NICOLA TOMMASINI

A Presunção de Constitucionalidade e Inconstitucionalidade das Leis

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO - SP

2018

NICOLA TOMMASINI

A Presunção de Constitucionalidade e Inconstitucionalidade das Leis

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO - SP

2018

Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Tommasini, Nicola

A Presunção de Constitucionalidade e Inconstitucionalidade Das Leis / Nicola Tommasini – São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2018.

120 p.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.
Orientador: Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior
Notas de rodapé.
Inclui bibliografia

1. Presunção de constitucionalidade. 2. Presunção de inconstitucionalidade. 3. Autocontenção. 4. Ativismo. 5. Deferência I. Amaral Júnior, José Levi Mello do. II. Título.

Nome: TOMMASINI, Nicola

Título: A presunção de constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior

BANCA EXAMINADORA

Prof.:_____Instituição:_____

Julgamento:_____ Assinatura:_____

Prof.:_____Instituição:_____

Julgamento:_____ Assinatura:_____

Prof.:_____Instituição:_____

Julgamento:_____ Assinatura:_____

Prof.:_____Instituição:_____

Julgamento:_____ Assinatura:_____

RESUMO

TOMMASINI, Nicola. **A Presunção de Constitucionalidade e Inconstitucionalidade das Leis**. Agosto 2018, 120 páginas, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

Inicialmente, a presunção de constitucionalidade das leis estabelecia que a inconstitucionalidade de uma lei apenas poderia ser declarada quando se manifestasse "para além de qualquer dúvida razoável". Contudo, em virtude de novas teorias a respeito do papel do controle judicial de constitucionalidade na promoção da constituição, a presunção transformou-se e passou a admitir diferentes orientações (constitucionalidade e inconstitucionalidade) e diferentes forças (forte, média, fraca, etc.). Esse novo quadro, em constante evolução no âmbito da doutrina e da jurisprudência dos EUA, leva à necessidade de repensar o papel e conceito das presunções que atuam no controle de constitucionalidade – não só nos EUA, mas também nos diferentes sistemas constitucionais. Assim, através de uma metodologia de análise conceitual, a presente dissertação busca construir um conceito das presunções sobre a constitucionalidade no âmbito da teoria geral do direito constitucional (capítulo 1). A partir das diferentes formas com que presunções são empregadas pela jurisprudência (em especial da Suprema Corte dos EUA) e doutrina constitucionais (capítulo 2), argumenta-se que as presunções sobre a constitucionalidade são presunções legais relativas, isto é, estão previstas nas constituições e podem ser superadas (capítulo 3). Defende-se, ademais, que elas têm por funções principais estabelecer um nível de certeza para que uma determinada alegação sobre a constitucionalidade possa ser justificada ou negada, oferecer uma regra de decisão quando a presunção não é superada e distribuir o ônus de prova da constitucionalidade (capítulo 4). Por último, explora-se as diferentes justificativas possíveis para a força e orientação das presunções, argumentando que podem ser fundamentadas em justificativas indutivo-probabilísticas, procedimentais e, principalmente, considerações valorativas.

Palavras-chave: presunção de constitucionalidade; presunção de inconstitucionalidade; autocontenção; ativismo; deferência.

ABSTRACT

TOMMASINI, Nicola. **The Presumption of Constitutionality and Unconstitutionality of Laws**. August 2018, 120 pages, Master Dissertation, Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

Initially, the presumption of constitutionality sought to limit the powers of judicial review by establishing that statutes could only be held unconstitutional if their incompatibility with the Constitution was "beyond all reasonable doubt". However, prompted by new theories on the role of judicial review, the presumption changed and began admitting different orientations (constitutionality and unconstitutionality) as well as different strengths (strong, medium, weak, etc.). This new role of presumptions in judicial review illustrates the necessity of a new concept of presumptions on constitutionality. Through conceptual analysis methodology, the present dissertation aims to contribute to this reconstruction by developing the concept of presumptions on constitutionality as a concept pertaining to the general theory of constitutional law (chapter 1). By exploring the different ways in which presumption are applied by doctrine and constitutional jurisprudence (especially the United States Supreme Court) (chapter 2), it first describes these presumptions as rebuttable presumptions which are establish by each particular constitution (chapter 3). Then, it argues that presumptions establish levels of certainty that authorize certain claims of constitutionality to be justified or unjustified (depending on the orientation of the presumption), erects decision rules for when a presumption is not successfully rebutted and allocates burdens of proof (chapter 4). Furthermore, it posits that presumptions can be based upon the following justifications: inductive-probabilistic, procedural and, most importantly, value considerations (chapter 5).

Key-words: presumption of constitutionality; presumption of unconstitutionality; self-restraint; activism; deference.

SUMÁRIO

Capítulo 1 - Introdução.....15

1.1 O problema.....15

1.2 Objetivo de pesquisa: construção de um conceito comum a todos os sistemas constitucionais.....18

1.3 Recortes de pesquisa.....19

1.3.1 Presunções "sobre" a constitucionalidade das leis.....19

1.3.2 Dois sentidos de presunção de constitucionalidade: entre a vedação ao descumprimento de lei não declarada inconstitucional e a regulação da atuação judicial.....20

1.3.3 Presunção de constitucionalidade das leis e presunção de validade dos demais atos estatais.....22

1.3.4 Aspectos subjetivos das presunções sobre a constitucionalidade das leis.....23

1.4 Pressupostos do trabalho.....24

1.5 Metodologia.....24

1.6 Desenvolvimento do trabalho.....26

Capítulo 2 – Tranformações e aplicações das presunções sobre a constitucionalidade.....28

2.1 Introdução.....28

2.2 Transformações das presunções sobre a constitucionalidade na jurisprudência dos EUA.....29

2.2.1 O modelo de Hamilton e o germe da presunção de constitucionalidade.....29

2.2.2 O controle de constitucionalidade antes de Marbury v. Madison.....30

2.2.3 O início do controle de constitucionalidade da Suprema Corte (1803-1895) e a presunção forte de constitucionalida de.....32

2.2.4 A presunção de inconstitucionalidade das intervenções estatais no mercado (1897-1937) 34

2.2.5 A volta da presunção de constitucionalidade e a doutrina das posições preferenciais (1937-1953) 37

2.2.6 A construção de níveis de intensidade de controle a partir das presunções sobre a constitucionalidade (1953-presente) 41

2.2.6.1 A Corte Warren, a doutrina dos "direitos fundamentais" e o sistema de controle bifurcado 41

2.2.6.2 Desenvolvendo o controle por níveis 44

2.3 Aplicações doutrinárias das presunções sobre a constitucionalidade 45

2.3.1 James Bradley Thayer e a presunção forte de constitucionalidade 45

2.3.2 Randy Barnett e a presunção de liberdade 50

2.4 Aplicações das presunções sobre a constitucionalidade – algumas lições 53

Capítulo 3 – O que são as presunções sobre a constitucionalidade? 57

3.1 Introdução 57

3.2 Presunções como antecipações de resultado 58

3.3 Concepções de presunção e as presunções sobre a constitucionalidade 59

3.3.1 Concepção unitária de presunções (ou presunções como inferências) 60

3.3.2 Concepção plural de presunções (ou análise conceitual de presunções a partir de seus diferentes tipos) 63

3.3.2.1 Presunções judiciais ou simples 64

3.3.2.2 Presunções legais absolutas 64

3.3.2.3 Presunções legais relativas 65

3.4 Presunções sobre a constitucionalidade como presunções legais relativas 66

3.4.1 A previsão "legal" das presunções sobre a constitucionalidade 66

3.4.2 A relatividade das presunções sobre a constitucionalidade 68

3.5 A força das presunções 69

3.6 O objeto das presunções e a comprovação da constitucionalidade 70

3.6.1 Questões de direito como questões de fato 72

3.6.1.1 Equivalência ontológica 72

3.6.1.2 Equivalência epistemológica 74

3.6.2 Questões constitucionais e o âmbito de aplicação das presunções 75

Capítulo 4 – Funções das presunções no controle de constitucionalidade 77

4.1 Introdução 77

4.2 Incertezas e controle de constitucionalidade 77

4.2.1 Incertezas sobre a constitucionalidade 78

4.2.2 Incerteza, justificação e presunções 79

4.2.3 A possibilidade de indeterminação e a solução pela presunção 81

4.3 As funções das presunções sobre a constitucionalidade 85

4.3.1 Níveis de certeza da constitucionalidade e intensidade do intervencionismo judicial 85

4.3.2 Regras de decisão: o benefício da dúvida da constitucionalidade 88

4.3.3 Ônus de provas nas questões constitucionais 90

Capítulo 5 – Justificando a orientação e força das presunções sobre a constitucionalidade 96
5.1 Introdução.....96
5.2 Concepções de presunções e justificativas.....96
5.3 Presunções e teoria do erro.....98
5.4 Como presunções podem ser justificadas.....100
5.4.1 Justificativa indutivo-probabilística.....100
5.4.2 Justificativa procedimental 101
5.4.3 Justificativa valorativa 103
5.4.3.1 Democracia.....104
5.4.3.2 Direitos fundamentais.....107
Conclusões 110
Lista de figuras e quadros..... 112
Referências 114

CAPÍTULO 1 - INTRODUÇÃO

1.1 O problema

O constitucionalismo, ao elevar certas normas jurídicas a nível hierárquico superior, apresenta-se em alguma medida como contraditório em relação à democracia (enquanto método de tomada de decisão majoritário)[1]. Afinal, o empreendimento constitucional pretende justamente regular e limitar, material e formalmente, o poder decisório das maiorias constituídas. Essa contradição torna-se ainda mais expressiva quando o poder de fiscalizar esses limites é atribuído, ao menos em parte, a juízes constitucionais[2]. Sim, porque entrega poder de veto às decisões majoritárias a um órgão composto de membros que, em geral, não possuem mandatos eletivos e não respondem politicamente por suas decisões[3].

É nesse contexto que floresceu, primeiramente nos EUA (com o adicional ingrediente de que o poder de controlar a constitucionalidade dos atos não figura expressamente na Constituição estadunidense), as chamadas "técnicas de autocontenção judicial", que buscavam limitar as situações em que os juízes constitucionais poderiam legitimamente anular as decisões do parlamento.

---

[1] Ver BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**. New York: Bobbs-Merrill, 1962 (discutindo a existência de uma "dificuldade contra-majoritária").

[2] Utiliza-se a expressão "juízes constitucionais" neste trabalho para se referir a membros do Poder Judiciário ou de uma Corte Constitucional responsáveis por controlar a constitucionalidade das leis.

[3] "Existe uma tensão dialética que concerne à natureza do judicial review que causou com que sua aceitação fosse tentativa. O judicial review é antidemocrático por natureza; ele aloca uma autoridade incrível nas mãos de um grupo relativamente pequeno de pessoas que são virtualmente independentes e não responsabilizados pelo eleitorado" (SHAMAN, Jeffrey. The Rule of Reasonableness in Constitutional Adjudication. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, vol. 2, 1975, p. 154. No original: "There is a dialectical tension concerning the nature of judicial review which has caused its acceptance to be quite tentative. Judicial review is undemocratic in nature; it places an awesome authority in the hands of a relatively small body of persons who are virtually independent from and unaccountable to the electorate").

Dentre essas diferentes técnicas, figurou inicialmente[4] nas decisões judiciais a chamada "presunção de constitucionalidade das leis", que condicionava a declaração de inconstitucionalidade "a uma violação clara e inequívoca da Constituição"[5] (aqui denominada "*regra da inconstitucionalidade flagrante*"). A partir dela, impunha-se a necessidade de uma ampla e generalizada autocontenção judicial, a partir da qual a pronúncia de inconstitucionalidade deveria se restringir aos casos nos quais a incompatibilidade estaria "fora de qualquer dúvida razoável". Permitia-se, enfim, amplo espaço de atuação para o legislador.

Contudo, essa "regra da inconstitucionalidade flagrante" foi aos poucos sendo abandonada em favor de novas teorias sobre o papel dos juízes constitucionais nos sistemas democráticos, teorias essas que viam razões para um intervencionismo mais acentuado das Cortes[6]. Consequentemente, a ideia de uma "presunção de constitucionalidade" também passou por expressivas transformações, em especial no século XX. Iniciou-se um longo e complexo processo de flexibilização jurisprudencial e doutrinária dessa presunção, com o intuito de desvinculá-la do padrão instituído pela "regra de inconstitucionalidade flagrante".

Em pelo menos dois âmbitos diversos pode-se constatar claramente essa evolução:

a) Na Suprema Corte dos EUA, a Corte superou a "regra da inconstitucionalidade flagrante" no início do século XX, consolidando, aos poucos, entendimento de que as presunções no controle de constitucionalidade admitem diferentes forças

---

[4] Uma forma simplificada da presunção de constitucionalidade já pode ser observada na primeira declaração judicial de inconstitucionalidade reportada nos Estados Unidos: em 1793, no caso *Kemper v. Hawkins*, a Corte Geral da Virginia negou aplicação a uma lei, asseverando, quanto ao escopo do seu poder, que "a violação [à Constituição] deve ser evidente e clara, ou pode haver o perigo do Judiciário prevenir a operação de leis que podem produzir o interesse público". Para mais detalhes desse histórico, ver TREANOR, William Michael. Judicial Review Before Marbury. **Stanford Law Review**, vol. 58, 2005. Ver, também, tópico 2.2.

[5] *Cooper v. Telfair*, 1800, p. 171. Outras decisões, com descrição detalhada, em THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, v. VII, n. 3, 1893.

[6] Ver, no âmbito dos Estados Unidos, POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. **California Law Review**, vol. 100, n.3, junho 2012, pp. 519-596.

(presunções fortes, fracas e médias) e orientações (presunções de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade)[7]. Em outras palavras, a Corte oscilou, historicamente, entre períodos de maior e menor intervencionismo judicial, tendo, para tanto, flexibilizado aquela original presunção de constitucionalidade.

b) Na doutrina constitucional mais especializada, presunções sobre a constitucionalidade têm sido utilizadas para delinear o escopo do poder dos juízes constitucionais, seja por teorias mais ou menos intervencionistas[8]. Isso ocorre tanto para argumentos que defendem uma intensidade de controle própria para certas situações ou leis específicas (por exemplo, o direito de privacidade das mulheres determina que juízes devem ser poucos deferentes com a leis proibitivas do aborto, de modo que deve as presumir inconstitucionais), quanto para teorias normativas da atuação judicial que pretendem oferecer uma diretriz generalizante (por exemplo, o controle agressivo causa o abandono da interpretação constitucional pelo legislativo, razão pela qual o Judiciário deve sempre ser deferente e presumir fortemente a constitucionalidade das leis[9]).

Por isso tudo, a "presunção de constitucionalidade" assume hoje contornos muito mais amplos do que seu original sentido de restringir o controle judicial de constitucionalidade à "regra da inconstitucionalidade flagrante". Como esses exemplos bem demonstram, se presunções podem ter diferentes foças e orientações, podem também ser utilizadas tanto por cortes "ativistas"[10] quanto por juízes que praticam a "deferência" ou "autocontenção"[11]. Parece mais correto dizer, por isso, que presunções buscam delimitar o escopo da atuação judicial, e não se relacionam necessariamente com a deferência.

---

[7] Ver capítulo 2 para maiores desenvolvimentos.

[8] Ver tópico 2.3 para exposição de diferentes usos das presunções sobre a constitucionalidade em trabalhos doutrinários.

[9] Ver THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, v. VII, n. 3, 1893 e tópico 2.3.1.

[10] Ver, por exemplo, uso das presunções pela Era Lochner e Corte Warren, nos tópicos 2.2.4 e 2.2.6.1.

[11] Ver, por exemplo, uso das presunções antes de *Marbury vs. Madison*, no tópico 2.2.2.

Apesar disso tudo, é curioso notar que quase nenhum trabalho buscou uma análise conceitual profunda das presunções sobre a constitucionalidade[12]. Em verdade, muitos conceitos doutrinários ainda insistem na relação das presunções com a "regra da inconstitucionalidade flagrante", afirmando que "toda presunção é pela constitucionalidade da lei e toda dúvida razoável deve resolver-se em favor dela"[13]. É por isso e diante desse complexo contexto que o presente estudo pretende conceituar as presunções sobre a constitucionalidade e verificar qual suas funções no controle de constitucionalidade.

1.2 Objetivo de pesquisa: construção de um conceito comum a todos os sistemas constitucionais

A presunção de constitucionalidade aparece elencada, na jurisprudência e na doutrina constitucional, entre os postulados fundamentais do controle de constitucionalidade em boa parte dos sistemas constitucionais ocidentais, geralmente no contexto das limitações ao exercício judicial desse poder[14]. Trata-se de figura absolutamente tradicional que, desde o início do século XIX, se dissemina pelo mundo e, embora menos citada hoje do que outrora, resiste à crescente complexização do controle de constitucionalidade. Nesse sentido, "na grande maioria dos Estados democráticos do mundo vige o princípio da presunção de constitucionalidade da lei(...). As normas de nível legislativo estão, portanto, assistidas dessa presunção"[15].

---

[12] O esforço mais sistemático é de COMELLA, Victor Ferreres. **Justicia Constitucional y democracia**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

[13] BITTENCOURT, Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.** Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 1968, p. 82.

[14] Apenas exemplificativamente: no Brasil, ver BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2010, p. 301; na Espanha, ver COMELLA, Victor Ferreres. **Justicia constitucional y democracia**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; nos Estados Unidos, ver Capítulo 2; na Índia, ver decisão da Suprema Corte em *Namit Sharmia v. Union of India*, 2012 ("A base de julgar (…) deveria ser a) que existe uma presunção de constitucionalidade; b) que o ônus de prova pertence àquele que peticiona e questiona a constitucionalidade das provisões". No original: "The basis of judging (...) should be a) there is a presumption of constitutionality; b) the burden of proof is upon the writ petitioners, the person questioning the constitutionality of the provisions");

[15] CARBONELL, Miguel. ¿Son Constitucionales las Iniciativas del Presidente?, **Metapolítica**, n. 60, 2008, p. 73 *apud* GARCÍA-MANSILLA, Manuel José. ¿Presunción de constitucionalidad o presunción de libertad? Un análisis desde el artículo 33 de la constitución nacional. **Anales de**

Como se verá, as presunções sobre a constitucionalidade atendem a necessidades de todos os sistemas constitucionais que praticam o controle de constitucionalidade, quais sejam, de adotar um instrumento que informe qual o grau de certeza necessário para considerar uma lei constitucional ou inconstitucional e de informar como decidir diante da possibilidade de indeterminação, além de distribuir, em alguns casos, o ônus de prova entre os litigantes. Assim, a questão transborda as fronteiras jurídicas de um ou outro ordenamento, demandando um tratamento mais amplo que vise discernir o papel das presunções no controle de constitucionalidade de modo geral.

Diante disso, faz-se necessário buscar um conceito comum a todos os sistemas constitucionais, que abstraia tanto quanto possível as diferentes peculiaridades de cada ordenamento. Objetiva-se, enfim, *a construção de um conceito das presunções sobre a constitucionalidade no nível da Teoria Geral do Direito Constitucional*. As considerações aqui tecidas, portanto, tem a pretensão de aplicar-se a todos sistemas constitucionais que praticam o controle de constitucionalidade.

1.3 Recortes de pesquisa

1.3.1 Presunções "sobre" a constitucionalidade das leis

Muito embora a doutrina mais tradicional reconheça apenas uma presunção de *constitucionalidade*, não raro ouve-se também falar numa presunção de *inconstitucionalidade*[16], especialmente no contexto de leis que interferem em direitos fundamentais. Como se trata, na verdade, de dois lados de uma mesma moeda, propõe-se o estudo das "presunções *sobre* a constitucionalidade": com isso, indica-se apenas que essas presunções dizem respeito à compatibilidade da lei com

---

la academia nacional de ciencias morales y políticas, 2014, p. 8. No original: "en la gran mayoría de los Estados democráticos del mundo rige el principio de presunción de constitucionalidad de la ley. […] Las normas de rango legislativo están, por tanto, asistidas de esa presunción. Esto significa que a quien le incumbe la carga de la prueba es a quienes sostienen la inconstitucionalidad y no al revés".

[16] Ver análise de COMELLA, Victor Ferreres. **Justicia Constitucional y democracia**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionalies, 1997. Para outros exemplos, em especial na jurisprudência e doutrina dos EUA, ver capítulo 2.

a Constituição, podendo essa compatibilidade ser positiva (constitucionalidade) ou negativa (inconstitucionalidade)[17].

