



DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO: UMA TENSÃO CAPAZ DE AFASTAR A PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS?

Antônio César Bochenek¹

Ilton Garcia da Costa²

Rogério Cangussu Dantas Cachichi³

INTRODUÇÃO

O texto que se apresenta ao leitor versa sobre o polêmico conflito entre liberdade e democracia, ambos que, segundo Alves, "possuem gênese distinta e que já puderam ser considerados inimigos" (ALVES, 2013, p.252). A tensão entre democracia e constitucionalismo tem sido alvo de inúmeras discussões acadêmicas. O reconhecimento histórico de direitos fundamentais oponíveis contra a coletividade política veio também com o risco de supressão desses mesmos direitos pela ditadura da maioria, cujos limites democráticos são objeto também de discussão nas linhas que seguem. O problema da representatividade é muito sério nesse contexto, especialmente diante da impossibilidade de uma democracia direta em sociedades contemporâneas. "Do contratualismo clássico às novas formas de consenso, o pacto social vive, hoje, uma crise sem precedentes de poder e legitimidade", já advertia Giacóia (2002, p.13) no despontar deste século.

O tema é, pois, inadiável. Constitui missão da academia discutir questões desse jaez como forma de divulgar e consolidar cidadania e democracia. As discrepâncias sociais excessivamente intensas provocam nos habitantes perda do sentimento de pertença do cidadão, donde se segue a nobreza do assunto e a relevância da discussão para aprimoramento democrático da sociedade.

¹ Doutor e Mestre em Direito. Juiz Federal da Subseção Judiciária de Ponta Grossa/PR. Ex-Presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil - AJUFE.

² Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Mestre em Administração - UNIBERO. Matemático. Advogado. Professor de ensino superior da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

³ Mestrando em Direito – Univem, Juiz Federal da Subseção Judiciária de Jacarezinho/PR; Membro do Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais - GPCERTOS (UENP); do Grupo de Pesquisas (GT) Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP); Direitos Fundamentais e a sistematização precedentalista vinculante no Brasil (UENP); e Lógica, tempo e linguagem natural (UEL); Especialista em Direito pela PUC/SP e licenciado em Filosofia pela UEL.

Depois de breves ponderações sobre democracia e constitucionalismo, da relação conflituosa entre direitos humanos e vontade majoritária, discute-se o papel da jurisdição constitucional como órgão contramajoritário de preservação de direitos fundamentais. Observam-se constantemente movimentos de restrição em matéria de direitos fundamentais em prol da melhoria de condições econômicas quer no Brasil quer na América Latina. Democracias populares muitas vezes mascararam ditaduras impostas por uma força armada. Há, portanto, de se levar a sério o crivo de constitucionalidade de normas restritivas de direitos fundamentais - e especialmente de minorias com dificuldade de representação no Parlamento - a mais quando o fundamento tiver raízes na estabilidade econômica. Importante descortinar as bases pelas quais a atividade contramajoritária da jurisdição constitucional é tida como instrumento a serviço da democracia na defesa especialmente da liberdade de expressão, da participação política e do direito das minorias. Mais um motivo para o assunto merecer o adequado tratamento doutrinário e jurisprudencial.

Nesse quadrante, apresentam-se julgados da Corte Suprema americana no que tange a critérios para controle de constitucionalidade das leis, dentre eles aquele que afastaria a presunção de constitucionalidade em casos restritivos de algumas liberdades civis. Nessa toada, o texto cuida da teoria da posição preferencial das liberdades civis, sua origem na Corte Suprema americana e seu papel como alternativa ao teste da base racional, ambos na condição de critérios para resolução de casos difíceis afetos à jurisdição constitucional, além de enfrentar objeções e críticas baseadas na unidade da Constituição e na colisão de direitos. É nessa perspectiva que os estudos acadêmicos do Juiz Sergio Moro se apresentam de grande valia e utilidade no desenvolvimento do tema.

1 DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

Moro, depois de rápido apanhado histórico, reconhece que o próprio conceito de 'democracia' não é algo fácil de estabelecer: "Ao lado dessa lenta afirmação da democracia, travou-se intenso debate acerca do que ela é." (MORO, 2004b, p.112)⁴ De qualquer forma,

⁴ Como lembrou Bochenek: "Em primeiro lugar é fundamental pontuar que não há apenas um modelo de democracia (HELD, 2006; GARGARELLA, 2006, TOURAINE, 1996). Há diversas dimensões e concepções de democracia: a direta (REICH, 2008), liberal (HELD, 1993; DAHL, 2001, p. 98-113; DWORKIN, 2006), representativa, procedimental, deliberativa (HABERMAS, 2005; COHEN, 1997, SOMIN, 2010), participativa (SANTOS, 2003a; SANTOS; AVRITZER, 2003; LAGE, 2006; SUBIRAT, 2007), intercultural (SANTOS, 2010; TAPIAS, 2007), pluralista (MOUFFE, 2009b), radical (MOUFFE, 2003, 2004, 2005, 2009a; LACLAU; MOUFFE, 1958; CHUEIRI, 2004; KOZICKI, 2004), multicultural, comunitária

dentre as diversas concepções de democracia, identificá-la com a regra da maioria seria um erro⁵. Para Waldron, baseado no fato evidente de que discordâncias estão irremediavelmente presentes no campo político⁶, a decisão majoritária afigura-se importante recurso técnico numa democracia, suposto que "a necessidade de uma visão comum não faz desaparecer a discordância." (WALDRON, 2013, p.189)⁷. Porém, como esclarece Bobbio, entre democracia e regra da maioria, não há relação coextensional (BOBBIO, 2000, p.429), mas pontos comuns. Há regimes não-democráticos que se valem da regra da maioria; e decisões coletivas num regime democrático sem base na regra da maioria "sem que por isso tais sistemas deixem de ser incluídos entre os sistemas democráticos" (BOBBIO, 2000, p.429).

De outro lado, democracia não se confunde com ausência de autoritarismo. Alain Touraine está dentre aqueles citados por Moro (2004b, p.112) que consideram ínsita à noção de democracia a limitação do governo limitado por direitos fundamentais.

A própria promessa da modernidade vem com teor emancipatório do homem:

Aqueles que um dia se consideraram cidadãos que descobriram que o poder era uma criação humana e que sua forma podia ser transformada por uma decisão coletiva, cessaram de acreditar sem reservas, nas tradições ou no direito divino. A soberania do povo e os direitos do homem pareceram ser, neste momento fundador, as duas faces da democracia: o homem afirma a sua liberdade colocando-se como cidadão, e é a criação da República, tanto nos Estados Unidos como na França, que dá a garantia mais sólida aos direitos individuais. (TOURAINÉ, 1994, p.344)

Contudo, Touraine constata desde então haver um afastamento histórico entre o

(CONSTITUIÇÃO DA BOLÍVIA; SANTOS, 2010a), global, cosmopolita (BECK, 1992; HELD, 2006). Ainda, há diversos autores que contrapõem dimensões da democracia, como citado por Colon-Rios (2009), a dimensão da democracia liberal (Dworkin) e a segunda dimensão da democracia (Sheldon Wolin), ou, na releitura dos autores clássicos sobre as dimensões substantivas e procedimentais (BELLAMY, 2006). Também há novas teses sobre a reinvenção da democracia (RADA, 2010)." (BOCHENEK, 2013, p.97)

