perante a jurisdição constitucional. Do mesmo modo, quanto menos restritiva a direitos fundamentais for a lei, maior deverá ser o seu grau de presunção de constitucionalidade. Por outro lado, leis produzidas com grau reduzido de informação, participação e consenso possuem grau reduzido de presunção de constitucionalidade. O mesmo acontece com leis que impõem graves e profundas restrições a direitos fundamentais de elevada importância axiológica, especialmente quando atingem grupos minoritários, invisibilizados ou marginalizados. Nesse contexto, vê-se que a deferência do Judiciário ao legislador não é um fator estático ou a priori: o controle de constitucionalidade das leis não opera com o mesmo grau de deferência em todos os casos e nem depende exclusivamente do fato de que a lei controlada foi produzida pelo órgão competente, seguindo o procedimento adequado. Como afirma Murray Hunt [7], a deferência jurisdicional ao legislador é um fator dinâmico e gradual que modera a relação entre esses órgãos: deferência é “algo que deve ser conquistado pelo órgão decisor primário, em grau que depende de uma multiplicidade de fatores que o Tribunal deve sopesar cuidadosamente para chegar

à decisão global sobre o grau de respeito que é merecido”. No Brasil, porém, a jurisprudência constitucional não vem construindo parâmetros de graduação da intensidade do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Isso, a nosso ver, compromete a transparência e a previsibilidade com que essas modulações da intensidade da jurisdição constitucional são construídas e aplicadas. Algumas vezes o tribunal é muito deferente ao legislador, mas em outras atua de modo altamente incisivo, sem que sejam devidamente explicitadas as razões que justificam essas diferentes posturas. Contudo, as variações da intensidade com que os atos normativos são controlados pelo STF não devem ser fruto do acaso, de particularismos ou de voluntarismos. Ao contrário, devem resultar da aplicação coerente de critérios normativos legítimos, transparentes e objetivamente controláveis. A seguir, listaremos alguns parâmetros que, em nossa opinião, deveriam ser empregados para calibrar a presunção de constitucionalidade dos atos normativos, e também, por consequência, o grau de ativismo do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional. O rol de parâmetros não é exaustivo, e nossa análise não terá como abordar nenhum deles em profundidade.

3. Alguns parâmetros para a autocontenção da jurisdição constitucional

Aspecto importante a ser considerado é o grau de legitimidade democrática do ato normativo. O foco aqui não é o conteúdo da norma, mas a maneira como ela foi elaborada. O controle de constitucionalidade, como já assinalado, envolve uma “dificuldade contramajoritária”, que vem do fato de os juízes, que não são eleitos, poderem derrubar decisões proferidas pelos representantes do povo. Levar a sério a democracia exige que não se despreze a dificuldade contramajoritária. Ela deve ser levada em consideração na mensuração da deferência devida pelo Judiciário às normas controladas: quanto mais democrática tenha sido a elaboração do ato normativo, mais autocontido deve ser o Poder Judiciário no exame da sua constitucionalidade. É maior, por exemplo, a presunção de constitucionalidade que recai sobre os atos normativos aprovados por plebiscito ou referendo popular, já que tais procedimentos envolvem o pronunciamento direto do povo. Essa presunção também é maior em relação às emendas constitucionais, pelo fato de serem aprovadas por uma maioria qualificada de três quintos dos deputados e dos senadores. Depois, estão as leis complementares e ordinárias, cuja aprovação exige, respectivamente, a manifestação de maioria absoluta e de maioria simples das casas legislativas federais. Os atos normativos editados por autoridades administrativas não eleitas possuem, em geral, presunção de constitucionalidade menos intensa do que os atos editados por agentes eleitos. O processo legislativo formal é, porém, apenas um elemento a ser considerado para se aferir o pedigree democrático de um ato normativo. É também relevante verificar como se deu concretamente a confecção do ato normativo. E nisso, é importante observar outros elementos, como, por exemplo, o grau de consenso que a norma conseguiu aglutinar durante a sua elaboração. Normas aprovadas pela quase unanimidade das casas legislativas merecem maior deferência do que normas aprovadas por maiorias apertadas. A circunstância de a norma conseguir congrega o apoio não só da maioria, mas também das principais minorias organizadas no Parlamento é um elemento importante de reforço da presunção da constitucionalidade da lei. Se levarmos em consideração o “valor epistêmico” da democracia, vale dizer, a premissa de que as deliberações democráticas tendem a gerar melhores soluções coletivas do que aquelas tomadas por agentes isolados, então o elevado consenso social em torno de uma medida é um forte indício da sua correção. Afirma-se, a partir desse critério, que, quanto mais democrático for o processo de aprovação da lei, mais autocontido deve ser o Poder Judiciário no exame da sua constitucionalidade. Ocorre que o grau de aderência ao princípio democrático resultante do processo de aprovação da lei não se resume a aferir se ela foi aprovada pelo órgão legitimamente eleito. Ele envolve, por exemplo, o quórum de aprovação, o grau de envolvimento