Essa substituição, aliás, tem razões mais profundas de ser. Restringir, conceitualmente, as presunções a uma presunção de constitucionalidade pode não ser aconselhável diante da variedade de sistemas constitucionais hoje em vigor. Sim, porque é teoricamente possível que certas Constituições exijam uma postura mais ativa dos juízes e que, nesses casos, seja necessário presumir a inconstitucionalidade das leis[18], deslocando o ônus de prova da constitucionalidade para o Estado[19]. Aliás, algumas Cortes – como a própria Suprema Corte dos Estados Unidos – já reconhece em alguns casos uma presunção de inconstitucionalidade.

Daí porque, no afã de construir um conceito comum a todos os sistemas constitucionais (ou pertencente à Teoria Geral do Direito Constitucional), torna-se necessário ampliar a expressão mais tradicional, substituindo-a pela expressão "presunções *sobre* a constitucionalidade".

1.3.2 Dois sentidos de presunção de constitucionalidade: entre a vedação ao descumprimento de lei não declarada inconstitucional e a regulação da atuação judicial

A presunção de constitucionalidade admite, na doutrina em especial, dois significados diversos: no primeiro sentido, a presunção de constitucionalidade estabelece uma vedação ao descumprimento de leis enquanto não declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário; no segundo sentido, a presunção de constitucionalidade (e às vezes de inconstitucionalidade) busca regular a atuação judicial, estabelecendo

---

[17] Ainda assim, optou-se por manter o título do trabalho como "presunção de constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis", dado que são esses os termos tradicionalmente utilizados. Uma modificação muito expressiva aqui poderia prejudicar a indexação do trabalho e dificultar seu acesso.

[18] Ver exemplos no capítulo 2.

[19] Ver, por exemplo, construção teórica de Randy Barnett sobre a Constituição dos EUA (BARNETT, Randy. **Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2004).

critérios para a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

Quanto ao primeiro sentido, a antecipação da constitucionalidade tem relação com a *exigibilidade* da lei. A lei não pode, em síntese, ser descumprida por mera suspeita de inconstitucionalidade, razão pela qual ninguém se escusa observância da mesma até que declarada inconstitucional por um juiz constitucional[20]. A partir do momento, no entanto, em que um juiz declara a inconstitucionalidade da lei e estende a essa decisão os efeitos da nulidade ou anulabilidade, a presunção é superada e a lei se torna inexigível (ao menos em relação aos alcançados pela decisão) por razões de inconstitucionalidade.

Não obstante a evidente importância desse primeiro sentido de "presunção", o presente trabalho pretende a exploração do segundo sentido de presunções sobre a constitucionalidade, isto é, como instrumental que regula a atuação dos juízes quando da análise da constitucionalidade.

Aliás, tratar essas duas "presunções" sob uma mesma expressão é enormemente prejudicial à compreensão e desenvolvimento dos dois temas: além de frequentes confusões, é comum não ser possível identificar exatamente qual sentido de "presunção de constitucionalidade" está sendo utilizado quando da menção do termo em trabalhos acadêmicos e decisões judiciais.

Esse imbróglio conceitual se faz sentir, especialmente, quando se busca discernir quais prescrições – supostamente atribuídas a uma "presunção de constitucionalidade" – derivam do primeiro sentido e quais derivam do segundo. Para os fins do presente trabalho, bastará elencar aquelas prescrições que tem relação com o segundo sentido e que serão objeto da dissertação, quais sejam: os padrões de prova da constitucionalidade e inconstitucionalidade (tais como a regra da inconstitucionalidade manifesta), as prescrições de soluções de dúvidas sobre a constitucionalidade (*in dubio pro legislatore* e *in dubio pro*

---

[20] Cf. por todos, BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 301.

libertate) e a distribuição do ônus de prova ou argumentação entre os litigantes constitucionais.

1.3.3 Presunção de constitucionalidade das leis e presunção de validade dos demais atos estatais

O presente objeto de estudo se insere, ademais, no âmbito das investigações da presunção de validade dos atos estatais. Afinal, a presunção de constitucionalidade não deixa de ser a presunção de validade de um tipo de ato estatal (a lei). No entanto, pretende-se, aqui, apenas a análise da presunção de constitucionalidade (ou compatibilidade com a Constituição) das leis (em sentido estrito, ou seja, enquanto ato emanado do Poder Legislativo com características de generalidade e abstração).

Esse recorte se justifica por considerações de ordem prática. Como adiante ficará claro, não há, a rigor, diferenças significativas entre as presunções sobre a constitucionalidade e outras presunções no Direito[21] – elas servem ao mesmo propósito e apresentam as mesmas características. No entanto, ao invés de explorar todo o grande universo de presunções aplicadas no Direito – tarefa essa, aliás, pouco produtiva – reduziu-se o escopo do trabalho às presunções sobre a constitucionalidade de modo a melhor compreender sua função no controle de constitucionalidade.

Também existem razões mais específicas para estudar apenas as presunções sobre a constitucionalidade. Em primeiro lugar, sofrem críticas específicas que devem ser individualmente avaliadas[22]. Em segundo lugar, apesar de um rico e complexo desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário, poucos trabalhos até aqui efetivamente mergulharam numa análise conceitual profunda das presunções sobre a constitucionalidade, buscando pontuar suas principais características e apartá-la de outros institutos jurídicos. Daí porque parece imprescindível um olhar focado especificamente nelas.

---

[21] Ver capítulo 3, em que se explora a relação entre presunções e as presunções sobre a constitucionalidade.
[22] *Idem.*

De toda forma, ainda que se trate de um tópico específico dentro do estudo maior das presunções em geral e das presunções de validade dos atos estatais, as presunções sobre a constitucionalidade parecem especialmente importantes porque impactam centralmente o princípio democrático, a separação de poderes e os limites da atuação judicial, razão que por si só justifica um exame particularizado.

1.3.4 Aspectos subjetivos das presunções sobre a constitucionalidade das leis

Estudos das presunções sobre a constitucionalidade estão geralmente atrelados ao Poder Judiciário. No entanto, como se verá, as presunções são necessárias sempre que uma decisão sobre a constitucionalidade da lei deve ser tomada, seja quem for o responsável por essa decisão (juízes, administradores, legisladores, etc.)[23]. Não se trata de instrumental exclusivamente disponível, portanto, aos juízes constitucionais.

Isso porque, como se pretende demonstrar adiante[24], a presunção fornece dois elementos centrais para a decisão sobre a constitucionalidade: estabelece um padrão de prova e, em casos de possível indeterminação, uma regra de decisão[25]. Em outros termos, ela desempenha o crucial e necessário papel de dizer quão fortes precisam ser os argumentos para que a inconstitucionalidade (no caso de uma presunção de constitucionalidade) ou constitucionalidade (no caso de uma presunção de inconstitucionalidade) possam ser comprovadas e permitem uma decisão caso não seja possível essa comprovação.

Todavia, a presunção que cada um desses intérpretes aplica pode ser diferente, a depender da teoria de base sobre como cada um desses atores deve decidir sobre a constitucionalidade. O grau de certeza da constitucionalidade que o legislador precisa ter não é

---

[23] Dado que a presunção atende a uma necessidade epistemológica do processo de comprovação da constitucionalidade, qualquer órgão ou mesmo pessoa que se dispor a comprovar a constitucionalidade de uma norma deve adotar uma presunção. Ver mais a respeito no capítulo 4.
[24] Ver capítulo 4.
[25] *Idem.*

necessariamente o mesmo que os juízes, e assim por diante[26]. Mas o que muda, nesse caso, é *qual* a presunção aplicável, e não *se* uma presunção é aplicável, ou seja, em ambos a presunções figura como elemento central do controle de constitucionalidade.

Essa distinção é relevante e impacta profundamente o controle de constitucionalidade pelos diferentes intérpretes constitucionais. Contudo, para fins de clareza de exposição principalmente, utiliza-se ao longo do trabalho os juízes constitucionais como *locus* de aplicação dessas presunções. Além de viabilizar o aspecto empírico do trabalho, essa perspectiva é vantajosa porque se insere num espaço onde é mais comum exigir-se (pelo menos por parte de juristas) certo rigor argumentativo. Mas é certo que a análise poderia (e deveria) se estender também para os demais atores responsáveis por decidir sobre a constitucionalidade.

1.4 Pressupostos do trabalho

O presente trabalho adota apenas dois pressupostos: alguma forma de separação de poderes e a possibilidade da declaração judicial de inconstitucionalidade. O conceito geral aqui construído, portanto, tem a pretensão de aplicar-se a qualquer ordenamento constitucional que autoriza o controle de constitucionalidade por juízes constitucionais e que distribui minimamente as funções de legislar e julgar entre diferentes órgãos. São pressupostos de fato bastante amplos, mas que não podem ser detalhados sob pena de deslocar o trabalho do âmbito da teoria geral do direito constitucional.

1.5 Metodologia

A presente dissertação utiliza de uma metodologia de análise conceitual, na medida em que pretende descrever as características fundamentais das presunções sobre a constitucionalidade e sua relação com outros institutos jurídicos[27]. Com isso, "quando analisamos um

[26] Ver especialmente as considerações de James Bradley Thayer, detalhadas no tópico 2.3.1.

[27] Nesse sentido, a pesquisa de análise conceitual pode ser descrita como "uma atividade na qual conceitos, suas características e relações com outros conceitos são esclarecidos". NUOPPONEN,

conceito, nós o desmembramos em constituintes mais simples de modo a mostrar sua estrutura lógica e dar a ela uma explicação de seu conteúdo que transcende, mas incorpora, seu sentido léxico ordinário"[28].

No específico caso das presunções sobre a constitucionalidade, a pesquisa conceitual justifica-se se não só pela utilidade de classificação e esclarecimento do conceito[29], mas também em razão da complexidade da técnica e o desconhecimento quase geral sobre suas particularidades.

Nesse sentido, com a delimitação do objeto, uma das melhores formas de prosseguir com a conceituação é investigando de que formas o termo estudado é empregado no ramo em que se insere. Trata-se do *aspecto empírico*[30] em que se baseiam as análises conceituais, que permite "teorizar a respeito de diferentes visões, buscando identificar compromissos filosóficos que elas implicam ou pressupõe, bem como princípios mais gerais que as explicam"[31]. Para tanto, dois foram os recortes de pesquisa dessa primeira etapa: em primeiro lugar, examinou-se como as presunções foram e são utilizadas pelo Poder Judiciário estadunidense, com foco especial na sua Suprema Corte. Esse enfoque se justifica na medida em que é nos EUA que se sugere e

---

Anita. Methods of concept analysis – a comparative study, **LSP Journal**, Vol.1, No.1, 2010, p. 4. No original: "as an activity where concepts, their characteristics and relations to other concepts are clarified". Ver, também, HIMMA, Kenneth Eimar. Conceptual Jurisprudence: An Introduction to Conceptual Analysis and Methodology in Legal Theory, **Revus**, vol. 26, 2015, p. 66. No original:"General, or conceptual jurisprudence is concerned with giving what is called a 'conceptual analysis' of core legal concepts; that is, conceptual jurisprudence is concerned with *explicating the core concepts of our legal practices, including the interrelations among them*" (grifou-se).

[28] HIMMA, Kenneth Eimar. *Op. cit.* p. 47. No original: "The idea is that when we analyze a concept, we break it down into simpler constituents so as to display its logical structure and give an explanation of its content that transcends, but incorporates, its ordinary lexical meaning – an idea that is quite common historically".

[29] HIMMA, Kenneth Eimar. *Op. cit.* p. 67.

[30] SCHAUER, Frederick. "(Re)taking Hart. **Harvard Law Review**, 2006, p. 119: "a análise conceitual (…) inevitavelmente se baseia em parte em observações empíricas". No original: "Conceptual analysis(...) inevitably rests at least in part on empirical observation".

[31] HIMMA, Kenneth Eimar. *Op. cit*, p. 70. No original: "attempts to theorize these views by identifying deeper philosophical commitments they imply or presuppose, as well as more general principles that explain them". É exatamente nesta media, inclusive, que a ciência da lexicografia se diferencia da análise conceitual.

aplica, pela primeira vez, uma "presunção de constitucionalidade das leis". Também, é na Corte Suprema que essa presunção passa por significativas transformações, modificando decisivamente algumas de suas características mais marcantes.

Em segundo lugar, estudou-se as diferentes aplicações de presunções sobre a constitucionalidade em obras doutrinárias específicas. Escolheu-se obras conhecidas por utilizarem especificamente das presunções para regulação dos juízes no controle de constitucionalidade. Destacam-se, nesse âmbito, os trabalhos de James Bradley Thayer e Randy Barnett.

Depois disso tudo, foi possível enxergar os pontos que ligam todas essas diferentes presunções, de modo a propor então um conceito, próprio da teoria geral, para as "presunções sobre a constitucionalidade". Nesse sentido, primeiro estudou-se o conceito de "presunções" na expressão "presunções sobre a constitucionalidade" para verificar se o termo é empregado de forma semelhantes em outras áreas do direito. Visto que, diferentemente do que se pensa, as presunções sobre a constitucionalidade são presunções jurídicas como quaisquer outras, as funções que cumprem são também as mesmas. Assim, investigou-se as funções das presunções em geral e como essas funções poderiam ser transpostas para o controle de constitucionalidade.

1.6 Desenvolvimento do trabalho

O presente trabalho é fruto de longo processo de investigação, que se inicia ainda na Iniciação Científica, realizada no âmbito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP, financiada pela FAPESP[32]). Naquele projeto, intitulado "O escrutínio estrito e a possibilidade de sua aplicação no Brasil: graduando o princípio da presunção de constitucionalidade", a pesquisa buscava, a partir de uma perspectiva comparada, entender as diferenças entre o tratamento do tema pelo Brasil e pelos EUA.

[32] Processo n. 2014/27356-2, Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

Essa primeira etapa, embora bastante preliminar, foi essencial, sobretudo para o diagnóstico geral (que é confirmada por este trabalho) de que a presunção de constitucionalidade merece maiores desenvolvimentos conceituais. Despertou, assim, para a necessidade de estudos mais aprofundados e contextualizados do tema.

Por oportunidade do ingresso no Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP, também financiada pela FAPESP[33]), agora sob orientação do Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Jr., teve-se ocasião de enfrentar a presunção de constitucionalidade de uma perspectiva mais abstrata, ampla e sistemática - enquanto conceito da Teoria Geral do Direito Constitucional - sendo também mais abrangentes as perguntas de pesquisas em relação ao trabalho realizado anteriormente. Trata-se de projeto realizado em diferentes instituições e que contou com a colaboração de muitos amigos e colegas que se dedicam ao estudo do direito constitucional.

[33] Processo n. 2017/07907-2, Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

CAPÍTULO 2 – TRANFORMAÇÕES E APLICAÇÕES DAS PRESUNÇÕES SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE

2.1 Introdução

Para compreender a abrangência e flexibilidade das presunções sobre a constitucionalidade, bem como sua função no âmbito da verificação da constitucionalidade, é valioso, antes de tudo, verificar de que forma o instituto foi e é utilizado (ou aspecto empírico das pesquisas conceituais). Como se verá, essas presunções são empregadas com diferentes orientações (constitucionalidade e inconstitucionalidade) e níveis (fraco, médio, forte) a depender da intensidade da atuação judicial desejada.

Esse capítulo, dessa forma, pretende descrever algumas diferentes aplicações das presunções, ainda que de forma breve, de modo a buscar compreender qual a abrangência do instituto, bem como quais suas funções no âmbito do controle de constitucionalidade. Ao final, as conclusões gerais serão apresentadas e servirão de base para os capítulos que seguem[34].

Como já se observou na metodologia, optou-se por uma análise mais detida dessas presunções no âmbito dos EUA, especialmente na jurisprudência e em algumas obras doutrinárias específicas. A escolha de olhar para o norte se fez necessária não em razão de qualquer submissão intelectual ou sincretismo, mas por que é nesse âmbito que as presunções foram mais bem desenvolvidas. Adiante, as especificidades do sistema norte-americano serão abstraídas para que o instituto possa ser situado no âmbito da teoria geral do direito constitucional.

[34] As conclusões desse estudo histórico, direcionado especificamente para possibilitar a conceituação das presunções sobre a constitucionalidade, podem ser acessadas diretamente no tópico 2.4.

2.2 Transformações das presunções sobre a constitucionalidade na jurisprudência dos EUA

2.2.1 O modelo de Hamilton e o germe da presunção de constitucionalidade

Na constituinte da norte-americana de 1787, Alexander Hamilton, um dos pais fundadores da constituição, figurava entre os mais proeminentes defensores do controle judicial de constitucionalidade das leis. Por meio de artigos publicados em jornais de grande circulação da época (depois consolidados e republicados na coleção "The Federalist", mais tarde denominada "Federalist Papers"), estressou a importância da atuação judicial na defesa de uma "Constituição (...) que contém certas exceções específicas à autoridade legislativa"[35], dado que "limitações desse tipo apenas podem, na prática, ser preservadas por meios das cortes de justiça"[36].

No entanto, Hamilton enfrentava duras críticas, as quais argumentavam que a vontade dos juízes, na presença do *judicial review*, se sobreporia às vontades dos legisladores e, portanto, do povo, desvirtuando a própria democracia. Para delas escapar, condicionou a declaração de inconstitucionalidade à existência de "atos contrários ao *manifesto teor* da Constituição"[37], ou à "*oposição evidente*"[38] entre a Constituição e as leis[39].

---

[35] HAMILTON, Alexander. **Federalist Papers**. n. 78. No original: "One which contains certain specified exceptions to the legislative authority".

[36] *Id*. No original: "Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of courts of justice".

[37] *Ibid*. No original: "declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void".

[38] HAMILTON, Alexander. **Federalist Papers**, n. 81, grifou-se. No original: "evident opposition".

[39] É importante ressalvar, contudo, que existe divergência a respeito da amplitude concedida ao Poder Judiciário nessas passagens. Para Wright, por exemplo, "sob essa passagem (...) cortes se tornam os porta-vozes das 'intenções do povo', e o Congresso e Presidente são sempre reduzidos à condição de potenciais inimigos da Constituição" (WRIGHT, Benjamin F. **The Growth of American Constitutional Law**, Chicago: University of Chicago Press, 1942, p. 25). Já Christopher Wolfe considera que, na fórmula de Hamilton, "o controle de constitucionalidade não é concebido como o poder dos juízes de escolher entre diferentes interpretações da Constituição e impor uma certa visão nos legisladores (...) é o poder de declarar inconstitucionais leis que claramente violam a Constituição" (WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review**, New York: Basic Books, 1986).

O padrão defendido por Hamilton é apontado, por muitos autores, como o germe da presunção de constitucionalidade[40]. Afinal, trata-se de uma espécie de padrão de prova (ou nível de certeza) estabelecido aprioristicamente, como é exatamente o caso das presunções sobre a constitucionalidade. Ademais, a doutrina é similar (mas não idêntica[41]) à de James Bradley Thayer[42], que adiante vem adiante a representar a primeira fórmula doutrinária da presunção de constitucionalidade.

Assim, a presunção de constitucionalidade é pelo menos tão antiga quanto a própria constituição norte-americana – e, talvez por isso, figure dentre os princípios mais fundamentais do constitucionalismo clássico. Desde que se imaginou entregar esse poder para os juízes que se concebe a presença de uma presunção que favorece a lei e os legisladores, limitando o poder judicial de fiscalização.

2.2.2 O controle de constitucionalidade antes de Marbury v. Madison

Antes da Suprema Corte reconhecer definitivamente, em *Marbury v. Madison*, o controle judicial de constitucionalidade das leis[43], muitas cortes inferiores e estaduais já proclamavam que esse poder lhes era concedido sob as respectivas Constituições estaduais. A possibilidade de se exercer judicialmente esse controle começa a se disseminar no final do século XVIII e, na passagem para o século XIX, "já estava em todos os lugares estabelecido"[44].

No entanto, "a afirmação do poder judicial de controlar a constitucionalidade dos atos editados pelos poderes públicos teve

---

[40] Ver GIBBONS, Andrew F. Hessick, Rethinking the Presumption of Constitutionality? **Notre Dame Law Review**, vol. 85, 2010, p. 5 e GABIN, Sanford Byron. Judicial Review, James Bradley Thayer, and the "Reasonable Doubt" Test. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, v. 3, 1976, p. 965.

[41] Diferentemente do padrão de Hamilton, Thayer não concedia uma presunção de constitucionalidade às leis estaduais.

[42] THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, v. VII, n. 3, 1893.

[43] *Marbury v. Madison* marca o primeiro caso em que a Suprema Corte efetivamente negou aplicação de uma lei, aplicando diretamente a Constituição. Não obstante, já havia, em alguns outros casos, analisado a constitucionalidade de leis.