- ⁵ Bobbio atribui o equívoco ao desvio na interpretação da definição clássica de democracia. Aristóteles, segundo Bobbio, quando disse "governo de muitos" não quis significar "governo da maioria": "As três formas de governo são definidas por Aristóteles como governo *di uno* [de um], *di pochi* [de poucos] e *di molti* [de muitos] (Política, 1279a). A confusão nasce com frequência a partir das traduções: "i molti" ['os muitos'] (...). Isto não exclui que nos governos democráticos as deliberações sejam tomadas por maioria, como resulta de *Política* (1317b). Não exclui, mas não implica. O termo clássico que significa ao mesmo tempo: a) número, grande número, quantidade; b) povo, massa popular; c) regime democrático é *plêthos*." (BOBBIO, 2000, p.429, n.8)
- ⁶ Discutindo como que 'aspirações' da democracia deliberativa, Waldron escreveu: "Naturalmente, na filosofia, não há nada de errado em fazer certas suposições ideais: mas, seja o que for que desejemos eliminado na filosofia política, não devemos desejar eliminado o fato de que nos encontramos vivos e agindo ao lado de muitos com os quais não há a menor perspectiva de compartilharmos uma visão sobre justiça, direitos ou moralidade política." (WALDRON, 2013, p.187)
- ⁷ "A ação concertada não é fácil, especialmente depois que as pessoas têm uma percepção de si como indivíduos e das maneiras em que agir com os outros pode entrar em conflito com projetos próprios de menor escala. Na verdade, quando realmente ocorre, a ação concertada é uma grande conquista na vida humana." (WALDRON, 2013, p.190)

princípio da soberania popular e os direitos do homem. Estes últimos encontram resistência num poder que é uma expressão da modernidade e decorre do povo. Ou seja, democracias podem culminar em obstáculo na efetivação dos direitos do homem. Isso porque muitas vezes o Estado, expressão do poder do povo, massacrou movimentos sociais e prestigiu, especialmente dentro dos direitos individuais, o de propriedade. Por consectário, Touraine concluiu: "Nós pensamos, pois, que a democracia só é forte quando ela submete poder político ao respeito de direitos cada vez mais amplamente definidos, primeiramente cívicos, mas também sociais e até culturais." (TOURAINÉ, 1994, p.344).

No estudo do constitucionalismo, Moro resgata tanto da revolução francesa a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, como no pós-Segunda Guerra Mundial a Declaração dos Direitos do Homem da ONU, em 1948, até chegar na Constituição Brasileira de 1988 (MORO, 2016, p.34). Por seu turno, Perez soube muito bem sintetizar o ponto:

As revoluções liberais do séc. XVIII (Revolução Americana de 1776, Revolução Francesa de 1789) eclodiram um movimento jurídico, político e social denominado *Constitucionalismo Moderno*, destinado a proscrever o arbítrio durante o exercício do poder estatal, que passou a orientar-se pelo governo das leis e não dos homens.

Em decorrência dos fundamentos filosóficos e políticos que subsidiaram a história revolucionária, o referido movimento armou-se do ideal de difundir duas premissas fundamentais: (1) consolidar a existência de constituições documentais e rígidas; e (2) perenizar, no corpo das constituições, direitos fundamentais dos indivíduos e modelos de organização política do Estado centrados na limitação do poder (separação de poderes). (PEREZ, 2014, p.35)

À evidência, a ideia central do constitucionalismo, portanto, é assegurar direitos fundamentais do homem, efetivando-os para todos no tecido social. Esse reconhecimento independe da vontade da maioria e deve ser imposto até contra ela (MORO, 2016, p.37). Nesse sentido:

Democracia e constitucionalismo são concepções políticas originalmente distintas. A democracia importa, prioritariamente, discutir o fundamento e o exercício do poder pelo povo, sendo a regra da maioria um dos instrumentos essenciais para a realização da vontade democrática; já o constitucionalismo moderno, por intermédio da separação de poderes e de uma carta de direitos, irá preocupar-se com os limites do poder, seja esse poder exercido pelo rei ou pelo próprio povo. Há neste sentido, uma permanente tensão entre essas duas concepções políticas. A busca de uma composição deste antagonismo parece ser a principal meta do constitucionalismo contemporâneo, ou seja, do constitucionalismo democrático. (VIEIRA, 1994, p.25)

Daí a razão pela qual a democracia precisa combater não só a existência de estados totalitários, autoritários e repressivos, como também a eliminação ou a fragilização do poder político em prol do mercado; ou melhor dizendo, a substituição ou o enfraquecimento do poder político em favor do poder do mercado. Isso acaba refletindo num combate duplo:

contra o poder absoluto e contra o poder do mercado:

É preciso afastar-se tanto de uns como de outros^[8] e reconhecer que a democracia repousa hoje sobre a livre escolha dos dirigentes, ao mesmo tempo que sobre a limitação do poder político por um princípio não político como haviam afirmado nos séculos XVI, XVII e XVIII os teóricos, os religiosos ou leigos, do direito natural. A liberdade de cada um não está assegurada porque o povo está no poder, pois esta expressão pode justificar ditaduras nacionalistas ou revolucionárias. Também não está mais garantida pelo fato de cada um poder escolher livremente o que o mercado lhe oferece, pois este não garante nem a igualdade de oportunidade de todos nem a orientação dos recursos para satisfação das necessidades mais sentidas, nem a luta contra a exclusão. (TOURAINÉ, 1994, p.345)

Destarte, na contemporaneidade o principal inimigo moderno dos direitos fundamentais do povo é justamente o princípio majoritário, e não mais o princípio do monarca absoluto ou dos nobres, da nobreza, mas justamente daquele que em nome do povo suprime liberdade muitas vezes para equilibrar e salvaguardar o poder econômico:

O século XX foi dominado por regimes que em nome do povo suprimiram as liberdades para atingir ou salvaguardar a independência e o poder econômico da nação. De sorte que os principais adversários da democracia não mais foram os antigos regimes, mas os novos regimes totalitários, sejam eles fascistas, comunistas ou nacionalistas terceiro-mundistas. (TOURAINÉ, 1994, p.346)

Nas sociedades tradicionais, antes da modernidade, marginalidade e inferioridade, pobreza e exploração estavam juntos: marginalizados eram inferiores. Nas sociedades modernas liberais essa marginalidade é pulverizada, então marginal não é só o inferior, existe um aumento da marginalidade e da exclusão, que só não abrange a elite (TOURAINÉ, 1994, p. 353). Com efeito, mister se faz que a democracia promova interação e harmonia entre *cidadania*, como a possibilidade do povo participar das decisões, e *direitos humanos*, proteção dos direitos.