popular e a qualidade do debate e das razões e fundamentação apresentadas. Como ressaltou Ana Paula de Barcellos [8], “a democracia será fomentada uma vez que a edição de atos pelo poder público que afetem a vida das pessoas – quaisquer atos – sejam precedidos da apresentação de razões e informações, debate e deliberação”. Igualmente importante é a análise da existência de efetiva participação popular na elaboração da norma. Quanto maior essa participação, mais se aproxima da realidade a imagem de Rousseau, da lei como expressão da vontade geral do povo. As leis resultantes de um processo político aberto e participativo também podem – não há dúvida – ser declaradas inconstitucionais. Mas a sua invalidação demanda uma atitude mais autocontida por parte do Judiciário. Uma norma como a Lei Complementar nº 135/2010 – a chamada “Lei da Ficha Limpa” –, que se originou de iniciativa popular proposta por mais de um milhão e trezentos mil cidadãos, e foi aprovada em razão de intensa mobilização da sociedade civil, não pode ser examinada pelo Judiciário da mesma forma como se apreciaria uma lei editada na calada da noite, sem qualquer debate social ou envolvimento popular. A democracia também deve calibrar a autocontenção judicial num sentido inverso. O Poder Judiciário deve atuar de maneira mais proativa para proteger as condições de funcionamento da democracia, que podem ser ameaçadas pelos grupos detentores do poder político. Há direitos e institutos que são diretamente relacionados com o funcionamento da democracia, como os direitos políticos, a liberdade de expressão, o direito de acesso à informação e as prerrogativas políticas da oposição. As restrições a esses direitos, bem como as tentativas dos grupos hegemônicos de alterar as regras do jogo político em favor dos próprios interesses, devem merecer um escrutínio estrito do Poder Judiciário. Aqui, o ativismo não opera contra a democracia, mas em seu favor, assegurando os pressupostos mínimos necessários ao seu funcionamento. Um ótimo exemplo de atuação do STF nesta linha ocorreu na decisão judicial que liberou as “Marchas da Maconha” – passeatas organizadas em todo o Brasil, que defendiam a legalização do uso da droga, e que eram reprimidas pela Polícia e pelo Poder Judiciário sob o argumento de que se tratava de prática de crime de apologia ao consumo de entorpecentes. Evidentemente, no debate sobre um tema público controverso – como a legalização da maconha –, a democracia exige que se assegure a todos os lados o direito de expressarem o seu ponto de vista, no afã de convencer a sociedade. Silenciar o lado que luta pela alteração do status quo legislativo é grave atentado à democracia, como bem reconheceu o STF. Outros exemplos de ativismo da jurisdição constitucional que favoreceu a defesa das dimensões básicas da democracia podem ser extraídos da jurisprudência desenvolvida pelo STF como reação aos impulsos autoritários do Governo de Jair Bolsonaro. De maneira geral, o Tribunal adotou uma postura mais proativa na proteção das condições de preservação da democracia. Foi o que o STF realizou, de maneira bem-sucedida, no julgamento de ações estruturantes que envolviam, nos últimos anos, a tutela de grupos minoritários contra processos sistemáticos de violação de direitos múltiplos direitos fundamentais (e.g. ADPF’s das Favelas, da Saúde das Comunidades Indígenas na Pandemia, entre outras), controle da validade de conjuntos de atos administrativos que resultavam na desinstitucionalização de mecanismos de fiscalização de atos do poder executivo (e.g. ADI’s contra extinção de conselhos sociais promovida pelo Governo Bolsonaro), na instrumentalização de instituições públicas para perseguição de opositores políticos (como no caso dos dossiês contra servidores públicos produzidos pela ABIN) e até mesmo de atos infralegais que possuíam potencial para incentivar a violência e a subversão do regime democrático (ADI’s voltadas à invalidação de uma sequência de Decretos que buscavam subverter o Estatuto do Desarmamento e possibilitar o amplo acesso pela população civil a armas de fogo). Em contextos de retrocesso constitucional como o que acabamos de atravessar durante o Governo Bolsonaro, cabe às cortes constitucionais