[44] THAYER, James Bradley. *Op. cit*, p. 134.

como efeito a construção e a imposição de restrições ao seu exercício"[45]. É de se relembrar, aliás, que a autoproclamação do controle de constitucionalidade foi primeiro visto como um "ato quase revolucionário"[46], o que acarretou, naturalmente, a criação de uma série de barreiras à atuação judicial, de modo a amenizar preocupações relativas à criação de um "governo de juízes". Nesse sentido, para permitir a superação da "supremacia legislativa", foi necessária a criação de um "controle de constitucionalidade moderado"[47], que enfatizava a deferência aos atos legislativos[48].

Surgiu, nesse contexto, a orientação de que a inconstitucionalidade apenas poderia ser apontada quando se manifestasse de forma "clara", "evidente" ou "flagrante"[49], de modo que qualquer dúvida, por menor que fosse, militava em favor da constitucionalidade[50]. Estabeleceu-se uma regra de deferência judicial generalizada, que "presumia a constitucionalidade das leis".

Com efeito, sedimentava-se no Poder Judiciário uma regra que apenas permitia a pronuncia de nulidade das leis com base na constituição nos casos em que a incompatibilidade hierárquica se constatasse de modo patente. Como esse era o único padrão que

---

[45] LEAL, Roger Stiefelmann. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 27.

[46] SNOWISS, Sylvia. **Judicial Review and the Law of the Constitution**, New Haven: Yale University Press, 1990, p. 74.

[47] O termo é de WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review**, New York: Basic Books, 1986, p. 101-106.

[48] WOLFE, Christopher. *Op. cit*, p. 101-106.

[49] A regra da inconstitucionalidade flagrante, todavia, foi também criticada pelos opositores do *judicial review*. John Gibson, na sua conhecida defesa da supremacia legislativa em *Eakin vs. Raub*, argumentava que "a existência abstrata de um poder não pode depender da clareza ou obscuridade do caso em que é exercitado" (*Eakin vs. Raub*, voto divergente do Justice John Gibson, Suprema Corte da Pensilvânia).

[50] Ver, nesse sentido, SNOWISS, Sylvia. *Op. cit.* ("a ausência de um controle de constitucionalidade ativo refletia a compreensão de que esse poder estava confinado a atos evidentemente inconstitucionais"); WOOD, Gordon. The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less. **Washington and Lee Law Review**, vol. 55, n. 3, p. 798; ("[o poder de controle] não poderia ser exercido em casos de inconstitucionalidade duvidosa"); CURRIE, David. **The Constitution in the Supreme Court: The First Hundred Years, 1789-1888**. New Haven: Yale University Press, 1985, p. 20-23. ("um duradouro princípio de construção constitucional se estabeleceu antes de 1801: casos duvidosos eram resolvidos em favor da constitucionalidade); WOLFE, Christopher. *Op. cit*, p. 104 ("o controle de constitucionalidade não deveria ser exercido num 'caso duvidoso'").

deveria ser empregado por juízes constitucionais, o uso das presunções sobre a constitucionalidade nesse período se restringiu à aplicação de uma presunção forte de constitucionalidade, que sempre (i) impunha o ônus de prova àquele que buscava a inconstitucionalidade, e (ii) apenas permitia a declaração de nulidade nos casos em que a incompatibilidade constitucional fosse demonstrada para "além de qualquer dúvida razoável" (adotou-se, portanto, a "regra da inconstitucionalidade flagrante").

2.2.3 O início do controle de constitucionalidade da Suprema Corte (1803-1895) e a presunção forte de constitucionalidade

Em 1803, por oportunidade do caso *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte pela primeira vez pronunciou uma lei nula em razão de sua incompatibilidade com a constituição. Em raciocínio que funda inicialmente o *judicial review* norte-americano, o *Chief Justice* Marshall enfatizava, resumidamente, que:

> "(1) Cortes devem decidir os casos que lhe são submetidos conforme a lei; (2) a Constituição é a lei suprema, hierarquicamente superior a todas as outras fontes potenciais do Direito, inclusive as leis; portanto (3) é o dever das cortes decidir casos conforme a Constituição, concedendo a ela preferência hierárquica em relação a todas as outras fontes potenciais do Direito, inclusive as leis"[51].

Nos anos que seguiram *Marbury*, a Suprema Corte exerceu poucas vezes o controle constitucionalidade. Nessa primeira fase, os *Justices* não conheciam da questão constitucional na maioria dos casos, lançando mão da "doutrina das questões políticas"[52] para justificar a impossibilidade de sua interferência. Trata-se de uma visão "departamentalista", que buscava separar rigorosamente as funções de cada "departamento" (ou poder) do Estado. Nesta esteira, o controle de

---

[51] LAWSON, Gary. Thayer versus Marshall. **Northwestern University Law Review**, vol. 88, n. 1, 1993, p. 222. No original: "(...) (1) the duty of the courts is to decide cases in accordance with the law; (2) the Constitution is the supreme law, hierarchically superior to all other potential sources of law, including statutes; therefore, (3) it is the duty of courts to decide cases in accordance with the Constitution in hierarchical preference to all other potential sources of law, including statutes".

[52] Sobre a doutrina das questões políticas, cf., por todos, RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2015, p. 145-154.

constitucionalidade era concebido como função estritamente judicial, de modo a apartá-la da função legislativa que pertencia exclusivamente aos legisladores[53]. A Corte exercia sua deferência, assim, ao não analisar muitas das questões constitucionais que lhe eram submetidas, afirmando que tais áreas de atuação estatal estavam fora do alcance judicial.

Quando a Suprema Corte entendia, no entanto, que seria possível o controle (isto é, que a análise da lei naquela situação poderia ser enquadrada como atividade "judicial"), *reiterava a necessidade de presumir a constitucionalidade das leis*. Com essa presunção, afirmava (i) que apenas seria possível negar aplicação à lei em casos extremos, isto é, nos casos "claros" ou "inequívocos", em que não subsistiria qualquer dúvida sobre a inconstitucionalidade da lei[54] e, (ii) que em caso de dúvida, não seria possível a declaração de inconstitucionalidade.

Para citar apenas alguns exemplos, em *Fletcher v. Peck*, Marshall enfatizou que, para declarar inconstitucional um ato das legislaturas estaduais, "a oposição entre a Constituição e a lei deve ser tal que o juiz sinta uma forte convicção de sua incompatibilidade", de modo que em casos duvidosos a Corte não deve exercer esse poder[55]. Em *Brown v. Maryland*, Marshall afirmou também que "a presunção corre em favor de todo ato legislativo"[56]. Ademais, ainda em 1796 no caso *Hylton v. United States*, o *Justice* Chase escreveu que se "apenas

---

[53] THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, v. VII, n. 3, 189.

[54] Bem resume a orientação Jeffery Shaman: "In keeping with the Court's general reluctance to face constitutional questions, the Supreme Court also has developed another doctrine that has had a history of utmost significance to constitutional law: the Rule of Reasonableness. According to the Rule of Reasonableness the Court must hold a presumption of constitutionality of any law 'until its violation of the Constitution is proved beyond all reasonable doubt', or until it is shown that the legislators 'not merely made a mistake but have made a very clear one – so clear that it is not open to rational question'. This credo has been stated in various terms, all of which boil down to the same thing: the Court should not strike down legislation unless the legislation is shown 'beyond doubt' to be 'clearly' or 'totally' 'mistaken', 'capricious', 'irrational', or 'unreasonable'". SHAMAN, Jeffery, Cracks In the Structure: The Coming Breakdown of Levels of Scrutiny. **Ohio State Law Journal**, v. 45, 1984, p. 156-157. Como se pode ver, aliás, a regra da inconstitucionalidade manifesta é por vezes denominada de "razoabilidade".

[55] *Fletcher v. Peck*, 1810. No original: "(…) the opposition between the constitution and the law is such that the judge feels a clear and strong conviction of their incompatibility with each other".

[56] *Brown v. Maryland*, 1827. No original: "the presumption is in favour of every legislative act".

duvidasse" da constitucionalidade da lei, essa dúvida seria suficiente para "receber a construção do Legislativo"[57]. No conhecido caso *Ogden v. Saunders,* o *Justice* Patterson também delineou que para a "Corte pronunciar uma lei nula, deve haver uma clara e inequívoca violação da Constituição, e não uma aplicação duvidosa"[58]. No mesmo caso, o *Justice* Bushrod Washington defendeu que a inconstitucionalidade deve ser clara "para além de qualquer dúvida razoável"[59]-[60].

Ainda que a aplicação dessa orientação tenha sido bastante inconsistente[61], o discurso legitimador da própria Suprema Corte nessa fase se caracteriza pela necessidade de não sobrepor a interpretação judicial à legislativa, confinando a atuação dos juízes aos casos em que a inconstitucionalidade se manifesta de modo flagrante, isto é, quando puder ser constatada "para além de qualquer dúvida razoável". O tom dessa etapa inicial, portanto, é de alta deferência judicial, a partir da constante reafirmação de uma presunção de constitucionalidade.

2.2.4 A presunção de inconstitucionalidade das intervenções estatais no mercado (1897-1937)

A primeira virada ativista da Suprema Corte norte-americana vem na chamada "*Era Lochner*". Durante esse período, que se estabelece entre os anos 1897 e 1937[62], a Corte[63] invalidou diversas leis

---

[57] Suprema Corte dos Estados Unidos, *Hilton v. United States*, 1796, *apud* HESSICK, Andrew. *Rethinking the Presumption of Constitutionality*. **Notre Dame Law Review**, p. 1457. No original: "Justice Chase similarly stated that 'if [he] only doubted' whether a law was constitutional, that doubt would be reason for him to 'receive the construction of the Legislature'".

[58] Suprema Corte dos Estados Unidos, *Ogden v. Saunders*, 1827.

[59] Suprema Corte dos Estados Unidos, *Ogden v. Saunders*, 1827.

[60] Ver muitos outros casos, com transcrições originais, em HESSICK, Andrew. *Op. cit*, p. 1457-1458 e nota 48.

[61] SHAMAN, Jeffery. Cracks In the Structure: The Coming Breakdown of Levels of Scrutiny. **Ohio State Law Journal**, v. 45, 1984 (caracterizando a presunção, nessa época, como um "mecanismo retórico").

[62] O marco inicial da Era Lochner é em geral atribuído a *Allgeyer v. Louisiana*, 1897, e seu ponto final é reconhecido em *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 1937.

[63] O *Justice* Oliver Wendell Holmes Jr., destoando em relação à maioria da Corte, constantemente reafirmava sua oposição ao uso do devido processo legal para imposição de uma doutrina econômica na América. Para ele "quando um homem razoável pode considerar constitucional uma lei dentro do entendimento tradicional de direitos fundamentais, juízes devem ser deferentes com o legislativo" (WOLFE, Christopher**. The Rise of Modern Judicial Review**, New York: Basic Books, 1986, p. 161), repetindo o que parece ser uma versão da "regra da

estaduais e federais concernentes à regulação do mercado, com base na cláusula do devido processo legal constante na 14ª Emenda à Constituição dos EUA, de 1868[64].

O período se caracteriza, em resumo, "por uma resistência judicial ao Estado regulador, redistributivo, e ativista"[65], de modo a construir uma jurisprudência precipuamente preocupada com a proteção da propriedade privada. Como esclarece Wolfe, o "devido processo veio a ser entendido durante esse período como uma garantia geral contra a privação da vida, liberdade e propriedade", sendo que "a Corte considerava que a principal forma de tal arbitrariedade legislativa era a privação de propriedade sem o devido processo legal, que se estabelecia pela crescente regulação econômica do período"[66].

A decisão mais marcante desse período de intervencionismo da Suprema Corte é *Lochner v. New York*, na qual se questionava a constitucionalidade de uma lei que limitava as horas de trabalho de funcionários de padarias a sessenta horas por semana e dez horas por dia. Embora a Suprema Corte reconhecesse a legitimidade jurídica dos estados de impor leis que beneficiassem a saúde da população, nesse caso os juízes entenderam que não havia uma relação suficientemente forte entre o número de horas trabalhadas e a saúde dos padeiros[67] (tratou-se de uma análise de meios e fins, portanto). Além de *Lochner*, "incorporando a política econômica atrasada do lassaiz-faire à

---

inconstitucionalidade flagrante". Como sugere também Wolfe, "embora não tenha tido muito sucesso na Corte, ele [Wendell Holmes Jr.] estava tendo uma profunda influência nos profissionais do direito. Juristas como Benjamin Cardozo e Felix Frankfurter formam parte da geração de advogados treinados em escolas em que a influência de Holmes era profunda".

[64] SHAMAN, Jeffery. Cracks In the Structure: The Coming Breakdown of Levels of Scrutiny. **Ohio State Law Journal**, v. 45, 1984.

[65] CHOUDRY, Sujit. The Lochner Era and Comparative Constitutionalism, **International Journal of Constitutional Law**, 2015, p. 131. No original: "by a judicial resistance to the regulatory, redistributive, and activist state the likes of which the American constitutional system has not since seen".

[66] WOLFE, Christopher. *Op. cit*. 119. No original: "Due process came during this period to be thought os as a judicially enforceable guarantee against 'arbitrary' deprivation of life, liberty and property. The chief form of such arbitrary legislation, the court thought, was deprivation of property without due process, that took the form of the increasing economic or business regulation of the period".

[67] Comentando especificamente a decisão de Lochner v. New York e o estabelecimento de padrões de prova gerados por presunções, ver GASKINS, Richard H. **Burdens of Proof in Modern Discourse**, New York: Yale University Press, 1992, p. 70.

cláusula do devido processo, a Corte invalidou muitas leis remediais que regulavam salários, preços e condições de trabalho"[68].

Não obstante as inúmeras críticas dirigidas às decisões proferidas nesse período, para esta dissertação importa observar como a Corte empregou presunções para instituir essa nova postura intervencionista. Com efeito, para articular sua nova agenda, a Corte quebrou com a autocontenção até então vigente de que juízes deveriam sempre aplicar uma constante presunção de constitucionalidade forte, abandonando consequentemente a "regra da inconstitucionalidade flagrante". Em substituição, "tinha estabelecido que legislação que invadisse as liberdades dos negócios não estava acudida pela usual presunção e, de fato, era presuntivamente inconstitucional"[69].

Nesse sentido, para fins de implementar essa proteção acentuada contra a intervenção estatal, "os Ministros discordavam (...) se deveria haver ou não uma presunção de constitucionalidade e quão forte essa presunção deveria ser". Como se pode observar, ao invés de abandonar o recurso da presunção, até então utilizado para instrumentalizar uma postura deferente, os juízes da Suprema Corte resolveram apenas adaptá-la às suas novas pretensões normativas. Assim, desde pelo menos 1897, a Corte já não mais restringe as presunções à figura da "regra da inconstitucionalidade flagrante". Na realidade, a essa altura já se pode falar mesmo numa "presunção de inconstitucionalidade" de leis que infringissem o devido processo legal substantivo. Aqui, ademais, a primeira pista de que as presunções não são ferramentas exclusivamente direcionadas para a autocontenção judicial e, pelo contrário, podem justificar um acentuado intervencionismo.

Essa interpretação da 14ª Emenda, contudo, entrou em choque com as novas propostas do presidente Roosevelt para recuperação da economia norte-americana, fortemente abalada pela depressão de 1929. Com efeito, algumas medidas de intervenção estatal foram

---

[68] WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review**, New York: Basic Books, 1986

[69] LUSKY, Louis. Footnote Redux: A Carolene Products reminiscence. **Columbia Law Review**, vol. 22, 1982, p. 1092. Em sentido contrário, WHITE. (argumentando que "desde Marbury v. Madison até United Satets v. Carolene Products [1938], a Corte essencialmente aplicava o mesmo padrão para todas as decisões dos outros poderes". No original: "From Marbury v. Madison to United States v. Carolene Products, the Court essentially subjected all challenged decisions of other branches to the same standard of review").

inicialmente consideradas inconstitucionais pela Corte. O presidente, então, impedido de executar parte do "New Deal", ameaçou nomear novos membros até que uma maioria a favor de suas medidas fosse alcançado (*court-packing plan*). A Corte recuou[70] e, em 1937, superou definitivamente a presunção de inconstitucionalidade das intervenções estatais no mercado[71]. Ainda não se sabia, contudo, qual presunção que a substituiria.

2.2.5 A volta da presunção de constitucionalidade e a doutrina das posições preferenciais (1937-1953)

O recuo da Corte em relação ao devido processo de questões econômicas gerou uma volta à presunção forte de constitucionalidade. Afirmavam os titulares das cadeiras da Suprema Corte que a garantia da cláusula apenas protegia contra atos claramente "arbitrários" ou "capciosos", revertendo a jurisprudência (ao menos em relação às questões econômicas) então construída sob a Era Lochner.

A Corte, também nesse período, começava a absorver gradativamente os ensinos do realismo jurídico. A compreensão do direito como "experiência" e não um simples conjunto de operações lógicas levou os novos membros da Corte, influenciados pelos descaminhos da Era Lochner, a ver no Poder Legislativo o espaço natural para avanço das políticas progressistas, e no Judiciário uma força conservadora. Nesse sentido, "quando juízes progressistas tomaram conta da Suprema Corte em 1937, eles imediatamente adotaram uma *estrita*

---

[70] Fundamental para formação dessa nova maioria foi a mudança de orientação do Justice Roberts. No entanto, nos anos que seguiram, as novas indicações de Roosevelt garantiram que a Corte manteria sua distância do devido processo legal substantivo econômico.

[71] É tradicional a associação da mudança de orientação da Corte com o anúncio do *court-packing plan* de Roosevelt. Não obstante, como argumenta Wolfe, é bem possível que tenha sido apenas uma coincidência, na medida em que a Corte já lentamente sinalizava, em alguns casos, o abandono do devido processo legal substantivo relacionado às regulamentações econômicas (WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review**, New York: Basic Books, 1986, p. 162).

presunção de constitucionalidade como doutrina formal de restrição de seus próprios poderes de *judicial review*"[72].

Dessa presunção de constitucionalidade emergia, especialmente para os casos de regulação econômica, um padrão de controle que se denominou "base racional" (ou *rational basis*). De acordo com o padrão da "base racional" – até hoje aplicado para verificação da constitucionalidade de legislação econômica –, a análise judicial de constitucionalidade deve verificar se a lei está "racionalmente relacionada" com um "interesse governamental legítimo", podendo este interesse ser real ou meramente hipotético[73]. Trata-se de um padrão visivelmente inspirado na "regra da inconstitucionalidade flagrante"[74] e, portanto, muito mais deferente do que a presunção de constitucionalidade aplicada na Era Lochner[75].

No entanto, "não demorou muito para a Corte perceber que (...) essa deferência extrema aos outros poderes não era apropriada em todas as situações"[76]. Assim, a forte presunção de constitucionalidade erigida no pós-Lochner, consoante a conhecida nota de rodapé n. 4 de *Carolene Products v. United States*, teria sua aplicabilidade mitigada:

> Talvez haja um *escopo de operação mais estreito para a presunção de constitucionalidade* quando a legislação aparenta estar dentre uma proibição específica da Constituição, como no caso das dez primeiras emendas, que são igualmente específicas se comparadas à Décima Quarta.

---

[72] GASKINS, Richard H. **Burdens of Proof in Modern Discourse**, New York: Yale University Press, 1992, p. 50, grifos no original. No original: "when progressive judges gained control of the Supreme Court in 1937, they immediately adopted a strict *presumption of constitutionality* as a formal doctrinal restraint on their own powers of judicial review". Enfatizando também o autor que que "para juízes e juristas durante as primeiras décadas do pós-guerra, o ideal de neutralidade judicial se tornou sinônimo com a prática de restrição judicial" ("for judges and legal critics during the first postwar decades, the ideal of judicial neutrality became virtually synonymous with the practice of judicial restraint")

[73] Ver KELSO, Randall R. United States Standards of Review versus the International Standard of Proportionality: Convergence and Symmetry. **Ohio Northern University Law Review**, vol. 39, 2013.

[74] Assim como a regra da inconstitucionalidade flagrante, o teste da "base racional" parece apenas permitir a declaração de inconstitucionalidade da lei em casos extremos.

[75] Ver *Carolene Products v. United States*, 1937.

[76] SHAMAN, Jeffery. Cracks In the Structure: The Coming Breakdown of Levels of Scrutiny. **Ohio State Law Journal**, v. 45, 1984, p. 162.