Fraca é a democracia sem o sentimento de pertença do cidadão, sentimento esse que reside nas dobras do preparo e da consciência de que os governados queiram escolher os governantes e participar da vida democrática⁹. Não é expletivo consignar que a consciência cidadã numa democracia está diretamente ligada à litigiosidade nos tribunais pela busca de direitos. Como constatou Bochenek: "Os baixos níveis de democracia não estimulam a

⁸ Refere-se Touraine tanto a poder autoritário disfarçado de democracia popular quanto a ausência de poder confundida com democracia liberal: "Bem poucos ainda ousariam defender a concepção unanimista e popular da democracia, que com tanta frequência serviu de cobertura a regimes autoritários e repressivos. Mais numerosos, em contrapartida, são aqueles que desejam a deterioração não apenas do Estado mas do sistema político e depositam toda a sua confiança no mercado, estendido ao domínio das decisões políticas." (TOURAINÉ, 1994, p.345)

⁹ "Tanto a submissão da sociedade onde o Estado enfraquece ou mesmo destrói a democracia quanto a integração e a unidade da sociedade política à reforça". (TOURAINÉ, 1994, p.348)

procura do sistema judicial, que, por sua vez, não fomenta a democracia, ao contrário, os altos níveis de democracia estimulam a procura pelos tribunais e fomentam a democracia." (BOCHENEK, 2013, p.96) Como lembra Fraser, "deve haver uma distribuição de recursos materiais que garanta a independência e 'voz' dos participantes." (FRASER, 2002, p.13)¹⁰. Tal não ocorre quando há graves desigualdades sociais - e tão intensas que são - provocam nos habitantes esfacelamento desse sentimento de pertença cidadã: "Se as desigualdades sociais são tão grandes que os habitantes não possuem o sentimento de um bem comum, falta fundamento à democracia". (TOURAINÉ, 1994, p.348). Nesse sentido, igualdade constitui fundamento à democracia:

A indissociabilidade de democracia e direitos sociais também integra a relação necessária entre tribunais e democracia. A articulação da sociabilidade com democraticidade torna-se clara: só há verdadeira democracia quando todos têm iguais possibilidades de participar das decisões de governo. Uma democracia não se constrói com fome, miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão. A democracia só é um processo ou procedimento justo de participação política se existir uma justiça distributiva no plano dos bens sociais. (BOCHENEK, 2013, p.96).

De outro lado, o problema da representatividade é muito sério nesse contexto, em especial quando os partidos políticos não garantem aos eleitores uma previsibilidade acerca da política econômica, social e internacional que será levada a efeito durante o mandato para o qual foram eleitos. Sobre esse problema, Touraine diz:

Para que esta [democracia] funcione, é preciso que se agreguem as escolhas particulares, de modo que os cidadãos possam escolher os governantes com uma ideia tão clara quanto possível das implicações e das consequências dessa escolha nos principais setores da vida coletiva. Como pode haver uma livre escolha dos governantes pelos governados se os eleitores não sabem qual será a política econômica, social ou internacional dos eleitos? Se os candidatos representam apenas grupos de interesses particulares, como se poderá estabelecer uma ligação entre esses interesses e escolhas globais? Uma tal situação só pode levar a limitar a influência dos eleitores, se proscritos à vida local, e a suprimir todo o controle sobre as decisões mais importantes que então são tomadas pela própria elite política ou sob a pressão dos mais poderosos interesses econômicos. (TOURAINÉ, 1994, p. 350)

É importante dizer que na democracia representativa a representatividade só existe quando as diferenças dos governados estão também representadas, quando os conflitos estão presentes também junto dos representantes. Os representantes espelham a população que os elegeu.

Enfim, o diagnóstico de Touraine sobre a democracia no final do século XX não é

¹⁰ O trecho citado insere-se como uma das condições de possibilidade do *princípio de paridade de participação*, que exige, na visão de Fraser, além da material, também a dimensão do reconhecimento. Daí a bidimensionalidade das atuais demandas por justiça social: "O resultado é uma concepção bidimensional de justiça que abrange tanto a distribuição como o reconhecimento, sem reduzir um aspecto ao outro." (FRASER, 2002, p.13).

otimista. Segundo ele, a bem da verdade, a democracia não foi tão excelente assim, tão boa assim, não alcançou grandes vitórias, até porque também não enfrentou grandes batalhas: "As mais gloriosas foram as do *Solidariedade*, na Polônia, em 1980-81, e a dos estudantes chineses em 1989." (TOURAINÉ, 1994, p. 351). Touraine parte da ideia de que a democracia deve ser extraída muito mais do respeito das liberdades das minorias do que da soberania popular no sentido de expressão da maioria, notadamente quando se fala de um poder central que representaria a vontade do povo como o Parlamento. Touraine registrou: "Não pode haver liberdade política se o poder não for limitado por um princípio superior a ele, que se opõe a que ele se torne absoluto". (TOURAINÉ, 1994, p.347). Esse poder superior, esse princípio superior nas sociedades medievais era representado pela religião, nas sociedades secularizadas isso não ocorre. No entanto esse princípio maior, superior que antes era preenchido pela religião agora na sociedade secularizada é preenchido pelos direitos humanos. Nas palavras de Touraine: "Nas sociedades secularizadas, a religião perdeu essas duas funções de limitação e de legitimação do poder. Mas a ideia religiosa secularizou-se tornando-se apelo aos direitos do homem e ao respeito da pessoa humana." (TOURAINÉ, 1994, p.347) E isso representa a ideia de democracia fundamentada num princípio não político de limitação do poder político. (TOURAINÉ, 1994, p. 347)

A resistência a essa ideia acaba por olvidar que o poder sem essa limitação pode produzir resultados desastrosos sobre o aspecto das próprias liberdades que o fundamentam. Está sempre presente o risco de submissão da dignidade humana à regra da maioria:

Associada a um positivismo jurídico desformalizado e desprovido de conteúdo ético, a regra da maioria pode colocar em risco seu pressuposto maior, que é a ideia de dignidade humana, de igual valor, agregada a todas as pessoas. Daí a percepção quase hegemônica nos dias de hoje, de que não se pode ter democracia sem pressupor um conjunto de direitos capazes de assegurar uma esfera ética de realização da igualdade e da dignidade. (VIEIRA, 1994, p.26)

Assim, se é correto pensar que a regra da maioria administra discordâncias em prol do agir comum¹¹, não se pode olvidar da necessidade de existir um recôndito em que nem mesmo o poder da maioria possa alcançar, um campo que esteja acima do poder, e essa seara é a da liberdade que cumpre estar acessível aos atores sociais, que devem sentir-se

¹¹ Não se nega o profícuo papel da regra da maioria na administração de discordâncias em prol do bem comum. Como relatou Waldron: "Nos Estados Unidos, na Europa ocidental e em todas as outras democracias, cada passo isolado das legislaturas para tornar a sociedade mais segura, mais civilizada e mais justa foi dado contra um pano de fundo de discordância, mas, não obstante, de uma maneira que conseguiu, de certo modo, conservar a lealdade e a aquiescência (ainda que, muitas vezes, lealdade e aquiescência relutantes) dos que, de boa-fé, se opunham às medidas em questão." (WALDRON, 2013, p.189)

responsáveis por essa liberdade pois para isso foram educados (TOURAINÉ, 1994, p.348).

Touraine destaca sobre o cenário político latino-americano que, malgrado a devolução às autoridades civis do poder concentrado em mãos militares, esse ponto não fez com que houvesse uma reflexão séria a respeito do que é democracia, de modo que ela passou a ser identificada como ausência de poder totalitário:

Na América Latina as ditaduras militares aceitaram devolver o poder às autoridades civis, no Brasil, no Uruguai, no Chile e até mesmo no Paraguai, enquanto que na Argentina é a derrota militar e não o levante popular que levou ao poder o regime democrático. A euforia criada pela queda dos regimes odiosos, tanto quanto ineficazes, foi acompanhada de uma estranha ausência de reflexão sobre a democracia, definida somente como ausência de poder autoritário ou totalitário. (TOURAINÉ, 1994, p. 351)

De fato, nos dias de hoje, a negligência quanto à efetivação de justiça social é um dos pontos discutidos na consolidação das democracias na América Latina. A realidade brasileira foi bem exposta por Bochenek:

No Brasil, estudos acadêmicos empíricos sobre a (re) democratização revelam que em razão das experiências históricas pouco afeitas aos princípios e exigências democráticas, a sociedade brasileira tem assimilado a democracia como mera oposição às experiências ditatoriais (SILVEIRA, 2004, p. 129). Nesse sentido, a democracia tem sido restringida ao respeito aos direitos e liberdades individuais, em especial, ao direito de voto, ou seja, na concepção minimalista de democracia. Apesar de existir a democracia política consolidada (formal), ainda inexiste democracia social, pois há enorme concentração de riqueza e disparidades sociais. (BOCHENEK, 2013, p.149)

Na verdade, o que aconteceu foi que os direitos fundamentais, que não eram respeitados na época da ditadura, também continuam não sendo respeitados hoje¹². Da ditadura militar passamos para a ditadura dos interesses econômicos.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Depois de arrolar com Dahl algumas instituições próprias da democracia: oficiais eleitos; eleições livres, justas e periódicas; liberdade de expressão; fontes alternativas de informação; liberdade de associação; cidadania inclusiva; com razão Moro afirma que a jurisdição constitucional não é requisito para reconhecimento de um regime democrático

¹² Não só no Brasil, nem apenas na América Latina, mas no mundo todo. Exemplo disso é a dramática situação dos refugiados no mundo, talvez "a maior crise humanitária desde a Segunda Guerra Mundial", conforme demonstrado em estudo de SANTIN; PULCINELLI; CACHICHI (2016) sobre a atual exclusão social e política dos refugiados.

(MORO, 2004b, p.114)¹³. Deveras, Lijphart destaca no modelo *Westminster* do Reino Unido a característica da ausência de revisão judicial¹⁴, anteriormente mitigada pelo ingresso da Grã-Bretanha na Comunidade Européia (LIJPHART, 2003, p.37) e hoje fortalecida pelo *Brexit*.

De qualquer forma, em especial na América Latina, prevalece a visão da jurisdição constitucional como essencial à democracia, conforme posição de Oscar Vilhena:

Os tribunais e cortes constitucionais são essenciais na concretização dos ideais do constitucionalismo democrático, na medida em que a eles é atribuída a função de zelar pela aplicação das regras e limites estabelecidos pela Constituição aos sistemas democráticos. As suas atribuições constituem, desta maneira, o próprio reflexo das relações entre democracia e constitucionalismo adotadas por cada sistema político. (VIEIRA, 1994, p.27)

O ponto central é este: se o constitucionalismo representa a proteção de todos, sem exceção, contra a regra majoritária, quem há de agir contramajoritariamente? Para Moro, há de se excluir a própria maioria: "parece razoável que a proteção dos direitos fundamentais não fique a cargo do órgão controlado por essa maioria. Do contrário, esta seria juiz de suas próprias limitações" (MORO, 2016, p.37), o que exclui o Parlamento. Da mesma forma, tendo o chefe escolhido por eleições majoritárias, poder-se-ia recusar também Poder Executivo (MORO, 2016, p.38). Resta - por exclusão - o Poder Judiciário, composto por juízes independentes, imparciais e inertes, atuantes mediante decisão fundamentada e pública. Essas características, malgrado não eliminem, mitigariam o risco de abuso do poder: "Certo risco de abuso está sempre presente quando se concede poder a alguém" (MORO, 2016, p.38).

De todo modo, como Machado a propósito bem destaca, em um constitucionalismo cooperativo das sociedades complexas de hoje:

A fase do atual desenvolvimento do Estado não comporta mais a discussão em torno da divisão dos poderes, como instrumentos estanque das funções, mas sim o princípio de que todas as funções não devem ser entregues em mãos de um só. Essa preocupação em se dividir as funções por compartimento estanque tinha sua razão de ser antes dos Estados de Direito, posto que a ausência da consagração de um princípio (como a tricotomia das funções hoje arraigada na maioria dos Estados) tinha como aliada sempre a usurpação das funções de um só indivíduo. Portanto, as funções devem estar uma em relação às outras como colaboradoras, até porque em

¹³ A propósito, para um excepcional apanhado sobre os sistemas de fiscalização da constitucionalidade: PEREZ, 2014, pp.68 e ss.

¹⁴ Lijphart cita esta como a nona característica do modelo *Westminster* no Reino Unido: "9. *Ausência de revisão judicial*. A outra implicação importante da constituição não-escrita é a ausência de revisão judicial: não existe nenhum documento constitucional escrito com estatuto de 'lei maior', contra o qual possam as cortes testar a constitucionalidade da legislação regular. Embora o Parlamento normalmente aceite e se sinta ligado às regras da Constituição não-escrita, ele não está formalmente preso a elas, por isso, tratando-se de mudanças ou de interpretações da Constituição, pode-se dizer que o Parlamento - isto é, a maioria parlamentar - é a autoridade máxima ou soberana." (LIJPHART, 2003, p.36)

cada uma delas existe a execução de funções análogas às outras. Aliás, como já salientado, é princípio constitucional, no qual se tem a harmonia e independência como fundamentos. Harmonia, como sinônimo de colaboração, de cordialidade necessária entre as funções. Independência, no sentido de não ser necessária a cada função a permissão da outra, para o exercício de suas competências. (MACHADO, 2011, p.104)

No Brasil e na América Latina observam-se constantemente movimentos de supressão de direitos fundamentais em prol da melhoria de condições econômicas. Por isso deve a jurisdição constitucional levar muito a sério o crivo de constitucionalidade de normas restritivas de direitos fundamentais - e especialmente de minorias com dificuldade de representação no Parlamento - sobretudo se arrimadas em estabilidade econômica. Isso não quer dizer que reformas não sejam necessárias, apenas quer dizer que devem ser tomadas com toda a cautela e com todo cuidado a partir da ponderação dos interesses que visam alcançar (máxime se apenas econômico) com a restrição imposta aos direitos atingidos (em especial de minorias).

E, se Constituição constitui norma jurídica, como admite Enterría, então dela exsurge vigorosa *"la necesidad de definir límites al poder por relación a los ciudadanos, o, en otros términos, derechos de éstos, tanto a una vida privada exenta del poder como la dominación e instrumentación de éste, como, en fin, a las actuaciones positivas del Estado para promover la libertad efectiva y la igualdad"* (ENTERRÍA, 1999, p.176). E, com efeito, se assim é, a admissão de que "Constituição é norma jurídica" implica outrossim, e de modo óbvio ao aludido autor, que *"su eficacia debe ser asegurada jurisdiccionalmente"*; Enterría remarca que este foi *"el argumento básico, y hasta hoy inconvencible, de la sentencia Marbury v. Madison, de 1803, que es la primera aplicación histórica del sistema de judicial review"* (ENTERRÍA, 1999, p.176).

O grande ponto a ser tratado agora refere-se aos critérios de julgamento da constitucionalidade ou não das leis. Quais os critérios que devem nortear a jurisdição constitucional? De saída, diga-se que algum critério há de haver; não é dado ao juiz constitucional pronunciar-se sobre a (in)constitucionalidade sem base em razões importantes, pois se delibera sobre ato legislativo produzido por órgão que foi criado justa e democraticamente para produzir as leis: "Os juízes não devem impedir o povo de governar a si mesmo." (MORO, 2016, p.55), até porque "nosso respeito pela legislação é, em parte, o tributo que devemos pagar à conquista da ação concertada, cooperativa, coordenada ou coletiva nas circunstâncias da vida moderna." (WALDRON, 2013, p.190) Com efeito, Moro apresentará dois critérios a orientar jurisdição constitucional no exame da

(in)constitucionalidade da legislação: o teste da base racional; o exame judicial mais rigoroso. Evidente que, quando se fala na aplicação desses critérios, é porque se está diante de um caso em que a (in)constitucionalidade não é manifesta. Os critérios anunciados são relevantes nos casos em que exista séria dúvida quanto a constitucionalidade ou não da lei: "Observe-se que a diversidade de critérios só tem cabimento nos 'casos difíceis'. Quando há violação de regra clara da Constituição, o problema não se coloca" (MORO, 2016, p.56); e não se coloca porque os critérios tradicionais de resolução dos conflitos são bastantes.