não só considerar atos governamentais específicos, mas também atuar de modo ativo na moderação de todo o ciclo autoritário, exercendo, nesse sentido, função “anticíclica”. Como um de nós escreveu em outra ocasião, “em um cenário de erosão incremental da democracia, justifica-se a relativização da presunção de validade dos atos do governante autoritário, para submetê-los a um exame rigoroso quanto a sua compatibilidade com o regime democrático”. Essa redução circunstancial no grau de deferência com que a jurisdição constitucional se relaciona com os demais Poderes constitui uma das mais importantes facetas da realização da ideia de defesa judicial combativa da democracia. Embora nenhuma democracia sobreviva apenas de controles contramajoritários como o que as Constituições contemporâneas atribuem aos tribunais constitucionais, não há dúvida de que a adoção de uma postura proativa da jurisdição constitucional na proteção das condições de realização da democracia constitui fator de grande relevância na contenção de impulsos autoritários circunstanciais. Critério igualmente importante se relaciona à proteção de minorias estigmatizadas. O processo político majoritário, que tem lugar no Parlamento e no governo, tende a não ser suficientemente atento em relação aos direitos e interesses dos integrantes de grupos vulneráveis. O insulamento judicial diante da política eleitoral permite ao Judiciário que proteja minorias impopulares, cujos direitos poderiam ser atropelados em outras esferas. Esse argumento é um dos que justifica a adoção de uma postura mais ativista do STF no histórico julgamento sobre união homoafetiva. Pode-se fundamentar, assim, uma relativização da presunção de constitucionalidade de atos normativos que impactem negativamente os direitos de minorias estigmatizadas. Destaque-se que o critério para definição de “minorias” que deve orientar a aplicação desse parâmetro não é numérico, mas envolve a participação do grupo social no exercício do poder político, social e econômico. Os milionários representam uma minoria em termos quantitativos, mas não em termos de participação no poder. Seria inconcebível formular uma teoria que relativizasse a presunção de constitucionalidade dos atos normativos que pudessem prejudicar os interesses dos milionários. Os seus interesses são protegidos até excessivamente pela via da política majoritária: são eles os super-incluídos. Já a população negra, apesar de constituir numericamente a maioria da população brasileira, ainda sofre grave discriminação, e é sub-representada nas esferas do poder político, social e econômico. Outro parâmetro diz respeito à relevância material do direito fundamental em jogo. Normas que restrinjam direitos básicos – mesmo aqueles que não são diretamente relacionados com a democracia – merecem um escrutínio mais rigoroso do Poder Judiciário, tendo a sua presunção de constitucionalidade relativizada. Os direitos fundamentais devem prevalecer, como “trunfos”, sobre a vontade das maiorias, pois expressam exigências morais que se impõem à política. Isso vale para liberdades públicas e existenciais, e para direitos sociais ligados ao atendimento das necessidades básicas. Não vale, porém, para vantagens corporativas, ainda que constitucionalizadas, nem para direitos de natureza exclusivamente patrimonial. Essas vantagens e direitos, ainda quando positivados em sede constitucional, não possuem a mesma hierarquia axiológica que os direitos básicos acima mencionados, o que justifica que se reconheça um maior espaço para que a política majoritária delibere sobre eles. No cenário de uma sociedade profundamente desigual e de um sistema constitucional que se propõe a corrigir as desigualdades, não se deve restringir demasiadamente a possibilidade de que os poderes estatais adotem políticas redistributivas, voltadas à mudança do status quo, que alterem os direitos patrimoniais e as vantagens corporativas já conquistadas no passado. Outro importante elemento a ser considerado é a comparação entre as capacidades institucionais do Poder Judiciário e do órgão que editou o ato normativo discutido. É recomendável uma postura de autocontenção judicial diante da falta de expertise do Judiciário para tomar decisões em áreas que demandem profundos conhecimentos