> Não será necessário, agora, considerar se uma legislação que restringe aqueles processos políticos dos quais ordinariamente se pode esperar que provoquem a revogação das leis indesejáveis, deverá estar sujeita a uma análise judicial mais rigorosa do que a maioria dos outros tipos de legislação.
>
> Também não será necessárip procurar saber se considerações do mesmo naipe devem influenciar o controle das leis direcionadas a certas minorias religiosas (...) ou de nacionalidade (...) ou raciais (...); se o preconceito contra minorias discretas e isoladas pode ser uma condição especial que tende a restringir seriamente o funcionamento dos processos políticos em que costumamos nos basear para proteger as minorias, e que se pode exigir, nessa mesma medida, um exame judicial mais minuciosos[77].

Assim, a nota sugeria que seria necessário um controle de constitucionalidade mais intenso (*more exacting judicial scrutiny*), a partir do estreitamento da presunção de constitucionalidade, nas seguintes circunstâncias:

a) Quando a legislação buscar regulamentar alguns dos direitos enumerados nas dez primeiras e na décima quarta emenda (parágrafo 1);

b) Quando se tratar de lei que restringe o acesso aos processos políticos que poderiam gerar a revogação de leis "indesejáveis" (parágrafo 2);

c) Quando a lei aparenta ser dirigida às minorias "discretas e insulares", de modo a prejudicar o funcionamento do

---

[77] *Carolone Products vs. United States*, nota de rodapé n. 4. No 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... 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.... Nor need we inquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious... or nations... or racial minorities...: 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".

processo que se destina à proteção das minorias constitucionais (parágrafo 3).

A nota em *Carolene* inaugurava a chamada "*doutrina dos direitos preferenciais"*, que premiava certos direitos com uma proteção judicial mais acentuada e os afastava do mesmo padrão de autocontenção judicial devido nos demais casos. Quanto a eles, como diz a própria nota, a presunção de constitucionalidade deve "ter um escopo de operação mais estreito".

A implementação da nota n.4 de *Carolene Products* se deu, no entanto, de forma dilatada e, num primeiro momento, sem maiores discussões. Com a eclosão da segunda guerra mundial, atenções verteram-se para outras problemáticas, e a sugestão de *Carolene* de elevar certos direitos a uma condição "preferencial" foi sorrateiramente se sedimentando na Suprema Corte[78].

A Corte primeiro começou a dar uma posição de preferência aos direitos da liberdade de expressão e liberdade de religião, contemplados pela 1ª Emenda da Constituição dos EUA. Em uma série de diferentes casos, a Corte afirmava a necessidade de uma proteção especial desses direitos. Assim, "a ênfase consistente na importância dos direitos da 1ª Emenda levou à afirmação da doutrina da 'liberdade preferencial'"[79]. Em *Jones vs. Opelika* (1941), estava em jogo uma lei que estabelecia taxas locais de licenciamento para todos que vendiam mercadorias. Um grupo de Testemunhas de Jeová questionou a aplicação da norma quanto à venda de sua literatura religiosa. Num primeiro momento, a Corte sustentou a constitucionalidade da lei. No entanto, em nova audiência (*rehearing*), a Suprema Corte pronunciou a inconstitucionalidade da lei[80] alegando que "liberdade de imprensa, liberdade

---

[78] Ver LUSKY, Louis. Footnote Redux: A Carolene Products reminiscence. **Columbia Law Review**, vol. 22, 1982, p. 1094.
[79] WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review**, New York: Basic Books, 1986, p. 250.
[80] WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review**, New York: Basic Books, 1986, p. 250. Explica o autor que "a substituição do *Justice* Byrnes pelo *Justice* Rutledge resultou numa reversão de uma maioria de 5-4 para uma maioria de 4-5 para o outro lado". No original: "the replacement of Justice Byrnes by Justice Rutledge resulting in a switch from the 4-5 majority to a 5-4 majority on the other side".

de expressão, liberdade de religião, estão numa *posição preferencial*"[81].

A posição que enquadrava certos direitos como "preferencias" (ou "liberdades preferenciais") veio, como prometia *Carolene*, a ser instrumentalizada pelas presunções. Divergência existia, é verdade, quanto a qual presunção que se estava aplicando: alguns acreditavam que se tratava de uma presunção de inconstitucionalidade, enquanto outros de uma presunção de constitucionalidade mais abrandada[82]. O que parece fora de dúvida, no entanto é que efetivamente aplicava-se essa nova orientação por meio do instrumental das presunções.

2.2.6 A construção de níveis de intensidade de controle a partir das presunções sobre a constitucionalidade (1953-presente)

2.2.6.1 A Corte Warren, a doutrina dos "direitos fundamentais" e o sistema de controle bifurcado

A promessa de *Carolene Products*, pelo menos no que tange ao seu primeiro parágrafo (ou seja, a proteção judicial mais intensa dos direitos enumerados na Constituição dos EUA) apenas viria a se concretizar nos anos 1960. Sob a presidência de Earl Warren (ou "Corte Warren"), a Suprema Corte passaria a manipular as presunções sobre a constitucionalidade, especialmente quanto a supostas violações da cláusula da igual proteção e do devido processo legal (procedimental), de modo a criar um sistema duplo, ou bifurcado, de controle.

Nesse sentido, a Corte Warren primeiro começou a experimentar com a inversão e flexibilidade da presunção de constitucionalidade nos casos de discriminação racial[83]. No famoso caso *Brown v.*

---

[81] No original: "Freedom of press, freedom of speech, freedom of religion are in a preferred position".

[82] Ver detalhes da discussão em WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review**, New York: Basic Books, 1986,. O*p. cit*, p. 248-256.

[83] É importante ressaltar, no entanto, que a doutrina discriminatória do "igual, mas separado" (*separate but equal*), estabelecida em 1896 no caso *Plessy v. Ferguson*, vinha, desde os anos 1930, sendo gradativamente desmontada. A Corte Warren marca o ponto final dessa doutrina, declarando-a definitivamente inconstitucional.

Board of Education, a Suprema Corte declarou que a doutrina da separação entre negros e brancos "era inerentemente incompatível com a cláusula de igual proteção"[84]. Na decisão, "a Corte Warren inverteu questões de prova contra as leis de segregação questionadas, sem ainda revelar completamente a estratégia de alocação de provas"[85]. Ademais, a decisão em *Brown* não só efetivamente empregou uma presunção de inconstitucionalidade como também "anunciou um novo e intenso ônus de prova para todos os estados que buscassem manter a segregação sob qualquer forma"[86].

Maiores evidências dessa inversão de ônus viriam no caso *Bolling v. Sharpe*, decidido no mesmo dia que *Brown*. Em *Bolling*, com base na cláusula do devido processo legal da 5ª Emenda da Constituição dos EUA[87], a Suprema Corte enfatizou que "classificações baseadas exclusivamente na raça devem sofrer um escrutínio particularmente cuidadoso, dado que eles são contrários às nossas tradições e, portanto, constitucionalmente suspeitas"[88]. Como nota Gaskins, "essa metáfora impressionante de um escrutínio mais elevado estava destinada a se tornar um sinal da Suprema Corte, informando que a presunção de constitucionalidade estava sendo revertida"[89]. Com efeito, "a atenção rapidamente se deslocou para um segundo nível das decisões judiciais: a manipulação tácita de presunções e padrões de prova"[90].

Depois de implementar com sucesso a inversão da presunção de constitucionalidade nos casos de discriminação racial, "a Corte

---

[84] WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review**, New York: Basic Books, 1986, p. 259.

[85] GASKINS, Richard H. **Burdens of Proof in Modern Discourse**, New York: Yale University Press, 1992, p. 55. No original: "In the landmark decision of 1954, Brown v. Board of Education, the Warren Court managed to turn several important questions of proof against the challenged segregation laws, without yet revealing the full strategy of burden shifting".

[86] GASKINS, Richard H. *Op. cit*, p. 56. No original: "Warren announced a new and exacting burden of proof for all states hoping to retain segregation in any form".

[87] A 14ª Emenda e sua cláusula de igual proteção não se aplicam ao

[88] "Classifications based solely upon race must be scrutinized with particular care, since they are contrary to our traditions and hence constitutionally suspect".

[89] GASKINS, Richard H. *Op. cit*, p. 587 No original: "Classifications based solely upon race must be scrutinized with particular care, since they are contrary to our traditions and hence constitutionally suspect.

[90] GASKINS, Richard H. *Op. cit*, p. 56. No original: "Critical attention soon moved to an important secondary level of judicial-making: the tacit manipulation of presumptions and standards of proof".

Warren começou a expandir as ocasiões em que aplicava um padrão especial de controle de constitucionalidade, movendo-se tentativamente além dos casos de discriminação racial"[91]. Nesse sentido, com base na cláusula de igual proteção, concedeu posição especial para os direitos de voto (*Harper v. Virginia Board of Elections*, 1966), a apelações criminais (*Griffin v. Illinois*, 1956) e de ir e vir entre estados (*Shapiro v. Thompson*, 1969).

Assim, a Corte aos poucos ia definindo um sistema duplo, ou *bifurcado*, de controle de constitucionalidade. Leis que buscassem regulamentar certos direitos "preferenciais" seriam presumidas inconstitucionais, enquanto as demais leis se submeteriam a um controle mais fraco sob a proteção de uma presunção de constitucionalidade. Para testar as primeiras, desenvolveu-se o "escrutínio estrito"; para as demais, o teste da "base racional".

O teste da "*base racional*" (também chamado de "*escrutínio mínimo*"), como já se mencionou de passagem, informa que a lei é constitucional se estiver (1) "racionalmente relacionada" com (2) um "interesse governamental legítimo" real ou meramente hipotético. O teste baseia-se numa presunção de constitucionalidade das leis, de modo que cabe ao arguente da inconstitucionalidade demonstrar que a lei não atinge esses requisitos.

Já no teste do "*escrutínio estrito*", a lei é constitucional: (1) se atender a um interesse *imperioso* (*compelling state interest*); (2) se for construído sob medida para atender a esse interesse (*narrowly tailored*); (3) se constituir o meio menos restritivo para atingir o interesse (*least restrictive means*). Diferentemente do teste da base racional, o escrutínio estrito se baseia numa presunção de inconstitucionalidade, razão pela qual cabe ao Estado comprovar que a lei atende a esses critérios[92].

---

[91] GASKINS, Richard H. **Burdens of Proof in Modern Discourse**, New York: Yale University Press, 1992, p. 56.

[92] Sobre esses diferentes testes, ver CLÈVE, Clèmerson Merlin, LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição, Governo Democrático e Níveis de Intensidade do Controle Jurisdicional. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 2, p. 409-471, 2015; CLÈVE, Clèmerson Merlin, LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição Federal, Controle Jurisdicional E Níveis De Escrutínio. **Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 9, p. 97-123, 2015.

2.2.6.2 Desenvolvendo o controle por níveis

No sistema de controle bifurcado da Corte Warren, no entanto, o "escrutínio que era para ser estrito em teoria tornou-se fatal na prática, enquanto o escrutínio que era pra ser mínimo tornou-se inexistente na prática"[93]. Leis verificadas pelo escrutínio estrito eram quase que automaticamente declaradas inconstitucionais, enquanto as leis examinadas pelo escrutínio mínimo quase nunca eram invalidadas.

Diante desse rígido sistema, com a sobrevinda da presidência de Burger ("Corte Burger"), a Corte (i) "bloqueou a expansão" do escrutino estrito, recusando sua aplicação aos direitos e situações que a Corte Warren não havia adentrado[94]; (ii) mostrava-se insatisfeita com o sistema bifurcado de controle, por se apresentar demasiadamente rígido[95]; e (iii) mostrava-se disposta a declarar a inconstitucionalidade das leis mesmo sem aplicar o escrutínio estrito[96].

Diante desse cenário, criou-se aos poucos um nível intermediário de controle, que concedia uma presunção de constitucionalidade fraca às leis (em oposição à presunção de inconstitucionalidade do escrutínio estrito e da forte presunção de constitucionalidade do escrutínio mínimo). O "*intermediate scrutiny*", assim, avaliava se a lei está (1) substancialmente relacionada com (2) um interesse governamental *importante*.

A Corte Burger criou, em essência, um sistema triplo, em que conviviam três distintos níveis de controle judicial. Contudo, a Suprema Corte não parou por aí. Nos anos e presidências que seguiram, a Corte continuou a elaborar e refinar seus testes, criando hoje uma multiplicidade de níveis e testes, especialmente no âmbito da cláusula de igual proteção. Há quem chegue a afirmar que existem seis diferentes testes, cada qual com suas exigências especificas (embora os níveis

---

[93] GUNTHER, Gerald. Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection. **Harvard Law Review**, vol. 86, n. 1, nov. 1972 "Scrutiny that was supposed to be strict in theory turned out to be fatal in practice, while scrutiny that was supposed to be minimal in theory turned out to be nonexistent in practice".
[94] *Idem*, p. 12-16.
[95] *Idem*, p. 17-18.
[96] *Ibidem*, p. 18-20.

tenham fortes relação uns com ou outros)[97]. De toda sorte, importa relevar que as presunções sobre a constitucionalidade constituem a pedra de toque da construção desses diferentes testes ao (1) estabelecer os diferentes padrões de prova necessários para declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis, e (2) alocar ônus de prova àquele que contesta a constitucionalidade ou àquele que a defende.

2.3 Aplicações doutrinárias das presunções sobre a constitucionalidade

Como se procurou demonstrar, a Suprema Corte dos EUA desde o início do controle de constitucionalidade utiliza presunções sobre a constitucionalidade para estabelecer critérios decisórios nas questões de constitucionalidade. Seguindo, agora, na análise de como presunções são empregadas, pretende-se investigar, a partir dos trabalhos de James Bradley Thayer, e Randy E. Barnett, que também presunções são utilizadas no âmbito doutrinário[98], de modo a aprofundar as observações do tópico anterior no sentido de que presunções são fixada para regular o intervencionismo dos juízes no controle de constitucionalidade.

2.3.1 James Bradley Thayer e a presunção forte de constitucionalidade

Em famoso artigo publicado numa das primeiras edições do *Harvard Law Review*[99], James Bradley Thayer buscou traçar as origens do *judicial review* nos Estados Unidos, bem como estabelecer qual é o escopo apropriado de atuação do Poder Judiciário quando do exercício desse poder. Nesse tópico, é importante sua prescrição

---

[97] KELSO, Randall R. United States Standards of Review versus the International Standard of Proportionality: Convergence and Symmetry. **Ohio Northern University Law Review**, vol. 39, 2013.

[98] Esses dois autores se destacam pela sua proeminência no debate constitucional quanto a propostas de presunções sobre a constitucionalidade nos EUA, razão pela qual se optou por analisá-los com maior nível de detalhe.

[99] THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, v. VII, n. 3, 1893.

quanto às limitações dos juízes no controle norte-americano e, especialmente, como sua teoria foi então instrumentalizada pela presunção de constitucionalidade, especialmente porque Thayer é considerado o marco teórico mais importante desse instrumento.

Nesse sentido, para Thayer, a atuação judicial no controle de constitucional, naquele momento já estabelecido na Suprema Corte dos EUA, deveria levar em consideração os seguintes pontos[100]:

a) Pluralismo interpretativo: argumentava Thayer que "ao lidar com a ação legislativa de um departamento coordenado, a Corte não pode (...) dizer que sempre há apenas um jeito certo e permitido de interpretá-la"[101]. Deve, pelo contrário, reconhecer que "a Constituição frequentemente admite um espectro de escolha e julgamento"[102].

b) Responsabilidade compartilhada: Thayer também considerava que a interpretação da constituição era empreendimento compartilhado entre os diferentes "departamentos", de modo que tanto juízes quanto legisladores deveriam verificar a constitucionalidade das leis. Não se trataria, portanto, de monopólio dos juízes, de tal modo que a interpretação do órgão legislativa deveria ser respeitada.

c) Represálias: preocupava Thayer, ademais, que exercício desmesurado do controle de constitucionalidade poderia prejudicar a independência dos juízes em razão de possíveis represálias dos outros poderes (*backlash*). Assim, "interferências nos atos legislativos, se frequentes e realizadas sob bases dúbias, podem gerar grande ciúmes, suscitando medidas que comprometam por completo a independência dos juízes, e,

---

[100] Ver sistematização de JACKSON, Vicki C. Thayer, Holmes, Brandeis: Conceptions of judicial review, factfinding and proportionality. *Harvard Law Review*, vol. 130, 2017, p. 2348-2351 e de DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 300-301.

[101] THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, v. VII, n. 3, 1893, p. 150. No original: "[I]n dealing with the legislative action of a co-ordinate department, a court cannot always . . . say that there is but one right and permissible way of construing".

[102] THAYER, James Bradley. *Op. cit*, p. 144. No original: "the constitution often admits of different interpretations [and] there is often a range of choice and judgment...".

consequentemente, a melhor maneira de preservar a Constituição"[103].

d) Consequências no processo legislativo: por último, Thayer considerava que um "controle judicial mais agressivo" poderia ter efeitos negativos no próprio processo legislativo. Isso porque levaria os legisladores a considerar "apenas a legalidade" e não da justiça de seus atos, deslocando a responsabilidade de seus atos para as Cortes[104].

A partir de todas essas considerações, Thayer então delineou o escopo que considerava adequado para a jurisdição constitucional[105]. Para ele, o Judiciário "apenas pode desconsiderar um ato quando aqueles que tem o direito de fazer as leis não cometeram simplesmente um erro, mas cometeram um erro muito claro – tão claro que ele não está sequer aberto a questionamentos racionais". Assim, "em nenhum caso duvidoso pode a [a Corte] declarar que uma lei é contrária à Constituição"[106], de modo que "quando juízes consideram uma lei constitucional, querem dizer apenas isso: que a lei não é inconstitucional além de qualquer dúvida razoável"[107]. Em suma, apenas nos casos em que a inconstitucionalidade se revela de modo flagrante e evidente é que podem os juízes declará-la[108].

Embora Thayer não se refira, expressamente, a uma "presunção de constitucionalidade", o raciocínio thayeriano decorre do

---

[103] THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, v. VII, n. 3, 1893. No original: "interference . . . with legislative Acts, if frequent or on dubious grounds, might occasion so great a jealousy of this power . . . as to lead to measures ending in the total overthrow of the independence of the judges, and so of the best preservative of the constitution".

[104] THAYER, James Bradley. *Op. cit.*

[105] Neste passo, é importante observar que o objetivo de Thayer não é criar uma nova doutrina de limitação ao poder de controle, "mas apenas reafirmar com maior exatidão e veracidade uma já admitida" pelos juízes norte-americanos (THAYER, James Bradley. *Op. cit*, p. 146). Nesse sentido, conforme avaliação do próprio Thayer, as decisões de controle da época quase sempre estabeleciam a regra de que a inconstitucionalidade apenas poderia ser declarada quando fosse "clara", "inequívoca", "flagrante" ou "evidente".

[106] THAYER, James Bradley. *Op. cit*, p. 145.

[107] THAYER, James Bradley. *Op. cit*, p. 151.

[108] As únicas exceções à aplicação desse padrão, para Thayer, dizem respeito à análise de constitucionalidade de leis estaduais, que não devem gozar de uma presunção tão forte de higidez constitucional, e as opiniões meramente consultivas de juízes.

emprego de uma presunção, tal como se utiliza presunções em outros ramos do Direito. Nesse sentido, "o que fez Thayer, com efeito, é projetar ao campo constitucional a problemática da prova, que exige a construção de testes que indiquem que peso deve ter a prova aportada para poder entender satisfeita a corresponde carga"[109], isto é, "sua intenção era mostrar que existia um paralelismo entre os standards probatórios que regem o processo e os standards de constitucionalidade que devem ser seguidos para determinar a constitucionalidade da lei"[110]. Estabeleceu que leis federais deveriam gozar de uma forte e constante presunção de constitucionalidade, que apenas poderia ser superada caso a inconstitucionalidade se ateste "para além de qualquer dúvida razoável".

Assim, é "clara a conexão que Thayer estabelece entre o teste de constitucionalidade que ele sugere e os distintos testes probatórios que regem o processo civil e penal"[111]. Aliás, é talvez esclarecedor apontar que:

> (...) há que se ter em conta que que Thayer foi um grande professor da prova, mestre de autores tão importantes nesse campo como John Henry Wigmore. Foi Thayer quem escreveu o grande Tratado sobre a prova no *common law*, e foi também quem realizou o primeiro tratamento teórico das presunções no âmbito norte-americano"[112].

---

[109] COMELLA, Victor Ferreres, **Justicia Constitucional y Democracia**. Madrid: Estudos Constitucionales, 1997, p. 144. No original "lo que hace Thayer, en efecto, es proyectar al campo constitucional la problematica de la prueba, que exige la construcción de tests que indiquen qué peso debe tener la prueba aportada para poder entender satisfecha la correspondiente carga".