Dois critérios, com efeito, estabelecem-se para a jurisdição constitucional na resolução de 'casos difíceis': o critério do teste da base racional (i) e o critério do exame judicial mais rigoroso (ii). Vejamo-los. O critério do teste da base racional toma em consideração a deferência judicial com o ato proveniente do Parlamento, de modo que se presume sua constitucionalidade a não ser que viole o princípio da razoabilidade (da proporcionalidade no direito alemão): "Ato normativo que não passe pelo crivo da razoabilidade não é lei." (MORO, 2016, p.57)

Considerando, portanto, que o princípio da proporcionalidade compõe-se tradicionalmente de três subprincípios, o ato legislativo submetido à jurisdição constitucional deve atender ao subprincípio da adequação, que significa que entre os meios adequados para determinada finalidade a lei deve eleger aqueles aptos a alcançá-la; deve considerar o subprincípio da necessidade, cujo significado exige que, dentre o conjunto dos meios adequados, cumpra a lei optar por aquele menos gravoso a outros interesses da ordem jurídica (MORO, 2016, p.58); deve observar o subprincípio da proporcionalidade no sentido estrito, que exige o resultado da ponderação estabeleça a primazia dos interesses visados pela lei, realizados pelo meio adequado e necessário, em detrimento daqueles atingidos por tais meios, ou seja, além de ser legítima a finalidade legal, adequado e necessário o meio para alcançá-la, as vantagens obtidas devem ser superiores aos prejuízos causados (MORO, 2016, p.58).

Outro critério é a questão do escrutínio rigoroso, vale dizer, o exame judicial mais rígido para algumas liberdades preferenciais. Mas, antes de expor o critério, é imperioso expor a origem da teoria da posição preferencial. Ela logrou assento nas dobras do princípio do devido processo legal, sentido substantivo, que é justamente a dimensão em que submete as leis ao controle da razoabilidade. Moro, então, apresenta o precedente *Carolene Products v. USA* de 1938, julgado pela Corte Suprema americana. Esse julgado, embora tivesse mantido a linha das decisões da era *Lochner* na mesma Corte, trouxe no voto do *Justice Stone* uma

famosa nota de rodapé - a nota 4 - em que os primeiros delineamentos da teoria da posição preferencial das liberdades civis restou delineada (MORO, 2016, p.49).

Anteriormente a isso, a Corte americana, seguindo precedentes do séc. XIX, mantinha tradição, inspirada no liberalismo econômico, do princípio do *laissez-faire*. Acerca do papel do Judiciário na época, Bochenek registrou:

As funções do Judiciário, ao longo do século XIX, estiveram orientadas no sentido de legitimar a atuação do legislador. No paradigma liberal, adotado pelos países de origem do direito romano-germânico, o isolamento político-social do Judiciário reduziu a legitimidade de suas decisões a um momento que antecedia a própria atividade jurisdicional, ou seja, cabia ao Judiciário aplicar as normas já previamente dotadas de uma legitimidade advinda do processo legislativo (PISKE, 2010, p. 43-44). (BOCHENEK, 2013, p.83)

Presumia-se constitucional o ato impugnado justamente porque se partia da presunção de sensatez da maioria; o entendimento baseava-se na presunção de que "os legislativos eram compostos por homens sensatos que, também presumivelmente, teriam boas razões para aprovar atos legislativos." (MORO, 2016, p.48) Corolário disso, acordava a jurisprudência: "Se o julgador pudesse identificar qualquer motivo razoável para a edição da lei, deveria considerá-la constitucional." (MORO, 2016, p.48)

Com o julgamento do caso *Carolene Products v. USA* de 1938, abriu-se a possibilidade de identificação de que algumas liberdades importantes, cuja restrição implicaria mais acurado exame judicial (*more exacting judicial scrutiny*). Referidas liberdades seriam aquelas constantes das dez primeiras e décima quarta emendas à Constituição americana, basicamente de um lado aquelas liberdades de participação política, liberdade de expressão e de outro o direito das minorias. O inteiro teor da nota quatro ajudará na compreensão da ideia:

Pode existir um âmbito mais estreito para utilização da presunção de constitucionalidade quando a legislação aparece, evidentemente, compreendida dentro de uma proibição específica da Constituição, tal como aquelas das dez primeiras emendas, que se consideram igualmente relacionadas na Décima-Quarta.

É desnecessário considerar agora se a legislação que restringe esses processos políticos, dos quais ordinariamente se espera que provoquem a repulsa de leis indesejáveis, deve-se submeter a um escrutínio judicial mais rigoroso — sob as proibições gerais da Décima-Quarta Emenda — do que os outros tipos de legislação.

Tampouco precisamos investigar agora se considerações similares devem ser feitas na revisão de leis dirigidas a singulares minorias religiosas, nacionais ou raciais, ou se preconceitos contra minorias discretas e insulares devem constituir uma condição especial, que tende a restringir o funcionamento desses processos políticos nos quais

se pode ordinariamente confiar para a proteção das minorias, e que podem exigir uma investigação judicial correspondentemente mais inquiridora. (MORO, 1999)¹⁵

Da transcrição ficam claros os dois grandes feixes de liberdades preferenciais: aquelas sensíveis para manutenção dos canais de renovação democrática e comunicação política; e aquelas de proteção de "singulares minorias". Não se pode olvidar, por primeiro, que interesses econômicos podem influenciar a maioria. Calha, pois, garantir mudanças políticas em caso de desaprovação das escolhas tomadas até então pelos representantes do povo. Sendo assim, não pode haver fechamento de vias, fluxos e canais de renovação democrática, dentre eles a liberdade de expressão e o direito à participação política. De outro norte, os grupos mal representados carecem de proteção especial contra restrição de direitos fundamentais pela ditadura da maioria; isso como condição de fortalecimento da democracia. Na esteira do já consignado, cumpre ao controle de constitucionalidade estimar direitos fundamentais contra a regra da maioria (atuação contramajoritária):

Logo, que os resultados da regra da maioria devem passar por um teste de constitucionalidade para que não ameacem os direitos fundamentais, os mecanismos que asseguram estes direitos, bem como os próprios procedimentos que viabilizam a continuidade da democracia. Esta a função essencial do constitucionalismo, assegurar os pressupostos éticos da democracia. (VIEIRA, 1994, p.26)

Vale destacar que o critério da teoria da posição preferencial não implica nenhum raciocínio a inverter a presunção de inconstitucionalidade. Não. O que se pretende é exigir "algo além" do que se exigiria no teste da base racional. Esse algo a mais, que caracterizaria o escrutínio mais rigoroso, será apurado no caso concreto pela lei da colisão a que Robert Alexy