técnicos fora do Direito. Não se deve adotar na jurisdição constitucional uma visão idealizada do juiz – como o “juiz Hércules” de Ronald Dworkin –, que presuma sabedoria infinita e onisciência dos magistrados, bem como ausência de limitações decorrentes de fatores como escassez de tempo pela sobrecarga de trabalho. Uma teoria que se baseie em idealizações distantes da realidade não funcionará bem na prática, quando operada por juízes constitucionais concretos, “de carne e osso”, atuando no interior de instituições que têm as suas fragilidades e limitações. Se, por exemplo, magistrados, que não são peritos em Economia, começarem a invalidar políticas econômicas do governo, sob o argumento de que as mesmas não são razoáveis, ou são ineficientes, é provável que as suas intervenções, ainda que muito bem intencionadas, revelem-se ao final contraproducentes, mesmo na perspectiva dos princípios jurídicos que objetivavam defender. Como ressalta Gustavo Binenbojm [9], tratando do controle judicial dos atos administrativos, “quanto maior for o grau de tecnicidade da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau de controle judicial”. Um fator adicional a ser considerado é a época de edição do ato normativo. Normas editadas antes do advento da Constituição não desfrutam de presunção de constitucionalidade equiparada àquelas feitas posteriormente. Vários argumentos justificam esse parâmetro. Um deles é a democracia: o contexto político anterior à Constituição de 88 não era democrático – ressalvado apenas o período entre a promulgação da Constituição de 1946 e o golpe militar de 1964. Ademais, as deliberações das majorias formadas em outras gerações não têm, sob o prisma democrático, o mesmo peso das decisões tomadas pelos representantes do povo no presente. Outro argumento é o de que não se pode presumir que o legislador do passado tenha agido de acordo com os princípios de uma Constituição futura, que ele sequer tinha como conhecer. Ademais, é provável que normas anteriores espelhem valores do passado, que não guardam harmonia com aqueles consagrados por uma nova Constituição. Finalmente, outro standard diz respeito ao que, no campo da psicologia social, é chamado de inconsistência temporal: a tendência humana de sobrevalorizar os interesses de curto prazo, em detrimento daqueles de longo prazo. A inconsistência temporal é característica dos indivíduos, mas também das coletividades humanas. O sistema político tende a exacerbar a inconsistência temporal na ação coletiva, aumentando a sua miopia, ao induzir que se subestimem valores e interesses de longo prazo – mais distantes das preocupações do dia a dia do eleitor –, em proveito de vantagens mais imediatas. Pode-se dizer, numa generalização, que, como os políticos almejam se reeleger, tendem a priorizar ações que rendam efeitos positivos durante os seus mandatos, visando à obtenção de dividendos eleitorais. Com isso, interesses importantes de longo prazo, como os direitos das próximas gerações, podem ser ameaçados. Como a periodicidade das eleições é exigência básica e incontornável do sistema democrático, uma das soluções para minimização do problema da inconsistência temporal na política envolve o fortalecimento da jurisdição constitucional em certos campos. A posição institucional dos juízes, que não dependem de sucesso eleitoral para manterem-se em seus cargos, facilita o desempenho do papel jurisdicional de guardião de valores e interesses de longo prazo, diminuindo o risco de que a lógica da política majoritária sacrifique em demasia o futuro em favor de interesses mais imediatos da sociedade. Uma área em que tem clara aplicação este parâmetro é o da proteção ao meio ambiente. No item subsequente, exploraremos, de modo mais detido, um desses parâmetros, que se liga à defesa de grupos sociais vulnerabilizados.