[110] LEYVA, Raymundo Gama. James Bradley Thayer, un precursor de la teoría las presunciones. **Teoria Jurídica Contemporânea**, vol. 1, jul.-nov. 2016, p. 103. No original: "Su intención era mostrar que existía um paralelismo entre los estándares probatorios que rigem em el proceso y los estándares de constitucionalidad que deben seguirse para determinar la inconstitucionalidad de una ley".

[111] COMELLA, Victor Ferreres, *Op. cit*, p. 135: No original: es clara la conexión que Thayer estabelece entre el test de constitucionalidad que él sugere y los distintos tests probatórios que rigen el processo penal y en el civil".

[112] COMELLA, Victor Ferreres, *Op. cit.*, p. 135. No original: "Hay que tener em cuenta que Thayer fue um gran profesor de *Evidence* (teoría de la prueba), maestro de autores tan importantes en este campo como John Henry Wigmore. Fue Thayer quien escribó el gran Tratado sobre la prueba em el *commom law*, y fue también él quien realizó el primer gran tratamiento teórico de las presunciones em el ámbito americano", grifos no original.

Em suma, a presunção de constitucionalidade thayeriana surge a partir do transporte, para a arena constitucional, das presunções jurídicas e seus "padrões comprobatórios", com o propósito de criar um *padrão* de rigorosidade de comprovação e declaração da inconstitucionalidade. A presunção de constitucionalidade pretendia indicar, na fórmula de Thayer, quão fortes devem ser os argumentos para que um juiz possa declarar a inconstitucionalidade.

Aliás, o próprio padrão específico do "para além de qualquer dúvida razoável" sugerido por Thayer ilustra seu arrimo nas presunções jurídicas. Para Ferreres Comella, o padrão thayeriano resulta de um paralelismo implicitamente traçado entre a presunção de constitucionalidade e a presunção de inocência no âmbito dos EUA: a famosa fórmula do "culpado para além de qualquer dúvida razoável" (*guilty beyond a reasonable doubt*), que se aplica no âmbito penal em decorrência da presunção de inocência, foi, para o autor espanhol, simplesmente transplantada para a relação da inconstitucionalidade[113]. No entanto, para Jay Hook, em artigo sobre a vida de Thayer, o padrão transportado deriva, na verdade, daquele que deve ser utilizado no julgamento de moção que pretende reformar uma decisão de júri:

> (...) em 1884, Thayer discutiu alguns casos ingleses a respeito do padrão que um corte deveria empregar numa moção de reforma de sentença. Thayer sugeriu a analogia entre esses casos e as deliberações da Suprema Corte no que se refere à constitucionalidade de uma lei, e ele argumentou que o padrão deveria se aplicar em cada caso[114].

Qualquer que seja o caso, parece certo o emprego das presunções jurídicas por Thayer para operacionalização da deferência por ele defendida.

---

[113] COMELLA. Victor Ferreres. *Op. cit*, p. 135-136.

[114] HOOK, Jay. A Brief Life of Thayer. **Northwestern University Law Review**, vol. 88, n. 1, p. 5. No original: "(…) in 1884, Thayer discussed a pair of English cases on the standard a trial court should employ in a motion to overturn a jury verdict. Thayer suggested the analogy between these cases and a Supreme Court's deliberations on the constitutionality of a statute, and he argued that the same standard should apply in each case. This was a canny move. Deeply immersed in legal history, Thayer realized that the ravenous "Due Process" language of the Fourteenth Amendment was rooted in past trial process".

É importante ressaltar, no entanto, que influência de Thayer é tão profunda na matéria que hoje as presunções são na maioria das vezes associadas a essa autocontenção. Mas a presunção constitui, para a tese de Thayer, um simples *meio* de concretização de suas considerações normativa. Dessa forma, se substituir-se suas posições normativas (por outras que, por exemplo, vislumbram um papel maior dos juízes constitucionais), a presunção servirá também de meio para acomodar essas novas posições. Não se pode confundir, assim, o papel das presunções sobre a constitucionalidade de maneira geral com uma aplicação específica da presunção de constitucionalidade[115].

2.3.2 Randy Barnett e a presunção de liberdade

Além do trabalho de Thayer, é imperioso destacar também a proposta do professor Randy Barnett, veiculada na sua forma mais completa em seu livro "*Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty"*[116]. Contrariando a deferência de Thayer e a teoria das posições preferenciais[117], Barnett defende que a Constituição norte-americana exige a adoção pelos juízes de uma "presunção de liberdade geral que aloca o ônus de prova no governo para demonstrar a necessidade e adequação de qualquer violação à liberdade individual"[118].

De maneira bastante resumida, Barnett interpreta a cláusula dos direitos não enumerados (9ª emenda) e a cláusula de privilégios e imunidades (14ª emenda) da constituição norte-americana como normas que protegem os direitos de liberdade retidos pelo povo. Diferentemente do que preconiza a jurisprudência da Suprema Corte, que realiza uma separação entre violações a "direitos fundamentais" (que se presumem inconstitucionais) e a "meros interesses de liberdade" (que se presumem constitucionais), para Barnett, os direitos de liberdade

---

[115] Sobre as diferentes teorias normativas e justificativas das presunções, ver capítulo 5.
[116] BARNETT, Randy. **Restoring the Lost Constitution**: The Presumption of Liberty, New Jersey: Princeton University Press, 2004.
[117] Ver tópico 2.2.5 e 2.2.6.
[118] BARNETT, Randy. *Op. cit*, p. 260.

não podem ser enumerados e nem precisariam o ser, dado que todos devem ser igualmente protegidos pelo Judiciário[119].

Dessas bases, Barnett se põe a verificar qual deveria ser o grau de intensidade do controle judicial de constitucionalidade das leis. Com efeito, identifica quatro diferentes modos de aplicação da presunção de constitucionalidade. Uma primeira visão aplica "uma perspectiva lassaiz-faire de completa deferência judicial: adotar uma presunção de constitucionalidade geral de toda a legislação que afeta a liberdade do povo"[120]. Essa vertente, contudo, para Barnett, elimina na prática o controle de constitucionalidade de leis que violam a liberdade, razão pela qual não deve ser aceita.

Uma segunda visão é a defendida no primeiro parágrafo da nota de rodapé n.4 de *Carolene Products*, que reverte a presunção de constitucionalidade quando legislação transgredir nos direitos enumerados nas dez primeiras emendas da Constituição (Bill of Rights). Trata-se do que se denominou, aqui, de controle bifurcado de constitucionalidade. No entanto, também essa visão não pode ser aceita por duas razões: primeiro, porque contraria diversas decisões da Suprema Corte que concederam proteção especial a alguns direitos não enumerados; segundo e mais importantemente, essa visão é incompatível com uma leitura originalista da 9ª e 14ª Emendas, na medida em que a primeira estabelece que os direitos naturais não enumerados devem ser tratados de mesma maneira que os não enumerados e a segunda que nenhum estado limitará os direitos naturais retidos pelos cidadãos[121].

Uma terceira visão, atualmente operacionalizada pela corte, reverte a tradicional presunção de constitucionalidade em relação aos direitos enumerados (tal como na segunda divisão), mas também estende tal reversão para alguns direitos fundamentais específicos não enumerados. Consoante Barnett, essa aplicação da presunção também é equivocada à luz da 9ª Emenda, porque protege apenas algumas

---

[119] BARNETT, Randy. **Restoring the Lost Constitution**: The Presumption of Liberty, New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 253.
[120] "First, is the lassaiz-faire approach to complete judicial deference: Adopt a general presumption of constitutionality toward all legislation affecting any liberties of the people".
[121] BARNETT, Randy. *Op. cit.*, p. 224-252.

liberdades (as que se encaixarem na categoria de "direitos fundamentais") em detrimento das demais (que são então rotuladas de meros "interesses de liberdade")[122].

Assim, o autor propõe uma quarta aplicação, que "protege todos os direitos retidos pelo povo igualmente, tanto os enumerados quanto os não enumerados"[123]. Com efeito, a 9ª e 14ª Emenda estabeleceriam uma "presunção de liberdade", que aloca o ônus de prova no governo para estabelecer que as leis que infringirem a liberdade individual das pessoas são necessárias e apropriadas. Pela proposta, o ônus de demonstrar que certa liberdade é um "direito fundamental" ou um "interesse de liberdade" não deve ser do cidadão, uma vez que todos os direitos de liberdade estariam igualmente protegidos. O nível desse escrutínio seria o mesmo que o já aplicado hoje para proteção dos chamados "direitos fundamentais".

Além disso, existe para Barnett uma outra razão para empregar uma presunção de liberdade – ou, em outros termos, uma presunção de inconstitucionalidade das leis que venham a limitar a liberdade dos cidadãos. Para o autor, a presunção de constitucionalidade se justificava, em parte, "na crença de que legisladores considerariam cuidadosamente, com precisão e em boa-fé as proteções constitucionais da liberdade antes de limitá-la"[124]. Contudo, "agora entendemos (...) que minorias e maiorias conseguem com sucesso reivindicar seus interesses no processo legislativo, de modo a editar leis que servem aos seus próprios interesses, ao invés de serem necessárias e apropriadas"[125]:

---

[122] BARNETT, Randy. *Op. cit.*, p. 254: "Also inconsistent with the Ninth Amendment in the third and current Footnote Four-plus approach that elevates some unenumerated rights to the exalted status of 'fundamental' while disparaging the other liberties of the people as mere 'liberty interests'".

[123] *Idem*, p. 254. No original: "A fourth approach – the one I advocate – would be to protect all the rights retained by the people equally whether enumerated or unenumerated".

[124] *Ibidem.*, p. 260.

[125] *Idem.* No original: "The original justification of the presumption of constitutionality rested, in part, on a belief that legislatures would consider carefully, accurately, and in good faith the constitutional protections of liberty before infringing it. This belief assumed that legislatures really do assess the necessity and propriety of laws before enacting them. In recent decades, however, we have remembered the problem of faction that (at least some of) the framers never forgot. We now understand much better (or are more willing to admit) than our post–New Deal predecessors on the left and on the right that both minorities and majorities can successfully

> Em resumo, nossa compreensão dos fatos em que a presunção de constitucionalidade se baseia mudaram. E, com essa mudança na sua base factual, a presunção – que em lugar algum aparece no texto da constituição – deve ser eliminada. Leis que emergem do processo legislativo não fazem jus à deferência que hoje recebem a não ser que haja alguma razão para acreditar que são produto da necessidade, e não de mero interesse. E não se deve cegamente presumir que a restrição legislativa da liberdade é uma regulação 'apropriada'[126].

A tese bastante original de Barnett, portanto, vai na contramão da necessidade de sempre presumir a constitucionalidade das leis por um suposto respeito à obra do legislador. Para ele, é o governo quem deve comprovar para os seus cidadãos, se questionado judicialmente, que suas leis não ferem os seus direitos retidos de liberdade.

Em contraposição a Thayer, portanto, as considerações normativas de Barnett, extraídas da 9ª e 14ª Emendas, levam ao estabelecimento de outra presunção – uma presunção de liberdade e não de constitucionalidade. Em outros termos, a presunção segue como *meio*. Contudo, instrumentaliza uma outra visão do papel dos juízes no controle de constitucionalidade.

2.4 Aplicações das presunções sobre a constitucionalidade – algumas lições

O uso das presunções sobre a constitucionalidade pela Suprema Corte dos Estados Unidos e pelas obras doutrinárias analisadas revela alguns pontos importantes a respeito do papel dessas presunções no controle de constitucionalidade. Para fins ilustrativos, os

---

assert their interests in the legislative process to gain enactments that serve their own interests rather than being necessary and proper".

[126] *Ibidem.* No original: "our understanding of the facts on which the presumption of constitutionality rests have changed. And, with this change in its factual underpinnings, the presumption—which appears nowhere in the constitutional text—must fall. Statutes that emerge from the legislative process are not entitled to the deference they now receive unless there is some reason to think that they are a product of necessity, rather than mere interest. And a statutory restriction of liberty should not blindly be presumed to be a 'proper' regulation".

seguintes pontos podem ser elencados e serão importantes na análise que segue:

1) Presunções regulam o intervencionismo judicial, mas não necessariamente conduzem à contenção: O manejo das presunções pode se dar tanto por Cortes "ativistas" quanto por Cortes "deferentes". A Corte Warren, por exemplo, utilizou as presunções para concretizar seu intervencionismo judicial, aplicando uma presunção de inconstitucionalidade quanto às leis que buscavam regular os direitos enumerados na Constituição. A Suprema Corte no período pré-Era Lochner, por outro lado, cultivava uma constante presunção forte de constitucionalidade, por meio da qual estendia ao Legislativo amplo espaço de atuação. As presunções, por isso, não podem – como frequentemente são[127] - ser reduzidas a instrumentos de autocontenção judicial.

Por parte da doutrina, Randy Barnett defende uma presunção que possibilita um constitucionalismo "libertário" e um Judiciário ativo na proteção dos direitos de liberdade, enquanto Thayer propõe uma presunção para instrumentalizar a atuação conservadora e deferente dos juízes. Por isso, presunções aparecem, na verdade, como instrumentos que concretizam diversas possíveis opções quanto à função dos juízes constitucionais numa democracia.

Portanto, uma das funções das presunções é de *regular a intensidade do controle de constitucionalidade*. Ao subir a força da presunção de constitucionalidade, concede-se maior discricionariedade para os legisladores; ao inverter ou enfraquecer essa presunção, reduz-se o espaço de atuação legislativa.

2) *Presunções solucionam questões de dúvida sobre a constitucionalidade:* as presunções sobre a constitucionalidade são também relacionadas com a solução de dúvidas no âmbito do controle de constitucionalidade. Quem merece o benefício da dúvida, dessa forma, é o legislador (no caso da presunção de constitucionalidade) ou aquele que sofre os efeitos da lei (no caso da presunção de inconstitucionalidade). Surge, assim, os brocardos do *in dubio pro legislatore* e do *in*

---

[127] Cf., por todos, BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2010, p. 301.

dubio pro liberate. Contudo, não é claro o que é essa dúvida nem quando ela se constata.

3) *Presunções de constitucionalidade estão frequentemente associadas com a ideia de ônus de prova:* um dos efeitos mais importantes associados às presunções diz respeito à criação de ônus de prova da constitucionalidade. Nesse sentido, são empregadas como "técnicas de alocação de ônus"[128], permitindo uma decisão pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade com base na ausência de comprovação pela parte que detinha o ônus de demonstra a incompatibilidade da lei com a constituição (e não com base na constitucionalidade ou inconstitucionalidade propriamente dita)[129].

Por isso, presunções também são importantes para a definição do papel e da responsabilidade das partes nas questões constitucionais. É certo que esse papel, no entanto, é fortemente dependente do sistema predominantemente acusatório dos EUA. Essa afirmação, portanto, no âmbito da teoria geral, deve ser avaliada *cum grano salis*.

4) *Presunções podem ser justificadas de muitas diferentes maneiras e amoldam-se a considerações normativas específicas:* presunções podem variar significativamente quanto à sua força e orientação a depender da teoria normativa adotada sobre qual deve ser a intensidade do controle judicial de constitucionalidade. Essa teoria normativa tem base na constituição, às vezes com referência a artigos específicos (às cláusulas do devido processo, direitos não enumerados ou da igual proteção) ou à necessidade de proteger certos valores constitucionais fundamentais como os direitos fundamentais, a separação de poderes, a democracia, entre outros.

Esses três pontos constituem o núcleo do conceito de presunções sobre a constitucionalidade aqui elaborado, seguindo a opção metodológica de encontrar as bases filosóficas compartilhadas pelas diferentes utilizações do termo. O presente trabalho, portanto, se dedica

---

[128] GASKINS, Richard H. **Burdens of Proof in Modern Discourse**, New York: Yale University Press, 1992, p. 56. No original: "burden-shifting techniques".

[129] Embora esse tipo de decisão não seja comum em todas as jurisdições constitucionais, nos EUA a Suprema Corte com alguma frequência decide a constitucionalidade da lei com base no fato de que parte que detinha o ônus de prova não logrou se desincumbir dele.

a investigar: (1) de que forma as presunções regulam a intensidade da atuação judicial, (2) como solucionam dúvidas quanto à constitucionalidade e (3) o que significa atribuir o ônus de prova em questões de constitucionalidade. Ademais, busca-se examinar, ao final, (4) de que diferentes maneiras as presunções podem ser justificadas.

CAPÍTULO 3 – O QUE SÃO AS PRESUNÇÕES SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE?

3.1 Introdução

Antes de avançar na análise do papel das presunções no controle de constitucionalidade, é preciso determinar se o objeto ora analisado é efetivamente uma presunção. Mais especificamente: o que significa considerar as presunções sobre a constitucionalidade como presunções jurídicas? Essa é uma das polêmicas mais expressivas quanto à conceituação das presunções sobre a constitucionalidade[130] porque esse enquadramento importa na adoção de um conhecido aparto judicial já rotineiramente empregado por aplicadores do direito, que vem acompanhado de suas próprias peculiaridades e características.

O contexto dessa discussão é complexo e nem sempre bem apreciado apesar de sua relevância. De uma perspectiva histórica, a ideia de uma presunção propriamente jurídica reguladora da atuação judicial no controle de constitucionalidade aparece pelo menos desde o artigo de James Bradley Thayer de 1893[131]. De uma perspectiva puramente conceitual, no entanto, as acusações de que as presunções sobre a constitucionalidade não são "presunções jurídicas"[132] proliferam num contexto em que prevalece ampla ambiguidade (i) quanto ao papel e efeitos das presunções sobre a constitucionalidade e (ii) quanto às próprias presunções de maneira geral, que permanecem como "uma

---

[130] Ver, sobre esse problema, COMELLA, Victor Ferreres. **Justicia Constitucional y democracia**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2012.

[131] Ver tópico 2.3.1 e considerações de COMELLA, Victor Ferreres. *Op.cit*, p. 150 Aliás, permaneceu essa noção de presunções jurídicas aplicáveis a constitucionalidade das leis no desenvolvimento da jurisdição constitucional norte-americana, fazendo-se presente em todas as diferentes fases históricas da Suprema Corte.

[132] Ver, por exemplo, SILVA, Virgílio Afonso da. Legal Argumentation, Constitutional Interpretation, And Presumption Of Constitutionality. **ISSA Proceedings**, 2006, p. 4 (argumentando que não há indício a partir do qual se pode inferir a constitucionalidade das leis); SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização. **Revista Direito GV**, v. 2, n. 1, jan-jun. 2006, p. 197-198 (argumentando que presunções se relacionam com provas e a constitucionalidade não está sujeita à comprovação).

das áreas mais confusas do direito da prova"[133]. Torna-se absolutamente imperioso, por essas razões, dedicar algum espaço para a exploração do conceito de "presunção jurídica", e sua relação com as presunções sobre a constitucionalidade.

O presente capítulo, em suma, pretende investigar essa relação. Propõe-se, de forma sucinta, que as presunções são antecipações de resultado que se enquadram na categoria jurídicas das *presunções legais relativas*, isto é, estão previstas na "lei" (ordenamento jurídico) e podem ser "superadas".

3.2 Presunções como antecipações de resultado

"Presunção" é termo dos mais ambíguos que se pode encontrar no Direito[134]. É "empregado de maneiras distintas e em diferentes contextos pelos diversos operadores jurídicos"[135]. Não reparar nessa qualidade polissêmica do termo presunção, aliás, "está na base de muitas falsas polêmicas suscitadas entre os juristas"[136] – inclusive, como se pretende demonstrar, das críticas endereçadas às presunções sobre a constitucionalidade.

Não obstante os diferentes sentidos atribuídos ao termo presunção, um conceito abrangente e instrumental como a de uma *antecipação de resultado* pode ser adotado aqui, apelando para seu sentido comum, filosófico e jurídico. A presunção, nesse sentido específico, nada mais é do que um avanço incipiente e prematuro de que certa alegação ou proposição é justificada ou injustificada.

---

[133] COHEN, Linda J. Presumptions According to Purpose: A Functional Approach. **Albany Law Review**, vol. 45, 1981, p. 1079. No original: "presumptions are one of the most confusing areas of evidentiary law".

[134] Em trabalho dedicado às presunções no Direito Tributário, por exemplo, Florence Haret identifica mais de 89 diferentes significados de presunção. Ver HARET, Florence. **Teoria e Prática das Presunções no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2010, p. 84-85.

[135] LEYVA. Raymundo Gama, Concepciones y Típologias de las presunciones em el derecho continental. **Revista de Estudios de la Justicia**, n. 9, 2013, p. 66. No original: "es um término que es empleado de distintas maneras y em diferentes contextos por los diversos operadores jurídicos".