¹⁵ A tradução de Moro foi publicada no texto indicado, que traz, outrossim, a versão original: "*There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. See Stromberg v. California, 283 U.S. 359, 369-370; Lovell v. Griffin, 303 U.S. 444, 452. It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. On restrictions upon the right to vote, see Nixon v. Herndon, 273 U.S. 536; Nixon v. Condon, 286 U.S. 73; on restraints upon the dissemination of information, see Near v. Minnesota ex rel. Olson, 283 U.S. 697, 713-714, 718-720, 722; Grosjean v. American Press Co., 297 U.S. 233; Lovell v. Griffin, supra; on interferences with political organizations, see Stromberg v. California, supra, 369; Fiske v. Kansas, 274 U.S. 380; Whitney v. California, 274 U.S. 357, 373-378; Herndon v. Lowry, 301 U.S. 242, and see Holmes, J., in Gitlow v. New York, 268 U.S. 652, 673; as to prohibition of peaceable assembly, see De Jonge v. Oregon, 299 U.S. 353, 365. Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510, or national, Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390; Bartels v. Iowa, 262 U.S. 404; Farrington v. Tokushige, 273 U.S. 284, or racial minorities, Nixon v. Herndon, supra; Nixon v. Condon, supra: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry. Compare McCulloch v. Maryland, 4 Wheat. 316, 428; South Carolina v. Barnwell Bros., 303 U.S. 177, 184, n 2, and cases cited."*

se reporta na colisão entre princípios (ALEXY, 2008, p.99)¹⁶. Esse o efeito positivo, mas há o negativo, qual seja, suspender a presunção de constitucionalidade da lei. O fato é que a restrição a alguns temas, cabe ao órgão incumbido da defesa da legislação¹⁷ sob o crivo da jurisdição constitucional a demonstrar o interesse relevante.

Note-se, pois, a distinção entre critérios. Diferentemente do teste da base racional, a aplicação da teoria da posição preferencial implica, além da defesa de interesses legítimos e a obediência à razoabilidade (proporcionalidade), também o atrelamento da providência buscada pela lei restritiva a algum outro interesse relevante que terá um peso maior nas circunstâncias concretas vivenciadas pelos concernidos atingidos ou beneficiados pela novel legislação.

Um exemplo prático disso citado por Moro foi o caso *Shapiro v. Thompson*, julgado pela Suprema Corte americana em 1969. A Corte considerou inconstitucional a lei que restringia direitos por conta da necessidade de fiscalização, de controle administrativo. O Tribunal entendeu que, embora fosse interesse político legítimo e razoável, a restrição no caso não teria o peso suficiente para diminuir o direito das minorias (MORO, 2016, p.59)¹⁸.

Mas o critério do exame judicial mais rigoroso não está imune a críticas. Duas foram enfrentadas por Moro, a saber, afronta à unidade da Constituição pelo estabelecimento a priori de distinção entre normas constitucionais (i) e admissão *in abstracto* de maior peso a determinados interesses (ii). Quanto a unidade da constituição, segundo Moro (2016, p.63),

¹⁶ É desnecessário tecer detalhes sobre a teoria de Robert Alexy por todos conhecida.

¹⁷ Por imperativo constitucional expresso o Advogado-Geral da União (CF, art.102, §3º).

¹⁸ Nesse contexto não passou despercebido pelo engenho de Moro (2016, p.60, n.58) a comparação entre esse caso e os precedentes que ensejaram a edição do verbete 149 da súmula do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, do qual o teor é o seguinte: "A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário." De fato, se a teoria da posição preferencial ensejou a rejeição da lei que restringia direitos sociais com base no interesse estatal (válido, diga-se) de coibir fraudes; no Brasil mecanismos de controle, igualmente estabelecidos para coibir fraudes, obtiveram primazia nos tribunais em detrimento do direito ao reconhecimento de tempo rural para fins previdenciários.

A propósito, em solo pátrio, outra decisão dos tribunais brasileiros mereceria análise crítica. Cuida-se do julgamento pela constitucionalidade da legislação que substituiu o INPC pelo IGPD-I no reajuste dos benefícios previdenciários em prejuízo dos beneficiários diante do atual §4º do art.201 da Constituição Federal, cujo teor assegura "o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei." Para Moro, seria o caso de aplicação da teoria da posição preferencial para prestigiar o direito ao devido reajuste reconhecendo que este teria primazia em comparação com o mero argumento da redução dos gastos públicos em vistas dos especiais interesses da população atingida e mais fraca politicamente (MORO, 2016, p.81). Contudo, os Tribunais entenderam o critério do governo razoável, ainda que novo índice apresentasse taxas inferiores, pois ajustava-se razoavelmente ao dimensionamento da inflação no período.

aqueles que criticam o exame mais rigoroso sustentam que, se a partir do princípio da unidade da constituição todas as normas constitucionais provenientes do poder constituinte originário detêm a mesma hierarquia, então não faz sentido eu privilegiar determinadas normas constitucionais em detrimento de outras, isso criaria como que uma classe privilegiada de normas constitucionais (liberdades preferenciais). Aos críticos redargúi Moro aduzindo que o princípio em testilha aplica-se na exegese da constituição, e não no controle jurisdicional da constitucionalidade levado a cabo pela jurisdição constitucional; não se faz distinção entre normais constitucionais originárias, mas entre estas e norma inferior (lei):

Enquanto o princípio da unidade da Constituição é relevante para o campo da interpretação das normas constitucionais ou da relação entre normas constitucionais, a teoria da posição preferencial, ou qualquer outra da espécie, tem reflexos unicamente no controle de constitucionalidade das leis, ou seja, na relação entre a norma constitucional e outros atos normativos de hierarquia inferior. (MORO, 2016, p.64)

Moro traz à baila o caso *Brown v. Board of Education*, de 1954, julgado pela Suprema Corte americana. Versava sobre o tema da segregação racial nas escolas. O ponto central não era a distinção da qualidade do ensino para brancos e negros, pois, de fato, havia a demonstração de que o ensino era igual. A questão era que a segregação em si mesma gerava um prejuízo em detrimento do desenvolvimento escolar da minoria segregada. Diante disso, valendo-se de elementos não-textuais (MORO, 2016, p.69), a Corte de Warren, como ficou conhecida a Suprema Corte durante os anos de 1953 a 1969 em que Earl Warren era o "*Chief Justice*", não só declarou a inconstitucionalidade da política pública segregacionista existente, mas também determinou política pública contrária, impondo a obrigação por parte do Governo e das entidades educacionais, na implementação de uma política pública que fosse contra a segregação. Agindo assim, a Corte Suprema norte-americana a um só tempo agiu como legislador negativo e positivo:

É oportuno destacar que a Corte não se limitou a reconhecer o direito dos demandantes a ingressarem em escolas reservadas a brancos. Tinham eles direito a escolas em regimes integrados, o que implicava na adoção de larga política pública de dessegregação, afetando, portanto, escolas e alunos não envolvidos diretamente no caso. A dessegregação, segundo a Corte, deveria ser implementada com toda a rapidez deliberada (*with all deliberate speed*). (MORO, 2004a)

E isso graças à teoria da posição preferencial. Isso porque prestigiasse de modo especial a regra da maioria e a deferência judicial em prol da presunção de constitucionalidade da lei, à época a posição da Corte renderia manutenção sistemática da situação de exclusão dos negros na política pública da época, já que, o prestigiar a regra da maioria, relegar-se-ia às assembleias legislativas a decisão sobre a segregação racial nas

escolas:

Principalmente em relação às Legislaturas estaduais, restava claro que o sistema político dos Estados do Sul importava na exclusão sistemática dos negros na formulação das políticas públicas. Assim sendo, a política de deferência em caso da espécie apenas perpetuaria o *status quo*, legitimando as restrições impostas à minoria negra. (MORO, 2016, p.69)