4. Democracia constitucional, direitos das minorias vulneráveis e papel contramajoritário da jurisdição constitucional

Como visto até aqui, a jurisdição constitucional brasileira ainda não desenvolveu parâmetros claros e estáveis para justificar os diferentes graus de autocontenção ou de proatividade que devem orientar a maior ou menor deferência com que

controla a constitucionalidade de leis e de atos do poder público em geral. Como destacou Oscar Vilhena [10], é importante que o STF formule “uma doutrina clara de autocontenção em relação aos demais Poderes, bem como às demais instâncias judiciais, sem se omitir de suas responsabilidades”, o que pode contribuir significativamente para a preservação da autoridade do Tribunal e, no limite, da força normativa da própria Constituição. Por definição, os direitos fundamentais são aqueles que, pela sua relevância para a dignidade humana, são subtraídos pela Constituição do jogo político e do alcance das maiorias de cada momento. São, em essência, institutos de natureza contramajoritária, cuja garantia não pode ser deixada exclusivamente ao sabor das preferências políticas do Poder Legislativo ou do governo de ocasião. Essa dimensão é ainda mais importante no caso dos direitos das minorias. Evidentemente, direitos básicos de minorias não podem depender apenas da vontade dos órgãos de representação das maiorias, sob pena de completa ineficácia. Se a premissa central do constitucionalismo é a necessidade de proteção de direitos básicos diante dos riscos de autoritarismo ou de omissão dos governantes ou das maiorias, não há dúvida de que os direitos das minorias estigmatizadas são aqueles mais expostos a tais perigos e que, portanto, carecem de maior proteção. Na síntese do Ministro Edson Fachin [11], “Uma compreensão sobre a separação de poderes

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

BORGES, Ademar. Jurisdição Constitucional e Democracia: parâmetros de autocontenção judicial e defesa de minorias vulnerabilizadas. *paste_html*, 2026. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colunistas/ademar-borges/jurisducao-constitucional-e-democracia-parametros-de-autocontencao-judicial-e-de>. Acesso em: 30 ago. 2026.

APA 7ª edição

Borges, A. (2026). Jurisdição Constitucional e Democracia: parâmetros de autocontenção judicial e defesa de minorias vulnerabilizadas. **paste_html**. <https://juristube.com.br/colunistas/ademar-borges/jurisducao-constitucional-e-democracia-parametros-de-autocontencao-judicial-e-de>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

BORGES, Ademar. 2026. "Jurisdição Constitucional e Democracia: parâmetros de autocontenção judicial e defesa de minorias vulnerabilizadas." **paste_html**. <https://juristube.com.br/colunistas/ademar-borges/jurisducao-constitucional-e-democracia-parametros-de-autocontencao-judicial-e-de>

BibTeX

```
@article{ademar-borges-jurisdi-o-constitucional-e-democracia-pa-2026,  
author = {Borges, Ademar},  
title = {Jurisdição Constitucional e Democracia: parâmetros de autocontenção judicial e  
defesa de minorias vulnerabilizadas},  
journal = {paste_html},  
year = {2026},  
url = {https://juristube.com.br/colunistas/ademar-borges/jurisducao-constitucional-e-democra  
cia-parametros-de-autocontencao-judicial-e-de}  
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilha Igual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>

JurisTube — Acervo Digital de Direito

<https://juristube.com.br/colunistas/ademar-borges/jurisducao-constitucional-e-democracia-parametros-de-autocontencao-judicial-e-de>

PDF gerado em 2026-08-30 17:02 UTC