[136] LEYVA. Raymundo Gama, *Op. cit*, p. 66. No original: "No reparar en ello está en la base de muchas falsas polémicas que se han suscitado entre los juristas".

Aliás, por se tratarem de antecipações, presunções são estabelecidas com base em algumas poucas informações especialmente selecionadas. A escolha de exatamente quais informações coletar de antemão para fixar a presunção, no entanto, dependerá das finalidades da presunção[137], como se verá com detalhes mais adiante no trabalho. No início do controle de constitucionalidade estadual norte-americano, por exemplo, estendia-se o benefício da presunção de constitucionalidade às leis, principalmente pelas considerações de que era necessário respeitar as decisões do poder legislativo e de que a declaração de inconstitucionalidade poderia acarretar graves consequências. Mais adiante, quando o procedimentalismo de *Carolene Products* se tornou a doutrina predominante na Suprema Corte, a informação que se buscava para determinação da presunção era apenas se a lei aparentemente interferia em alguns dos direitos expressamente enumerados na constituição e, mais adiante, se aquela lei afetava grupos "discretos" e "insulares"[138]. As presunções, em suma, são sempre precárias e estabelecidas com base num conjunto bastante limitado de informações.

3.3 Concepções de presunção e as presunções sobre a constitucionalidade

A partir desse conceito amplo de presunção como antecipação de resultado, é possível agora melhor avaliar as típicas concepções jurídicas de presunções para, ao cabo, enquadrar (se possível) a presunção de constitucionalidade numa delas.

Nesse sentido, ao menos duas concepções importantes de presunções parecem contrapor-se: primeiro, uma "unitária", que pretende um conceito universal para todos os tipos de presunção, descrevendo-a como uma operação lógica e inferencial; segundo, uma concepção "plural", a qual entende que o conceito "unitário" é indevidamente

---

[137] Ver capítulo 5 e, no âmbito da teoria geral das presunções, COHEN, Linda J. Presumptions According to Purpose: A Functional Approach. **Albany Law Review**, vol. 45, 1981 e ULLMAN-MARGALIT, Edna. On Presumption. **The Journal of Philosophy**, vol. 80, n. 3, Mar. 1983.

[138] Ver *Carolene Products vs. United States, 1937,* nota de rodapé 4.

restritivo na medida em que incapaz de descrever muitas importantes e tradicionais presunções no direito, de modo a considerar, para fins conceituais, cada tipo de presunção separadamente[139]. A presunção de constitucionalidade, como se pretende se expor, só pode ser compreendida a partir da concepção plural.

3.3.1 Concepção unitária de presunções (ou presunções como inferências)

A concepção de presunção mais difundida entre juristas (positivada, inclusive, em muitos diferentes ordenamentos jurídicos em todo o mundo) entende que a presunção é um tipo de raciocínio lógico empregado por juízes (no caso das presunções judiciais) ou legisladores (no caso de presunções legais), no qual "se parte de um fato conhecido (indício) para determinar a existência de outro fato não comprovado"[140].

De acordo com essa corrente, "essa inferência seria possível graças à existência de um vínculo entre o fato conhecido e o fato desconhecido" [141]. Juristas dão a esse vínculo o nome de "máximas da experiência", que se refere, em linhas gerais, a como os homens ou as coisas geralmente se comportam, ou às leis da natureza. Assim, para essa corrente, "a presunção é um juízo lógico do legislador ou do juiz, em virtude do qual se considera como certo ou provável um fato, com fundamento nas máximas gerais da experiência, que indicam qual é o modo normal de como sucedem as coisas ou os fatos" [142].

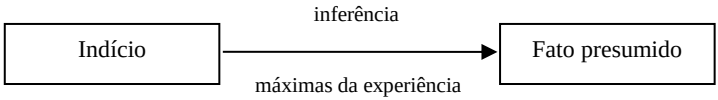
Em suma, para a corrente "unitária", todas as presunções apresentariam uma estrutura comum: (i) são *inferências* lógicas, empreendidas ou por juízes ou por legisladores, a partir (ii) de uma relação entre um fato conhecido (o indício) e um desconhecido (o fato

---

[139] A classificação é de LEYVA. Raymundo Gama, Concepciones y Típologias de las presunciones em el derecho continental. *In: Revista de Estudios de la Justicia*, n. 9, 2013.
[140] LEYVA. Raymundo Gama, Concepciones y Típologias de las presunciones em el derecho continental. **Revista de Estudios de la Justicia**, n. 9, 2013.
[141] LEYVA. Raymundo Gama, *Op. cit*, p. 69.
[142] ECHANDÍA, Devis. **Teoria General de la prueba judicial**. Buenos Aires: Zavalia, 6ª ed., 1998, p. 694.

presumido), que (iii) se determina pelas "máximas de experiência" (Figura 1).

Figura 1 - Concepção unitária de presunção (ou presunções como inferências)



Para os defensores dessa concepção, apenas são "verdadeiras presunções", portanto, os raciocínios (empregados pelo juiz ou impostos pela lei) que conectam fatos conhecidos com fatos desconhecidos através das "máximas da experiência". Nesse sentido, "a partir disso, se advoga por um conceito *geral* de presunção aplicável a todas as distintas classes de presunção (...), trata-se de um conceito *homogêneo* que agruparia todos os distintos tipos de presunção sob um gênero comum"[143].

Embora majoritária, a corrente unitária de presunções enfrenta críticas de setores da doutrina, em especial na Itália[144]. Em primeiro lugar, afirmam corretamente alguns autores que muitas presunções legais (ou seja, as presunções previstas em lei ou no ordenamento) não podem ser descritas pela estrutura pregada pela concepção unitária (indício e fato presumido relacionados pelas "máximas da experiência") em pelo menos dois quesitos: (i) muitas presunções não exigem a comprovação de um indício para que possam operar; e (ii) do indício de algumas presunções não é possível extrair, pelas "máximas da experiência", o fato presumido.

A presunção de inocência, por exemplo, parece negar a concepção unitária em ambos esses quesitos, muito embora ela seja a mais

---

[143] LEYVA, Raymundo Gama, Concepciones y Típologias de las presunciones em el derecho continental. **Revista de Estudios de la Justicia**, n. 9, 2013, p. 70. No original: "A partir de ello, se aboga por la configuración de un concepto general de presunción aplicable a las distintas clases de presunción. Además de ser general, se trataría de un concepto homogéneo que agruparía los distintos tipos de presunciones bajo un género común".

[144] Ver TARUFFO, Michele. Certezza e probabilitá nelle presunzioni. **Il Foro Italiano**, vol. 97, 1975.

paradigmática e tradicional presunção no Direito. Primeiro, sua operação não necessita da comprovação de um conjunto de fatos (ou indício), uma vez que não exsurge apenas dado certos fatos específicos. Segundo, ainda que se pudesse falar em algum indício genérico para a presunção de inocência (tal como "ser acusado criminalmente"), dele não se extrai, pela aplicação das "máximas da experiência", a necessidade de presumir a inocência. Sim, porque não é possível dizer que todo acusado é provavelmente inocente, ou que sua inocência segue "do modo normal de sucessão das coisas". O que melhor justifica a presunção de inocência, na verdade, é a antiga expressão de que é "melhor absolver um condenado do que condenar um inocente", que nada tem com as máximas da experiência. Ilustrativo, nesse sentido, as considerações de Ullman-Margalit, no sentido que:

> (...) considere a presunção de inocência: não é claro nesse caso se as considerações probabilísticas relevantes relacionam a classe inteira de seres humanos ou a classe muito mais estreita de pessoas acusadas de ofensas criminais. Essa é uma questão complexa. Mas o ponto é que, ainda que a classe relevante seja considerada a de pessoas acusadas e ainda que a maioria das pessoas nessa classe sejam de fato culpadas dos crimes a elas atribuídas, a presunção em favor de procedimentos como se a pessoa acusada fosse inocente pode ainda assim ser retida e defendida. Pode contrariar considerações probabilísticas[145].

O mesmo ocorre com as presunções sobre a constitucionalidade: a necessidade de antecipar um certo resultado da constitucionalidade ou inconstitucionalidade não se justifica apenas pelo critério das "máximas da experiência", podendo ser baseadas em outras considerações, tais como a necessidade de proteger direitos fundamentais ou preservar a separação de poderes[146]. Difícil, ademais, apontar para um indício específico dessas presunções, uma vez que é desnecessário comprovar certo fato para que a lei goze de alguma presunção[147].

---

[145] ULLMAN-MARGALIT, Edna. On Presumption. **The Journal of Philosophy**, vol. 80, n. 3, Mar. 1983, p. 158.

[146] Ver capítulo 5 e doutrina e jurisprudência citada no capítulo 2.

[147] Aponta Virgílio Afonso da Silva, corretamente, que um indício de tipo "edição da lei" é extremamente amplo e dele nada se pode inferir sobre a constitucionalidade da lei. Ver SILVA, Virgílio Afonso da. Legal Argumentation, Constitutional Interpretation, And Presumption Of Constitutionality. **ISSA Proceedings**, 2006, p. 4. Contudo, diferentemente do que argumenta o

Assim, da perspectiva da concepção unitária, de fato não é possível classificar as presunções sobre a constitucionalidade na classe de "presunções jurídicas". Isso, contudo, diz mais sobre os erros dessa concepção do que sobre os problemas terminológicos das presunções sobre a constitucionalidade, por todas as questões aqui apontadas. Por isso tudo, ao invés de forçosamente tentar enquadrar todas as presunções num conceito único ou unitário (de modo a excluir as tradicionais presunções de inocência e constitucionalidade da categoria), parece mais indicado seguir uma outra concepção – a concepção "plural" – que conceitua a presunção a partir de seu *tipo.*

3.3.2 Concepção plural de presunções (ou análise conceitual de presunções a partir de seus diferentes tipos)

Revelada essas deficiências na concepção unitária, parece correto afirmar que "não há um único conceito de presunção no Direito, nem uma noção geral de presunção que resulte adequada para explicar as distintas figuras que os juristas convêm identificar com o uso de dita expressão"[148]. Assim, outra abordagem conceitual se faz necessária. Com efeito, juristas elaboraram a concepção plural de presunções, a partir da qual "a análise do conceito de presunção se resolve pelo *exame concreto dos distintos tipos de presunção,* assim como da análise de suas características e de seu funcionamento"[149].

Nesse sentido, três são os tipos de presunção que merecem análise individualizada: as presunções judiciais (realizadas pelo juiz e não definidas em lei), as presunções legais absolutas (impostas pela

---

autor, isso não impossibilita o enquadramento das presunções sobre a constitucionalidade como presunções jurídicas, simplesmente porque presunções nem sempre se justificam pela inferência. Nesse sentido, ver tópico 5.2.

[148] LEYVA, Raymundo Gama, Concepciones y Típologias de las presunciones em el derecho continental. **Revista de Estudios de la Justicia**, n. 9, 2013, p. 76. No original: "(...) no habría um único concepto de presunción em el Derecho, ni uma noción general de presunción que resulte adecuada para explicar las distintas figuras que los juristas convienen em identificar com el uso de dicha expresión".

[149] LEYVA, Raymundo Gama. *Op. cit,* p. 76. No original: "(...) el examen concreto de los distintos tipos de presunción, así como em el análisis de sus características y de su funcionamento".

lei) e as presunções legais relativas (previstas em lei que podem ser superadas).

3.3.2.1 Presunções judiciais ou simples

As presunções judiciais ou simples ocorrem a partir de raciocínios lógico-inferenciais do juiz. Trata-se das presunções que o próprio juiz estabelece no âmbito de um processo (por isso *judiciais*), que não estão previstas (ou pré-definidas) na lei. Para essas presunções, aplica-se o raciocínio descrito na Figura 1, isto é, "a noção de 'presunções simples' se define tradicionalmente como a inferência em que, a partir de determinados fatos e através de uma ou várias máximas da experiência, o juiz extrai conclusões acerca da existência de um fato desconhecido". Interligam-se, portanto, fatos conhecidos com fatos desconhecidos, através do liame das "máximas da experiência".

As presunções judiciais, por isso, operam da forma como descrita pela concepção unitária. No entanto, na concepção plural, apenas as presunções judiciais podem ser descritas como inferências lógicas; as presunções legais relativas e absolutas apresentam características próprias.

3.3.2.2 Presunções legais absolutas

Tradicionalmente, as presunções legais absolutas são compreendidas como presunções estabelecidas pela lei (por isso *presunções legais*[150]) contra as quais não cabe prova em contrário (por isso *absolutas* ou *conclusivas*). Em outras palavras, a presunção absoluta, por uma imposição legal, não pode ser superada, independentemente das provas que sejam ou possam ser apresentadas em juízo.

Contudo, já é lugar comum na literatura jurídica considerar que as chamadas presunções absolutas integram o direito substantivo e não operam qualquer consequência no plano processual. Assim, "as presunções absolutas não são verdadeiras presunções senão normas,

[150] Para maiores elaborações sobre o sentido de "legal", especialmente no contexto das presunções sobre a constitucionalidade, ver tópico 3.4.1.

prescrições ou mandamentos legislativos de caráter substantivo ou material, cuja função consiste na aplicação do direito objetivo"[151]. Com efeito, "as presunções absolutas operam mediante a indicação de um fato como *diretamente constitutivo* de outro fato"[152].

Qual a relação, então, entre o conceito de presunção (enquanto antecipação de resultado) e as presunções legais absolutas? Diferentemente das presunções legais relativas, que estabelecem uma obrigação de considerar verdadeira uma proposição até que provado o contrário, as presunções absolutas "não estabelecem uma presunção, mas sim instauram uma consequência jurídica determinada sobre a base de um raciocínio presuntivo que se supõe o legislador tenha formulado"[153]. A norma, assim, não estabelece uma presunção, mas sua razão de ser se justifica, teoricamente, por um raciocínio presuntivo feito pelo legislador.

Em suma: as chamadas "presunções absolutas" não impõem que o aplicador realize um raciocínio presuntivo. Não se pode falar, por isso, que são presunções: não é necessário considerar nenhuma proposição como justificada antecipadamente.

3.3.2.3 Presunções legais relativas

Por último tem-se as presunções legais relativas, isto é, aquelas previstas em lei que, mediante suficiente prova, podem ser superadas. Distinguem-se das presunções absolutas na medida em que efetivamente veiculam uma presunção que poder ser superada, e das judiciais porque estão previstas em lei. A presunção de inocência, dessa forma, é uma típica presunção legal relativa, na medida em que está

---

[151] LEYVA, Raymundo Gama, Concepciones y Tipologias de las presunciones em el derecho continental. **Revista de Estudios de la Justicia**, n. 9, 2013, p. 77. No original: "las presunciones absolutas no son verdaderas presunciones sino normas, prescripciones o mandatos legislativos de carácter substantivo o material, cuya función consiste en la aplicación del derecho objetivo".
[152] LEYVA, Raymundo Gama. Concepciones y Tipologias de las presunciones em el derecho continental. **Revista de Estudios de la Justicia**, n. 9, 2013, p. 78. No original: "las presunciones absolutas operan mediante la indicación de um hecho *directamente constitutivo* de outro hecho".
[153] LEYVA, Raymundo Gama. *Op. cit*, p. 79. No original: "Las presunciones absolutas, en cambio, no estabelecen uma presunción, sino que instauran uma consecuencia jurídica determinada sobre la base de um razionamento presuntivo que se supone ha sido formulado por el legislador".

prevista no ordenamento e pode ser superada quando as provas aportadas assim autorizarem.

Dentre as características dessa presunção, destaque-se que ela distribui o ônus de prova ao litigante que pretende ver a presunção superada, muito embora essa característica possa ser flexibilizada a depender das funções dos juízes nos processos[154].

Ademais, essas presunções não são inferências extraído de um conjunto de fato conhecidos. Ao prever certas presunções, os legisladores ou podem optar por privilegiar certos valores ou vantagens procedimentais, não estando restritos aos critérios das "máximas da experiência". Assim, "as presunções legais relativas são (...) regras jurídicas, não inferências sobre a ocorrência dos fatos"[155].

3.4 Presunções sobre a constitucionalidade como presunções legais relativas

Na concepção plural, como se viu, há três diferentes tipos de presunções. Embora apresentam características diversas, dois critérios são suficientes para distingui-las: se derivam das "máximas da experiência" do juiz (judicial) ou se estão previstas em lei (legal); e, no segundo, se efetivamente prescrevem que o juiz realize uma presunção que pode ser superada (relativa) ou se impõem a afirmação de uma proposição quando comprovado um indício.

3.4.1 A previsão "legal" das presunções sobre a constitucionalidade

As presunções sobre a constitucionalidade estão previstas no ordenamento (legais) ou decorrem do raciocínio lógico do juiz, no que não são disciplinadas pelo direito, mas pelas regras da lógica inferencial[156]? É dizer: o ordenamento impõe que o juiz constitucional adote

---

[154] Ver tópico 4.3.3.2.

[155] LEYVA, Raymundo Gama. Concepciones y Tipologias de las presunciones em el derecho continental. **Revista de Estudios de la Justicia**, n. 9, 2013, p. 78

[156] Seria possível, é claro, criticar essa distinção. Se se argumentar que o próprio raciocínio inferencial é imposto pelo ordenamento, então os dois tipos de presunção estariam, de certa forma, "previstos no ordenamento". No entanto, a distinção se mantém na medida em que, nas

uma certa presunção específica prevista, ou deve ele erigi-la com base nas suas "máximas da experiência"? A resposta para essas perguntas determina se as presunções sobre a constitucionalidade são *legais* ou *judiciais*, respectivamente.

À primeira vista poderia parecer que são presunções judicias, na medida em que não estão expressas nos textos constitucionais. No entanto, o fato de uma presunção não figurar de forma explícita no texto de lei não impede sua "previsão legal" implícita. A presunção de inocência no direito norte-americano, apenas para citar um exemplo, se extrai implicitamente da cláusula do devido processo legal da Constituição[157]. A ideia de *previsão* engloba, portanto, presunções explícitas e implícitas, não sendo esse o critério da distinção.

Para resolver a questão, basta verificar de que formas as presunções sobre a constitucionalidade são justificadas. Como já se viu, não são afirmadas com base apenas nas máximas da experiência, que fundamentam as presunções judiciais: elas são, na maior parte das vezes, erigidas para proteção de direitos fundamentais, a separação de poderes, a democracia[158] e, por isso, não sucedem do "modo natural das coisas". Nessa qualidade, presunções sobre a constitucionalidade são presunções legais e refletem opções valorativas do próprio ordenamento jurídico.

Por isso, as presunções sobre a constitucionalidade *estão implicitamente previstas nas constituições* – o que, na categoria das presunções, está representada pela ideia de uma presunção "legal". Melhor, aliás, falar numa "presunção *constitucional*", mas essa parece ser uma questão terminológica de menor importância. O sentido de "legal" aqui referido associa-se à legalidade em sentido amplo, ou seja, corresponde aquilo que encontra previsão nas normas de um ordenamento jurídico.

---

presunções legais, a operação se justifica pela simples razão de que está prevista (contrariando, inclusive, em alguns casos, o raciocínio lógico-inferencial), ao passo de que a justificativa das presunções judiciais é a própria inferência efetuada (de modo está vinculada às regras próprias da lógica), sendo que ordenamento prevê tão-somente a necessidade de efetuar algum raciocínio lógico-inferencial.

[157] Ver Suprema Corte dos Estados Unidos, *Taylor v. Kentucky*, 1978.

[158] Ver capítulo 5.

Como cada constituição apresenta suas próprias normas e valores, juízes constitucionais deverão aplicar as presunções previstas especificamente na constituição regente. Não é possível, portanto, no âmbito de uma teoria geral, apontar para uma presunção universalmente válida. A consideração aqui restringe-se a apontar que as próprias constituições estabelecem as presunções sobre a constitucionalidade que devem ser aplicados, uma vez que são elas que indicam qual deve ser a intensidade do controle judicial de constitucionalidade[159].

Ademias, essa previsão legal das constituições permite uma crítica ao termo *autocontenção* (que, como já se viu, pode derivar de presunções de constitucionalidade). Se as presunções são extraídas de normas constitucionais, não se trata de restrições impostas pelo juiz nele mesmo (como a ideia de uma *auto*contenção indicar) e sim de limitações que as próprias constituições impõem.

3.4.2 A relatividade das presunções sobre a constitucionalidade

Visto que as presunções sobre a constitucionalidade estão previstas nas constituições, é possível agora verificar se estabelecem uma obrigação de considerar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de antemão deixando aberta a possibilidade de superação (presunção relativa), ou então se não estabelecem qualquer presunção, apenas exigindo que se considere determinada lei constitucional ou inconstitucional mediante a comprovação de uma proposição indiciária ("presunção" absoluta).