E a realidade é que, por serem mal representadas, essas minorias estariam sistematicamente em desvantagem. Daí essa política corretiva do Judiciário de aumentar o rigor. E daí a grande justificativa da teoria da posição preferencial. O *déficit* de representatividade das minorias passa a ser compensada pela atuação contramajoritária do Judiciário, analisando com maior rigor aquelas normas que lhe restrinjam os direitos: "...políticas destinadas às minorias devem ser vistas com suspeita devido às dificuldades que essas encontram para participar do processo democrático" (MORO, 2016, p.69)

Da mesma forma, o polêmico caso *Roe v. Wade* de 1973, quando a mesma Suprema Corte decidiu por maioria de votos (sete a dois) que, à vista da garantia constitucional à mulher da *autonomia procriadora*, os estados norte-americanos não poderiam proibir o aborto por nenhum motivo até os três meses de gestação e, do quarto ao sexto mês, apenas poderiam regulamentá-lo. Interessante a propósito, a ponderação de Dworkin que vem bem ao caso da atuação contramajoritária da jurisdição constitucional: "De um só golpe, em Washington, um tribunal de nove juízes que haviam sido nomeados e não eleitos para seus cargos, e que nem foram unânimes em sua decisão, mudara radicalmente as leis de quase todos os cinquenta estados norte-americanos." (DWORKIN, 2009, p.7) Nesses casos, nos termos da teoria da posição preferencial, a lei que restringe é submetida a um escrutínio mais rigoroso, afastando-se a presunção de constitucionalidade da legislação.

Agora, se a lei discriminatória não garantir benefício à minoria que tem dificuldade de representação, aí se submete igualmente a um escrutínio mais rigoroso: "Qualquer distinção legislativa que opere em detrimento de minorias ou de grupos que tenham dificuldades para participar no processo político deve ser submetida a exame da espécie." (MORO, 2016, p.72) ¹⁹

¹⁹ O mesmo raciocínio vale para tratamento favorável às majorias, ou seja, toda vez que a legislação prestigiar de modo demasiado a maioria, essa legislação pode ser colocada sobre suspeita pelo Judiciário, principalmente quando a maioria estiver amplamente representada: "Entretanto, seria ingenuidade excluir a hipótese contrária, ou seja, a aprovação de atos legislativos que tenham por finalidade conceder benefícios especiais a grupos de acentuada influência no Congresso Nacional." (MORO, 2016, p.73) Tais atos legislativos, igualmente, submetem-se ao escrutínio judicial mais rigoroso a fim de serem coibidos todas aquelas leis que favoreçam ilegitimamente grupos influentes no Parlamento (MORO, 2016, p.74).

Isso valerá sempre que esteja em pauta discriminações restritivas em prejuízo da minoria; sendo em prejuízo da maioria bem representada no Parlamento, aplica-se a deferência judicial (exame limitado ao interesse legítimo e ao liame deste à restrição à luz da proporcionalidade), valendo então a presunção de constitucionalidade da lei. Moro salienta: "Sempre que for possível presumir que o processo político democrático, em virtude de suas deficiências, não tem condições de impedir a tomada de decisões injustas ou indesejáveis, justifica-se o exercício de controle de constitucionalidade mais rigoroso." (MORO, 2016, p.68)

O trecho da citação bem ilustra o pensamento geral, a generalização que Moro propõe. E essa generalização justifica o porquê dessa teoria ser tida por democrática: ela visa, em última análise, manter o princípio democrático, mesmo contra a regra da maioria. Por isso que é importante deixar bem claro a distinção entre democracia e ditadura da maioria: "O controle, por conseguinte, não vai de encontro ao sistema democrático. Tem, por campo próprio de atuação, áreas em que é possível supor que as suas deficiências não permitirão que a decisão adequada seja alcançada pelo processo político convencional." (MORO, 2016, p.68)

De qualquer forma, não se vislumbra problema algum na aplicação da teoria no controle da constitucionalidade entre normas constitucionais oriundas do poder constituinte derivado: a norma, legal ou mesmo constitucional, que restrinja um direito fundamental em prejuízo das minorias, deve ser submetida a critérios rigorosos de constitucionalidade, sem que tal implique violação da unidade da constituição; não se estará a fazer distinção entre normas constitucionais originárias, senão entre normais constitucionais originárias e derivadas ou entre normas constitucionais derivadas que, uma vez incorporadas, passam a gozar da especial proteção do §4 do art.60 da CF. A teoria da posição preferencial não faz distinção entre normas, mas entre interesses sensíveis à democracia (liberdade de expressão e a participação política) ou suscetíveis de afetação pela ditadura da maioria (proteção das minorias). Estabelece-se o conflito à luz do caso concreto e os interesses opostos são submetidos à ponderação. O ponto, aliás, leva-nos à segunda objeção, que se trata da colisão de direitos.

A colisão de direitos é um procedimento para definição de direitos em casos de conflito de direitos fundamentais que tem uma natureza notadamente principiológica; a crítica que se faz consiste na alegação de que a teoria da posição preferencial outorgaria peso maior a priori, ou seja, de modo abstrato, a determinadas liberdades em detrimento de outros

interesses também importantes, como o desenvolvimento econômico, a sustentabilidade e assim avante. Moro, entretanto, argumenta que a teoria não se aplica quando há colisão de dois interesses fundamentais:

Ainda que se identifique razões que justifiquem diferenciação no tocante ao alcance e profundidade do controle de constitucionalidade, disso não resultará qualquer consequência para o problema da colisão entre direitos fundamentais.

Isso significa que a teoria do exame judicial mais rigoroso não poderá ser invocada quando uma restrição legislativa a uma norma de direito fundamental tiver por base outra norma de direito fundamental. (MORO, 2016, p.66)

Todavia força convir que mesmo uma restrição legislativa a uma norma de direito fundamental com arrimo noutra norma de direito fundamental pode se mostrar inconstitucional num escrutínio mais rigoroso, só o caso concreto dirá qual direito fundamental há de prevalecer. O cerne da questão reside na necessidade de se aplicar o exame judicial rigoroso, e não apenas o teste da base racional.

Moro tratou também do princípio da reserva do possível na atividade da jurisdição de outorga de prestação material, ou seja, interferência na política pública para concessão de direitos sociais de prestações materiais (MORO, 2001, p.98). Juízes não podem conceder algo sem que não exista contrapartida financeira suficiente para arcar com o custo da medida, ou seja, "o juiz não pode desenvolver ou efetivar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto." (MORO, 2001, p.98). No entanto, segundo Moro, força convir que tal princípio não implica obstáculo para que o juiz o efetive a política pública em cumprimento da Constituição, mas, ao fazê-lo, impende ao magistrado tomar em consideração a questão orçamentária. Deve o juiz ter presente não só a insuficiência fática do orçamento como também deve levar em conta que, ainda que haja suficiência fática, a aplicação de recursos para a concretização de direitos que não estavam originalmente previstos pode gerar a falta de recursos para outra política pública. Tais elementos inserem-se naquilo que Moro tratou sob o dístico de "reserva de consistência" das interpretações judiciais (MORO, 2001, p.90), o que significa que as decisões judiciais nesse campo devem ser fundamentadas com argumentos substanciais, no sentido de que a implementação dessa política se faz necessária e impositiva por conta da Constituição: "Não podem ser desenvolvidas e efetivadas normas constitucionais sem que o Judiciário reúna argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que pretende alcançar". (MORO, 2001, p.90) E o fato de uma prestação jurisdicional sobre direitos fundamentais impactar no orçamento não impede que o juiz conceda prestações positivas. Isso porque da mesma forma quando o juiz analisa liberdades

negativas também é possível o impacto no orçamento e esse argumento nunca é levantado como modo de inviabilizar a prestação jurisdicional, o exame judicial. Nas palavras do Moro:

Cumpre lembrar que o desenvolvimento e efetivação de outros direitos fundamentais, mesmo os de defesa ou os de não sujeição, que não exigem, a princípio, prestações de cunho material, podem também interferir na competência orçamentária do legislador. A violação de um direito fundamental do contribuinte, como a não observância de sua capacidade contributiva, pode acarretar a invalidação de lei tributária, afetando o orçamento público, sendo que a reserva de competência do legislador para a elaboração deste não é comumente colocada como barreira para o reconhecimento de direitos fundamentais da espécie. É de se concluir, por conseguinte, que a reserva de competência do legislador na elaboração do orçamento e na alocação dos recursos existentes não constitui barreira suficiente para obstaculizar, por si só, o desenvolvimento e efetivação judicial de normas constitucionais. (MORO, 2001, p.99)

É preciso considerar que dentro da reserva de consistência caberia ao magistrado: "O juiz precisa considerar essas repercussões à luz do que aconteceria caso sua decisão fosse estendida a todos os casos análogos, transcendendo aos limites da causa *sub judice*". (MORO, 2001, p.92) Nesse exato sentido, Enterría, trazendo à colação Otto Bachof, frisa "*la necesidad de que el juez constitucional no pierda en ningún momento de vista las consecuencias prácticas (i.e. políticas) de la decisión que está llamado a dictar*" (ENTERRÍA, 1999, p.179). E Moro complementa:

O recurso a dados extraídos de ciências não jurídicas, quando necessário, é obrigatório se forem desejadas decisões racionais da jurisprudência constitucional. Isso se faz presente tanto quando o juiz controla a constitucionalidade de determinado ato do legislador, como quando é chamado a agir devido aos vazios deixados por este. (MORO, 2001, p.96)

Ao final, é de se admitir que, a extensão da política pública e sua complexidade não é motivo a priori para aceitar a não intervenção contramajoritária do Judiciário. A exemplo do caso *Brown v. Board of Education* (1954), a generalidade da política antissegregação não impediu a Corte Suprema de decidir em favor das minorias. Da mesma forma, o polêmico caso *Roe v. Wade* (1973), em que o Judiciário americano teve de se debruçar sobre intrincado conflito entre a regra majoritária e a liberdade dos indivíduos de controlar seu corpo quanto a procriação²⁰. Donde se conclui que o fato de ser difícil a implementação da decisão não a inviabiliza por si só (MORO, 2001, p.97, n.107).

²⁰ A questão crucial da controvérsia constitucional não consiste em saber se o feto é ou não uma pessoa de acordo com o significado da Constituição; consiste, na verdade, em saber se os estados têm um poder legítimo de ditar o modo como os cidadãos devem respeitar o valor inerente à vida. (DWORKIN, 2009, p. 235)

CONCLUSÃO

Do quanto restou escrito, cabe-nos, antes de pôr cobro à tarefa a que nos propusemos, apresentar rápidas considerações a título de conclusão sem pretensão de completude, pois o tema é vasto e não cabe inteiro nos singelos e objetivos quadrantes desse estudo.

Com esse propósito, mister ser dito que a tensão entre liberdade e democracia exige acurado cuidado contra lesão a direitos fundamentais a partir da regra da maioria. Não se concebe sociedade democrática sem tal preocupação. Os problemas de representatividade democrática denunciam que as leis nem sempre são fruto de medidas isonômicas e equilibradas, frequentemente atingindo parcelas do povo cuja representação é deficitária (as minorias).

Para tanto, em especial no Brasil e na América Latina, a função contramajoritária da jurisdição constitucional é fundamental para a salubridade democrática. Nesse intuito, nem sempre o critério a ser utilizado deve ser tão mais rigoroso quanto mais periclitam temas sensíveis ao equilíbrio entre democracia e constitucionalismo, dentre os quais, de um lado, a liberdade de expressão e a participação política; de outro, os direitos de singulares minorias. Nesses casos o escrutínio judicial há de ser rigoroso, tomando em conta as circunstâncias concretas da causa para avaliação das restrições impostas pela legislação em prol do interesse por ela prestigiado.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Org. Michelangelo Bovero. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BOCHENEK, Antônio César. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais**

cíveis brasileiros. Brasília: CJF, 2013.

CARDOSO, Henrique Ribeiro ; COSTA, Ilton Garcia ; SOUSA JUNIOR, E. S. . Consensual Jurisdiction: Organization and Instruments of the New Procedural System. **Revista Jurídica-Unicuritiba**, v. 1, p. 76-98, 2018.

COSTA, Ilton Garcia; PUGLIESI, Renan Cauê M. ; CACHICHI, Rogério Cangussu D. . Superando Paradigmas: A Aplicação da Justiça Restaurativa em Casos que envolvem Violência Doméstica. **REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**, v. 137, p. 121-141, 2017.

COSTA, Ilton Garcia; GONÇALVES, Aline M. . Da Sociedade Antiga à Sociedade Política e a Funcionalidade do Direito. **NOMOS (FORTALEZA)**, v. 36, p. 205-224, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. téc. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional.* Madrid: Civitas, 1991.

FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação. **Revista Crítica de Ciências Sociais.** Coimbra: 2002, CES. p.07-20.

GARCIA DA COSTA, Ilton; GODOY PULCINELLI, Ana Luiza . Imigrantes: Uma Análise Crítica dos Serviços Públicos Adotados para a sua Inserção no Mercado de Trabalho - 10.12818/P.0304-2340.2017V71P243. **Revista da Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 71, p. 243-267, 2018.

GIACOIA, Gilberto. Justiça e Dignidade. **Argumenta Journal Law** (Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP). n. 2 – 2002 – Jacarezinho – PR. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/86/86>>. Acesso em 28 ago.16.

LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países.** Trad. Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial.** 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MORO, Sergio Fernando. A corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren. **Revista de Direito Constitucional e Internacional- RDCI.** São Paulo: RT, Vol. 48/2004, pp. 281 -

301. Jul - Set, 2004a.

MORO, Sérgio Fernando. **Afastamento da presunção de constitucionalidade da lei**. Revista CEJ, Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, n. 7, p. 127-131, abr. 1999.

MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: RT, 2004b.

MORO, Sergio Fernando. **Legislação suspeita?: afastamento da presunção de constitucionalidade da lei**. 2ªed. (2003) 3ªTiragem. Curitiba: Juruá, 2016.

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Declaração de inconstitucionalidade: a modulação dos efeitos temporais - teoria constitucional e aplicação**. Curitiba: Juruá, 2014.

SANTIN, Valter Foletto; PULCINELLI, Ana Luiza Godoy; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. **Refugiados de ontem e de hoje: uma história de exclusão social**. In: VI Encontro de Egressos e Estudantes de Filosofia da UEL, VI Ciclo Hannah Arendt - Brasil/Venezuela e I Jornada sobre Ensino de Filosofia. 2016. Londrina/PR. Anais. Pp.109-121. Disponível em: <http://www.uel.br/cch/filosofia/pages/eventos-na-uel/historico.php>. Acesso em 15 jun. 16.

TOURAINE, Alain. **Crítica da modernidade**. Petrópolis: Vozes, 1994.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Malheiros, 1994.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. Mariana Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Rev. FAPAD
e-ISSN: 2764-2313
Data de aceite: 01/10/2021
<https://periodicosfapad.emnuvens.com.br/gtp/article/view/31>
Organizado pelo Ministro: José Barroso Filho