Essa questão não apresenta maiores problemas. A autorização para controlar a constitucionalidade (pressuposto do presente trabalho) já acarreta logicamente a possibilidade da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis, o que por si só nega qualquer caráter absoluto das presunções sobre a constitucionalidade. Em outras palavras, se juízes não tiverem o poder de decidir sobre a constitucionalidade da lei, não se pode falar numa presunção relativa, e sim numa norma proibitiva geral ao controle.

---

[159] Para relação entre as presunções sobre a constitucionalidade e a intensidade do controle de constitucionalidade, ver tópico 4.3.1.

As presunções sobre a constitucionalidade, então, são presunções relativas. Com efeito, estão abertas à superação, como decorrência lógica do próprio controle judicial de constitucionalidade. É verdade que, a depender da força da presunção[160], sua superação pode ser muito difícil e só se dar em casos excepcionais. A dificuldade, contudo, não pode ser tal que impossibilite sempre a declaração de inconstitucionalidade, pois senão se configuraria uma regra de vedação ao controle e não uma *presunção* sobre a constitucionalidade.

3.5 A força das presunções

As presunções sobre a constitucionalidade, portanto, estão previstas nas constituições e podem ser superadas. Ocorre, no entanto, que ao antecipar um resultado, as presunções também estabelecem as condições nas quais podem ser superadas. Com efeito, essa antecipação promovida pelas presunções ocorre com diferentes *forças*[161]. Presunções fortes exigem provas mais contundentes para que sejam superadas, enquanto presunções fracas são mais facilmente derrocadas.

Por exemplo, a presunção de inocência é considerada uma presunção forte, razão pela qual se faz necessário um conjunto de provas mais fortes ("para além de qualquer dúvida razoável") no sentido da culpa para sua superação. Já outras presunções, como por exemplo as empregadas no direito civil norte-americano, são mais fracas e exigem apenas que as provas indiquem uma maior probabilidade ("preponderância de prova") da justificação da proposição[162].

Com efeito, quando se diz que presunções devem ser mantidas até que prova *suficiente* seja introduzida, o que pode ser considerado suficiente dependerá da força da presunção. Em suma: *quanto mais forte a presunção, mais difícil a sua superação.*

---

[160] Ver tópico 3.5.
[161] Sobre as forças de presunções, ver ULLMAN-MARGALIT; no contexto das presunções sobre a constitucionalidade, ver COMELLA, Victor Ferreres. **Justicia Constitucional y Democracia.** Madrid: Estudos Constitucionales, 1997, p. 141-142.
[162] *Idem*.

3.6 O objeto das presunções e a comprovação da constitucionalidade

Talvez o maior entrave, todavia, de compreender as presunções sobre a constitucionalidade como presunções jurídicas reside no seu *objeto*. Isso porque as presunções tradicionalmente incidem apenas sobre "questões de fato", e não sobre questões de direito. Assim, na medida em que as presunções sobre a constitucionalidade pretendem incidir sobre uma alegação que, pelo menos em parte, é de direito, ela acaba por transbordar os limites geralmente atribuídos às presunções[163].

Essa limitação das presunções aos "fatos" se baseia numa suposta diferenciação epistêmica e ontológica entre as proposições de fato e de direito[164]. No primeiro caso, diz-se que as proposições "de fatos" são comprováveis por meio de "provas" (tais como as testemunhas, documentos, etc.), enquanto as proposições "de direito" se submeteriam a outra forma de justificação[165]. Nesse sentido, presunções teriam relação com a ideia de "prova" dos fatos e não funcionariam da mesma forma para justificação das proposições de direito. No segundo caso, ao contrário do direito, os fatos pertenciam a uma determinada "realidade" que pode ser reproduzida ou descrita por provas.

No contexto da constitucionalidade, esse tipo de crítica aparece representada por Virgílio Afonso da Silva:

> A ideia tradicional de presunção – a chamada presunção iuris tantum –, na forma do exemplo do art. 1.597, I (...) supõe a possibilidade de prova em contrário. Poder-se-á provar, por meio de exame de DNA, por exemplo, que um filho não foi concebido na constância do casamento. Já a ideia de presunção de constitucionalidade não admite prova em contrário, *pelo simples fato de que*

---

[163] LAURENTIIS, Lucas Catib de. **Interpretação Conforme a Constituição**: conceitos, técnicas e efeitos. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 40 (concedendo que a análise de inconstitucionalidade de uma lei pode abranger também a verificação de certos elementos fáticos, de modo que as presunções seriam pelo menos inaptas para a porção da inconstitucionalidade que lida com questões exclusivamente de direito).

[164] A distinção, no entanto, é também por vezes sustentada por analíticos. Sobre essa discussão, ver ALLEN, Ronald J.; PARDO, Michael S. The Myth of The Law Fact Distinction. **Northwestern University Law Review**, vol 91, n. 4, 2003.

[165]

> *constitucionalidade e inconstitucionalidade não se provam*. Isso porque *ser constitucional ou ser inconstitucional não são propriedades inerentes à lei*. Ao contrário do que o senso comum parece crer, o controle de constitucionalidade não é uma espécie de busca por um "código genético", inerente à lei, ansioso por ser descoberto pelos cientistas do direito[166].

Conclui, assim, que:

> Assim, quando se fala que uma lei não pode ser declarada inconstitucional, a não ser que seja flagrante, insanável ou comprovadamente inconstitucional, está-se fazendo uma transposição equivocada da ideia de presunção fática para uma presunção normativa, sem se dar conta de que esse último tipo de presunção não pode ser confirmado ou negado seguindo o mesmo modelo, já que constitucionalidade e inconstitucionalidade não se provam[167].

O raciocínio de Silva, então, é que (i) a constitucionalidade não se prova porque (ii) não se trata de característica "inerente à lei"[168]. Apesar da contrariar centenas de anos de jurisprudência[169], o texto não justifica nenhuma dessas duas fortes alegações. De toda forma, no espírito de compreender o argumento à sua melhor luz, as objeções de Silva são, na verdade, de duas ordens distintas: (i) uma ontológica, que alega que a constitucionalidade, por pertencer ao ramo "normativo" e não "fático", é algo "não-inerente", isto é, algo em alguma medida criado pelo próprio juiz na decisão; (ii) uma epistêmica, que diz respeito à forma de justificação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Em última análise, portanto, Silva reitera a distinção ontológica e epistemológica entre proposições de fato e de direito e as aplica à constitucionalidade. Como se verá a seguir, no entanto, nenhuma dessas distinções se mantém e, por essa razão, a presunção é também fundamental para a parcela "de direito" das questões constitucionais.

---

[166] SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização. **Revista Direito GV**, v. 2, n. 1, jan-jun. 2006, p. 197-198.
[167] *Idem*, p. 198.
[168] No texto também não há citação de fontes de corroboram essas afirmações.
[169] Ver capítulo 2 para histórico das presunções sobre a constitucionalidade.

3.6.1 Questões de direito como questões de fato

3.6.1.1 Equivalência ontológica

A distinção ontológica dos fatos e do direito remete à ideia de que as primeiras preexistem à decisão judicial e devem de alguma ser "apreendidas", enquanto "a lei apenas vem a existir como uma consequência da própria decisão"[170]. Por si só, essa distinção pressupõe um conceito próprio de direito fortemente inspirado num realismo jurídico extremado, que identifica o direito apenas com condutas e decisões dos juízes[171]. Como o presente trabalho não está comprometido com tal conceito de direito (até porque, de acordo com essa perspectiva, faz pouco sentido pensar em parâmetros normativos de regulação da atuação judicial), é possível desde já deixar essa distinção ontológica de lado.

Essa diferenciação, ademais, "pressupõe que existem dois tipos distintos de questões adjudicativas: questões factuais, tal como 'o que aconteceu em X', e questões de direito, tal como 'quais são as regras aplicáveis para situações do tipo X' ou 'se regra Y aplica-se a situação X'". É importante notar, no entanto, que a própria forma como se costuma enunciar as proposições de direito (tal como "é fato que Y é lei" ou "lei Y *é* aplicável") já indica que se pensa no direito como uma determinada *realidade* que pode ser descrita pelos operadores do direito. Com efeito:

> Dizer que questões de direito são questões de fato, nesse sentido, é apenas dizer que existe algo no mundo a que se chama "direito", e que o direito "existe", "é", "é de uma forma e não de outra", ou que a resposta dada a uma questão de direito é "verdadeira" ou "é o caso". O ponto é fundamental, mas frequentemente ignorado: na medida em que se pode dizer que "o direito é X" ou "a regra Y se aplica", também se pode dizer que "é um fato que a lei é Y" ou "é um fato que a regra Y se aplica". Em suma, respostas a questões

[170] ALLEN, Ronald J.; PARDO, Michael S. The Myth of The Law Fact Distinction. **Northwestern University Law Review**, vol 91, n. 4, 2003

[171] Ainda assim, no entanto, esse tipo de proposição tem uma natureza factual. Ver discussão em LAWSON, Gary. **Evidence of The Law**. Chicago: Chicago University Press, 2017, p. 37-38.

> de direito são proposições que apresentam um valor-verdade, e são, portanto, assim como outras proposições, de fato[172].

Desse modo, como nossa prática linguística comum já ilustra, tanto proposições "de direito" quanto proposições "de fato" são justificadas a partir de raciocínios inferenciais que buscam captar a "realidade" que é o direito (e que, exceção feita ao realismo jurídico na sua forma radical, existe independentemente de decisões judiciais):

> Questões tradicionais de fato envolvem um juiz ou júri buscando reconstruir algum segmento da realidade baseado em evidências proferidas. Mas questões de direito também envolvem inferência de evidências, e a tentativa de reconstruir algum segmento da realidade. A diferença é que questões de direito envolvem evidências como a Constituição, leis, opiniões judiciais e regulamentos, e o segmento da realidade que deve ser reconstruído tem a ver com o direito[173].

Por isso, dizer que "questões de direito" apresentam natureza factual do ponto de vista ontológico, significa apenas afirmar que, assim como os fatos, o direito "existe" e que nosso conhecimento sobre essa existência está atrelado às provas disponíveis sobre o que o direito é. Consequentemente, determinar a justificação de uma proposição do tipo "lei X é inconstitucional" é, na parte que diz respeito ao direito, uma tentativa de descrever um certa realidade: a do direito.

---

[172] ALLEN, Ronald J.; PARDO, Michael S. The Myth of The Law Fact Distinction. **Northwestern University Law Review**, vol 91, n. 4, 2003, p. 1792. No original: "To say that legal issues are factual issues, in this sense, then, is merely to say that there is such a thing in the world referred to as "the law," that the law "exists," "is," "is one way rather than another," or that a given answer to a legal question "is true" or "is the case." The point is fundamental, yet often overlooked: to the extent one can say that "the law is Y" or "rule Y applies" one can also say "it is a fact that the law is Y" or "it is a fact that rule Y applies." In short, the answers to legal questions are propositional statements with truth value and are therefore, like other propositions with truth value, factual".

[173] ALLEN, Ronald J.; PARDO, Michael S, *Op. cit.,* p. 1792-1793. No original: "Traditional issues of fact involve a judge or jury attempting to infer or reconstruct some segment of reality based on proffered evidence. But legal issues also involve inference from evidence, and the attempt to reconstruct some segment of reality".

3.6.1.2 Equivalência epistemológica

A equivalência ontológica acima demonstrada já conduz diretamente à equivalência epistemológica das questões de fato e de direito: a forma como se determina que alegações de fato e de direito são justificadas é a mesma. Como tanto num quanto noutro caso essa tarefa envolve a tentativa de captar uma realidade, em ambos é necessário buscar provas que atestem essa realidade.

Portanto, a verificação de se proposições "de direito" são ou não justificadas necessariamente perpassa um processo de justificação que obedece, em sua essência, os mesmos princípios epistemológicos que já são aplicados às questões tradicionalmente enquadradas como "de fato". Nesse sentido, seguindo a esquematização proposta por Lawson, na avaliação de qualquer proposição, é preciso admitir ou inadmitir certos argumentos ou provas (admissibilidade), valorar os argumentos ou provas admitidos (valoração), terminar ou continuar a busca por novos argumentos ou provas (finalidade), comparar o valor total dos argumentos ou provas contra um nível de certeza (padrão de prova) e como decidir em casos de indeterminação (regra de decisão)[174]. Por isso a inescapável conclusão de que, rigorosamente, toda proposição – inclusive as de direito – deve ser justificada com recurso a *provas* (no direito, tem-se o costume de chamar essas provas de *argumentos*):

> O direito certamente não precisa pensar sobre provas e evidências de proposições denominadas "de direito" da mesma forma em que pensa sobre provas e evidências para proposições denominadas "de fato", mas deve pensar sobre evidências e provas de alguma forma. Isso não é uma questão de escolha; é uma questão de necessidade epistemológica. Se o direito não pensa sobre essas questões explicitamente, ela as resolverá implicitamente, quer pense que esteja assim procedendo ou não[175].

---

[174] Ver LAWSON, Gary. **Evidence of The Law**. Chicago: Chicago University Press, 2017, p. 16-28.

[175] LAWSON, Gary. *Op. cit.*, p. 18. No original: "The law certainly does not have to think about proof and evidence of propositions labeled 'legal' in exactly the same way that it thinks about proof and evidence of propositions labeled 'factual', but it has to think about proof and evidence of legal propositions in some way. This is not a matter of choice; it is a matter of epistemological necessity. If the law does not think about these questions explicitly, it will resolve them implicitly, whether or not it thinks that it is so doing".

Tem-se, em brevíssima síntese, o que parecem ser as conclusões mais razoáveis acerca de um debate bastante extenso e profundo, cuja exploração é relevante, mas dispensável para os objetivos que aqui se pretende alcançar[176]. Para os fins deste trabalho, é relevante notar apenas que as proposições de fato e de direito não podem ser distinguidas ontológica nem epistemologicamente. A ideia de "provas" é aplicável, portanto, às proposições sobre o direito e às proposições de fato[177].

3.6.2 Questões constitucionais e o âmbito de aplicação das presunções

A caracterização da questão constitucional como "de fato" ou "de direito" constitui problemática importante no âmbito do controle de constitucionalidade:

> As questões de inconstitucionalidade são apenas e só questões de direito ou serão, simultaneamente, questões de facto e questões de direito? (...) Esta questão (...) é uma das mais complexas do direito processual constitucional, pois ainda hoje não é liquido o sentido da "questão de constitucionalidade", como questão de facto e questão de direito[178].

Por um lado, existem questões constitucionais que dependem basicamente de interpretação de normas, sendo pouco ou nada relevante as questões de fato subjacentes. Por outro lado, o resultado de outros casos constitucionais pode estar condicionado apenas à avaliação de determinadas situações de fato[179]. Ainda, não é incomum que a constitucionalidade seja produto de uma verificação de questões "de fato" e "de direito".

---

[176] Para maiores estudos e visões divergentes, ver ALLEN, Ronald J.; PARDO, Michael S. The Myth of The Law Fact Distinction. **Northwestern University Law Review**, v. 91, n. 4, 2003 e a bibliografia ali indicada.

[177] Ver profunda exploração de LAWSON, Gary. **Evidence of The Law**. Chicago: Chicago University Press, 2017.

[178] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 6ª ed., 1993.

[179] Questões de inconstitucionalidade formal, por exemplo, podem depender quase que exclusivamente certas constatações de fato (lei X recebeu Y número de votos ou foi votada sem que número X de parlamentares estivessem presentes).

Para os fins dessa dissertação, qualquer que seja o enquadramento conceitual da questão constitucional (como "de fato", "de direito", ou uma combinação de ambos), importante é ressaltar que as presunções se aplicam em todos os possíveis casos: uma alegação sobre a constitucionalidade (do tipo "lei X é inconstitucional" ou "lei X é constitucional") *só pode ser justificada a partir de provas* que busquem demonstrar qual a realidade jurídica e qual a realidade fática da questão constitucional.

Nesse sentido, ao contrário do que defendem alguns autores[180], as presunções sobre a constitucionalidade não se restringem aos fatos subjacentes às questões constitucionais: pretendem, ao contrário, regulamentar a intervencionismo judicial quanto à justificação de alegações de constitucionalidade, atividade essa que pode abarcar questões "de fato" e questões "de direito".

---

[180] SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização. **Revista Direito GV**, v. 2, n. 1, jan-jun. 2006, nota de rodapé n.30: "Somente quando a presunção de constitucionalidade se baseia em variáveis fáticas seria possível pensar em comprovar a presunção. Isso porque é possível que a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei dependa da comprovação da veracidade da premissa. Se o legislador, por exemplo, partindo do pressuposto de que um determinado grupo de pessoas, devido a alguma hipossuficiência, necessita de benefícios não concedidos ao restante da população, a constitucionalidade dessa medida poderá depender da comprovação da existência dessa hipossuficiência. Nesse caso, pode-se falar em presunção de constitucionalidade em relação aos fatos, que poderão ser comprovados ou não. Mas esse tipo de presunção é completamente diferente da presunção de constitucionalidade a que a doutrina costuma fazer referência".

CAPÍTULO 4 – FUNÇÕES DAS PRESUNÇÕES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

4.1 Introdução

As presunções sobre a constitucionalidade, então, são presunções legais relativas, ou seja, promovem uma (a) antecipação de resultado (b) provisória, que está (c) prevista na constituição, (d) ocorre com certa força e (e) incide sobre proposições de fato e de direito. O que significa e qual o impacto de, no entanto, "antecipar o resultado" da constitucionalidade, com certa força, provisoriamente? Para responder a essa questão, será preciso analisar de que forma juízes constitucionais decidem questões constitucionais – isto é, como que uma "antecipação de resultado" influencia a decisão de constitucionalidade das leis? Qual a relação entre essa antecipação e a regulação da intensidade do controle de constitucionalidade?

Para tanto, desenvolve-se inicialmente a ideia de que a decisão sobre a constitucionalidade deve frequentemente ser tomada em quadros de incerteza (isto é, existem argumentos relevantes tanto pela constitucionalidade, quanto pela inconstitucionalidade). Nesse sentido, do ponto de vista da decisão sobre a constitucionalidade, as presunções antecipam um resultado para (i) determinar o nível total de provas e argumentos necessários para superar a presunção e (ii) como decidir quando essa presunção não é superada e há possibilidade de indeterminação.

4.2 Incertezas e controle de constitucionalidade

O estudo das presunções jurídicas, como se sabe, floresce no âmbito da teoria geral da prova. Uma das razões principais para esse enquadramento diz respeito à importância do instituto na verificação de se proposições são ou não justificadas no âmbito de um processo. Por exemplo: dizer que uma pessoa é culpada depende essencialmente da superação da "presunção de inocência"; afirmar que um ato administrativo é inválido depende, em geral, da superação da "presunção de validade dos atos administrativos", etc.

Todas essas presunções se fazem necessárias em razão de possíveis incertezas sobre a justificação de proposições. A culpa de um réu pode ser incerta porque certo conjunto de provas apoiam a condenação enquanto outro conjunto apoia a absolvição. Não é diferente, como se pretende demonstrar no presente tópico, com as presunções sobre a constitucionalidade: antecipar provisoriamente a constitucionalidade ou inconstitucionalidade é fundamental para permitir decisões racionais diante de incertezas.

4.2.1 Incertezas sobre a constitucionalidade

Quando juízes julgam a constitucionalidade de uma lei, frequentemente se deparam com uma controvérsia que contam com bons argumentos tanto pela constitucionalidade, quanto pela inconstitucionalidade. Embora os ministros do Supremo Tribunal Federal tenham por hábito, na maioria dos seus votos, não reconhecer os argumentos que contrariam sua decisão[181], essa parece ser uma técnica retórica que diminui a complexidade epistemológica das questões constitucionais.

Nesse sentido, assim como num julgamento onde existem provas tanto pela culpa de um réu quanto pela sua inocência, a solução de questões constitucionais não se dá, na maioria das vezes, apenas em condições de absoluta certeza epistemológica. Pelo contrário, juízes frequentemente devem navegar por um complexo conjunto de argumentos que não apontam apenas na direção da constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Há incertezas, portanto, em praticamente todas as questões constitucionais dignas de maiores ponderações.

Essa *incerteza*, portanto, diz respeito a embates entre argumentos que disputam a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei. Se há duas ou mais provas ou argumentos (válidos) que apontam para sentidos opostos, tem-se um quadro de incerteza epistemológica. Quanto mais fortes forem os argumentos pela constitucionalidade, maior será o nível de certeza de que a lei é constitucional; por

---

[181] Ver SUNDFLED, Carlos, SOUZA, Rodrigo Pagani de Souza (coord.), **Accountability e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões**. São Paulo: Relatório de Pesquisa, 2011.

outro lado, quanto mais fortes os argumentos pela inconstitucionalidade, maior a certeza de que a lei é inconstitucional.

A incerteza, portanto, é uma questão de *grau*: quanto mais equilibrado o valor dos argumentos contrastantes, menor a certeza sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei.

Ademais, é importante estabelecer que incerteza existe quanto aos dados empíricos que são relevantes para a determinação da constitucionalidade das leis e também quanto à própria interpretação das leis e da constituição. Como já se afirmou, proposições de direito como as interpretativas são proposições de fato do ponto de vista epistemológico e ontológico[182]. Assim, "incertezas sobre a constitucionalidade" podem advir de dúvidas interpretativas ou dúvidas fáticas.

4.2.2 Incerteza, justificação e presunções

A questão central, portanto, parece ser: como juízes podem decidir sobre a constitucionalidade em casos de incerteza? Como é possível justificar uma alegação sobre a constitucionalidade quando existe uma disputa argumentativa sobre sua justificação? A resposta adequada para essas perguntas é que a decisão sobre a constitucionalidade não requer certeza absoluta, mas apenas um certo grau ou nível de certeza. Justificar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade não é, portanto, descreditar todos os argumentos que suportam uma decisão e confirmar a solidez dos que suportam outra. Trata-se, na verdade, de estabelecer qual a força total dos argumentos válidos para um lado e para o outro e, assim, determinar se a força total dos argumentos pela inconstitucionalidade (no caso de uma presunção de constitucionalidade) ou pela constitucionalidade (no caso de uma presunção de inconstitucionalidade) justificam a superação da presunção.

Em outros processos judiciais, a ideia de níveis de certeza parece mais bem consolidada[183]. No âmbito penal, por exemplo, uma

---

[182] Ver tópico 3.6.1.

[183] Verdade seja dita, no entanto, o direito continental de modo geral não tem prestado a devida atenção à ideia de níveis ou padrões de prova. Ver, para análise crítica, CLERMONT, Kevin. A

alegação de culpa é justificada se sobre ela não pairar "nenhuma dúvida razoável"[184], isto é, estabeleceu-se que é preciso um alto nível de certeza (que proíbe a superação da presunção quando qualquer dúvida "razoável" for constatada).

Nas questões constitucionais, a justificação de uma alegação de constitucionalidade (no caso de uma presunção de inconstitucionalidade) ou de inconstitucionalidade (no caso de uma presunção de constitucionalidade) depende igualmente do atingimento de um determinado quantum de prova, e não da certeza absoluta da constitucionalidade.

Daí a ideia de níveis de certeza ou *padrões de prova* para justificação de alegações sobre a constitucionalidade: uma proposição que se presume injustificada (por exemplo, quando um litigante alega a inconstitucionalidade de uma lei que se beneficia de uma presunção de constitucionalidade) apenas pode ser justificada quando certo *nível de certeza* for atingido. Da mesma forma, quando uma proposição se presume injustificada (por exemplo, quando um litigante alega a constitucionalidade de uma lei que se beneficia de uma presunção de inconstitucionalidade), atingir o nível de certeza significa negar a proposição. Caso contrário, a presunção permanece e a antecipação por ela promovida deve ser considerada para fins da tomada de decisão. No caso da constitucionalidade, as diferentes combinações estão demonstradas no Quadro 1.

Comparative View of Standards of Proof. **American Journal Of Comparative Law**, vol. 50, 2002, pp. 243-275.

[184] Cf., por todos, CLERMONT, Kevin M. Standards of Proof Revisited, **Vermont Law Review**, v. 33, 2009, pp. 469-487.

Quadro 1 - Combinações de justificação

Alegação	**Presunção**	**Presume-se**	**Se superada**
Constitucional	Constitucional	Justificada	Injustificada
Constitucional	Inconstitucional	Injustificada	Justificada
Inconstitucional	Constitucional	Injustificada	Justificada
Inconstitucional	Inconstitucional	Justificada	Injustificada

Disso, aliás, já se extrai as duas funções das presunções no controle de constitucionalidade: estabelecem qual o nível de certeza necessário para superação da presunção e indicam qual deve ser a decisão quando a presunção não é superada. Assim, decisões sobre a constitucionalidade devem ser tomada tendo por referência sempre a presunção: se ela for superada, a proposição é justificada (se presumida injustificada) ou injustificada (se presumida justificada); se não o for, a antecipação se estabelece como regra de decisão.

4.2.3 A possibilidade de indeterminação e a solução pela presunção

No entanto, ainda considerando que decisões sobre a constitucionalidade são tomadas com referência aos argumentos e informações disponíveis aos juízes constitucionais, é possível que a constitucionalidade da lei seja indeterminada: os argumentos podem gerar tamanha incerteza que impossível justificar ou negar a proposição, uma vez que os níveis de certeza necessários tanto para um caso quanto para o outro não foram atingidos. Nesse sentido:

> Uma proposição é indeterminada apenas se existe tanta incerteza sobre a resposta correta que o padrão de prova aplicável não pode ser satisfeito tanto para a proposição quanto para sua negação. Indeterminação é, portanto, uma função da quantidade de incerteza e do padrão de prova; a mesma quantidade de incerteza levará a mais indeterminação à medida em que o padrão de prova é elevado

> […] e o mesmo padrão de prova levará a mais indeterminação na medida em que que a quantidade de incerteza aumenta. [185]

É consequentemente possível que *a constitucionalidade de uma lei seja indeterminada*, pelo simples fato de que o conjunto de argumentos pode não ser apto a justificar nem negar a constitucionalidade da lei. Em outras palavras, a depender do quantum de prova exigido para justificar e para negar uma proposição, é possível que incertezas agudas sobre a justificação da constitucionalidade levem à impossibilidade de sua afirmação. O quadro a seguir formulada demonstra uma situação hipotética de indeterminação:

Quadro 2 - Exemplo de constitucionalidade indeterminada

Alegação	**Nível certeza Const.**	**Nível certeza Inconst.**	**Nível certeza Const.**	**Nível certeza Inconst.**	**Resultado epistemológico**
Const.	60%	40%	70%	50%	Indeterminado
Const.	60%	40%	60%	50%	Constitucional
Const.	30%	70%	50%	60%	Inconstitucional

Desse modo, é teoricamente possível três resultados epistemológicos distintos: a) constitucionalidade; b) inconstitucionalidade; c) constitucionalidade indeterminada. Uma questão interessante que se coloca, portanto, é como decidir sobre a constitucionalidade de uma lei quando essa inconstitucionalidade é indeterminada?

No Direito Penal, essa pergunta, relativamente à culpabilidade, é alvo de debates que põem em contraposição os modelos norte-americano e escocês. Na Escócia, a possibilidade de indeterminação é

[185] LAWSON, Gary. **Evidence of The Law**. Chicago: Chicago University Press, 2017, p. 111. No original: "The punch line is that one cannot know how and whether uncertainty translates into indeterminacy unless one knows the applicable standard of proof. A proposition is indeterminate only if there is so much uncertainty about the right answer that the applicable standard of proof cannot be satisfied for either the proposition or its negation. Indeterminacy is therefore a function both of the amount of uncertainty and of the standard of proof; the same amount of uncertainty will lead to more indeterminacy as the standard of proof is raised (for example, from a preponderance-of-the-evidence standard to a beyond-a-reasonable-doubt standard), and the same standard of proof will lead to more indeterminacy as the amount of uncertainty increases".

expressamente reconhecida por um sistema que permite três vereditos: "culpado", "inocente" ou "não-culpado". Quando não há evidência suficiente para constatar a culpa, mas também não é possível afirmar a inocência (ou seja, a culpa é indeterminada), considera-se o réu "não-culpado". Os efeitos jurídicos atribuídos a esse veredito são essencialmente os mesmos do que uma decisão de "inocência", mas, para outros fins, fica declarado que há evidências consideráveis de que o réu cometeu o crime em questão.

Já nos EUA, os vereditos possíveis são "culpado" e 'não-culpado" – nunca "inocente". Isso não quer dizer, no entanto, que não possa haver indeterminação. Quer apenas dizer que nesse sistema a *indeterminação apresenta os exatos mesmos efeitos (jurídicos e não-jurídicos) do que a negação da proposição*. Assim, para os fins práticos da decisão, não é relevante se a proposição é indeterminada: importa apenas se a presunção é superada, isto é, se o resultado antecipado deve se manter ou não.

O controle de constitucionalidade, nesse sentido, se assemelha ao sistema penal norte-americano. Embora seja possível, epistemologicamente, a indeterminação, as duas decisões possíveis apenas podem ser pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade[186]. A solução desse problema é a mesma que é oferecida pelo sistema penal norte-americano: *a decisão final é totalmente condicionada à superação da presunção e não ao resultado epistemológico*.

O quadro 3 demonstra, assim, as decisões sobre a constitucionalidade e sua relação com o resultado epistemológico.

[186] Uma objeção que poderia ser levantada, aqui, diz respeito à possibilidade do juiz ou corte constitucional aplicar técnicas de decisão que são, de certa forma, soluções "intermediárias" de constitucionalidade. No entanto, nenhuma dessas técnicas pretende lidar com problemas de indeterminação quanto à constitucionalidade e estão, por isso, ancoradas no binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade.

Quadro 3 - Decisões sobre a constitucionalidade e resultados epistemológicos

Presunção	**Superação**	**Resultado epistemológico**	**Decisão**
Const.	Sim	Inconstitucional	Inconstitucional
	Não	Constitucional ou Indeterminada (ou não-inconstitucional)	Constitucional
Inconst.	Sim	Constitucional	Constitucional
	Não	Inconstitucional ou Indeterminada (ou não-constitucional)	Inconstitucional

Como se pode ver, para decidir, *não é sequer necessário determinar a indeterminação*. É relevante apenas indicar que o nível de certeza necessário exigido para superação da presunção foi ou não atingido e que, portanto, a antecipação se mantém ou é superada. Isso porque, *quando a presunção não é superada, é possível que a constitucionalidade da lei seja indeterminada, mas essa indeterminação é irrelevante para os fins da decisão final.*

Portanto, de uma decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade não sucede, necessariamente, o resultado epistemológico da constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Se houver uma presunção de constitucionalidade, por exemplo, e o juiz decidir pela constitucionalidade da lei, essa decisão pode estar ancorada num resultado epistemológico de constitucionalidade ou indeterminação. A questão é que não é necessário afirmar essa determinação para tomar uma decisão.

Em suma, quando a presunção é superada, pode-se dizer justificado o resultado contrário ao antecipado. Quando a presunção não é superada, no entanto, a declaração do juiz, no que concerne ao resultado epistemológico, é que a lei é "não-inconstitucional" (no caso de não superação de uma presunção de constitucionalidade) ou "não-constitucional" (no caso de não superação de uma presunção de

inconstitucionalidade). Para todos os fins jurídicos da decisão, no entanto, "não-inconstitucional" equivale à uma declaração de constitucionalidade e "não-constitucional" equivale à declaração de inconstitucionalidade.

4.3 As funções das presunções sobre a constitucionalidade

4.3.1 Níveis de certeza da constitucionalidade e intensidade do intervencionismo judicial

O talvez mais importante efeito das presunções sobre a constitucionalidade é o estabelecimento de padrões de prova (ou níveis de certeza) para sua superação. A lógica, aqui, é que as presunções antecipam um resultado com certa *força*, de modo que quanto mais forte a presunção, maior o *nível de certeza* necessário para superá-la[187]. Nesse sentido, admitidas e valoradas as provas e argumentos pela constitucionalidade e inconstitucionalidade, a presunção estabelece qual a força total dos argumentos necessários para superar a presunção.

A famosa "regra da inconstitucionalidade manifesta", bem elaborada por Thayer e repetida em inúmeros livros de Direito Constitucional[188], nada mais é do que um padrão de prova da inconstitucionalidade (dentre inúmeros outros possíveis). Conforme esse padrão, para que uma alegação de tipo "lei X é inconstitucional" seja justificada, é preciso que não reste qualquer dúvida razoável a respeito de sua justificação. Se restar, a lei não pode ser declarada inconstitucional, pois a presunção de constitucionalidade não foi superada[189].

---

[187] Cf., por todos, COMELLA, Victor Ferreres. **Justicia Constitucional y Democracia.** Madrid: Estudos Constitucionales, 1997, p. 141-142 ("[...] cuanto mayor sea el peso de los elementos de juicio que deban aportarse para poder tener por destruída la presunción, tanto mas forte és esta presunción")

[188] A frase é especialmente divulgada nos livros didáticos e acadêmicos brasileiros, apesar do Supremo Tribunal Federal não a aplicar. Ver, representativamente, BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

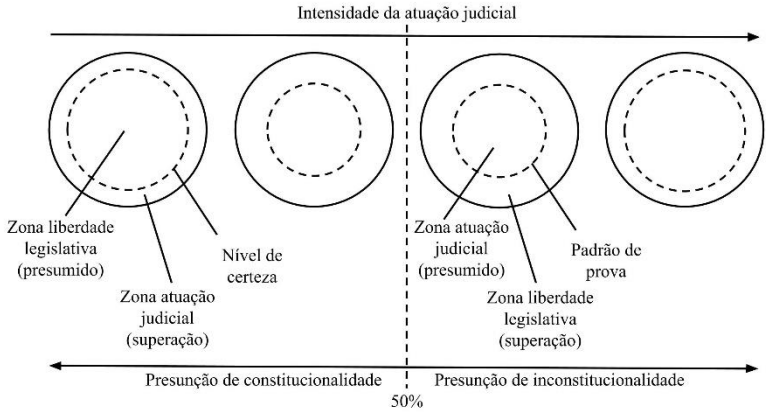
[189] Como já se viu, a não superação, contudo, pode significar tanto que a lei é constitucional, quanto que a constitucionalidade é indeterminada.

A regra thayeriana já esboça a relação da presunção de constitucionalidade com a *intensidade da atuação judicial*, relação essa que é patente ao longo do desenvolvimento histórico do instrumento[190]. No caso da presunção de constitucionalidade, quanto maior o nível de certeza necessário para que juízes declarem a inconstitucionalidade da lei, maior a zona de incerteza dentro da qual legisladores podem atuar. Se juízes, nesse sentido, apenas podem declarar a inconstitucionalidade quando "não houver dúvida razoável", legisladores estão livres para atuar dentre de margens de incerteza maiores. Por outro lado, se o padrão de prova da inconstitucionalidade for baixo, as zonas de incerteza são menos amplas, de modo que o leque de opções legislativas é menor.

No caso da presunção de inconstitucionalidade, por sua vez, quanto maior o nível de certeza necessário, menor os espaços de atuação legislativa, na medida em que diminuem as zonas de incerteza nas quais o legislador pode navegar livremente, afim de escolher a política que preferir. Na figura 2 demonstra-se essa relação das presunções com as zonas de incerteza que devem ser controlados pelos juízes constitucionais e as que devem, para fins do controle de constitucionalidade, ser espaços de livre atuação legislativa.

[190] Ver capítulo 2.

Figura 2 - Intensidade atuação judicial e presunções sobre a constitucionalidade



Ademais, como visto no capítulo 2, os padrões de prova da constitucionalidade às vezes se expressam como testes específicos. Trata-se, na verdade, de um detalhamento dos elementos necessários para superar a presunção tendo em vista sua força, que leva em conta as peculiaridades das questões constitucionais. O nível de certeza plasmado pelas presunções reflete, então, na rigorosidade dos testes.

Nesse sentido, os testes elaborados nos Estados Unidos, como já viu com maior nível de detalhe, são níveis de certeza derivados das presunções sobre a constitucionalidade. O teste da "base racional", baseado numa forte presunção de constitucionalidade, demanda que a lei não seja ser declarada inconstitucional quando (1) "racionalmente relacionada" a (2) um "interesse governamental legítimo", real ou meramente hipotético. Como se pode ver, trata-se de teste que reprova apenas as leis cuja inconstitucionalidade é grosseira.

Já no teste do "escrutínio intermediário", baseado numa presunção mais fraca de constitucionalidade, a declaração judicial de inconstitucionalidade a lei deve se dar, para fins do controle judicial de constitucionalidade, se (1) substancialmente relacionada com (2) um interesse governamental *importante*. Aqui, a demonstração da inconstitucionalidade é mais factível, embora ainda conceda ao legislador margem de incerteza para navegar.

Por fim, o teste mais rigoroso do "escrutínio estrito" baseia-se numa forte presunção de inconstitucionalidade, e condiciona a declaração de constitucionalidade da lei à demonstração de que (1) atende um interesse *imperioso*, (2) devendo ser construído sob medida para atender a esse interesse (3) e ser o meio menos restritivo para atingir o interesse. Sob esse teste, é muito difícil evitar a declaração de inconstitucionalidade da lei, de modo que se diz que esse teste é "estrito na teoria, mas fatal na prática"[191].

Sob essa mesma perspectiva, é possível considerar o conhecido teste da proporcionalidade, que compreende a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da lei, como um padrão de prova. O que a autoriza a investigação desses elementos é, portanto, uma presunção, que antecipa *a priori* que a declaração de constitucionalidade está condicionada à satisfação de todos esses critérios[192].

4.3.2 Regras de decisão: o benefício da dúvida da constitucionalidade

Consoante a jurisprudência e doutrina supra estudada, da presunção de constitucionalidade deriva a prescrição que "a dúvida milita em favor do legislador", razão pela qual dúvidas quanto à constitucionalidade da lei devem ser decididas em favor da constitucionalidade[193] – *in dubio pro legislatore*[194]. De outro lado, os que defendem

---

[191] Ver análise empirica, no âmbito dos EUA, em WINKLER, Adam. Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in The Federal Courts. **Vanderbilt Law Review**, vol. 59, 2006, pp. 793-871. Para comparação desses testes com a proporcionalidade, ver SWEET, Alec Stone, MATTHEWS, Jud. All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing. **Emory Law Review**, vol. 60, 2011, pp. 101-180.

[192] Muito mais, evidentemente, poderia ser dito sobre essa relação. Uma análise mais profunda, no entanto (que necessitaria, inclusive, de uma explicitação de exatamente qual modelo de proporcionalidade está sendo avaliado) foge ao escopo do presente trabalho.

[193] Cf. COMELLA, Victor Ferreres. **Justicia Constitucional y democracia**, Madrid: Estudos Constitucionales, 1997, p. 147. "Que o legislador goza de uma presunção de constitucionalidade significa que, em caso de dúvida, o juiz deve decidir em favor da constitucionalidade da lei. Dito de outra maneira: o juiz apenas pode decidir em favor da constitucionalidade se esta não resulta duvidosa". No original: "que el legislador goza de uma presunción de constitucionalidade significa que, en caso de duda, el juez debe decidir en favor de la constitucionalidad de la ley. Dcho de otra manera: el juez sólo puede decidir a favor de la constitucionalidad si ésta no resulta dudosa".

[194] Aliás, na "Lei Orgânica de Garantias Jurisdicionais e Controle de Constitucionalidade", do Estado de Equador, de setembro de 2009, pode-se encontrar uma das poucas regras de in dubio expressamente positivadas. Seu art. 76, 3, reza que: Art. 76 – Princípios e regras gerais - O

uma presunção de inconstitucionalidade asseveram que a dúvida quanto a constitucionalidade leva à declaração de sua inconstitucionalidade – *in dubio pro libertate*.

Existem diferentes formas de compreender essa orientação. Em primeiro lugar, pode tratar-se de uma regra psicológica dirigida ao juiz, no sentido de que quando estiver na dúvida sobre a constitucionalidade, deve decidir para um lado ou para o outro. O presente trabalho, no entanto, pretende a análise da presunção de uma perspectiva epistemológica, isto é, a dúvida sobre a constitucionalidade não um fenômeno subjetivo (juiz X está em dúvida), mas sim do que os argumentos permitem concluir objetivamente (argumentos Y levam à indeterminação).

Diante dessa observação preliminar, embora aparentem ser regras simples e diretas, as prescrições do *in dubio pro legislatore* ou *in dubio pro libertate* requerem especificação do *que é a dúvida* sobre a constitucionalidade *e quando ela ocorre*. Com efeito, conforme a construção aqui defendida, a "dúvida" quanto à constitucionalidade corresponde à impossibilidade de determinar a constitucionalidade (indeterminação), de modo que ela ocorre quando não é possível justificar nem negar a proposição de constitucionalidade.

No entanto, para fins das decisões em controle de constitucionalidade, como já se explorou, a indeterminação não precisa ser conhecida para que se chegue a uma decisão. Como juízes devem decidir pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, importante mesmo é apenas saber se a presunção foi ou não superada, e não qual o resultado epistemológico final[195]. Se o padrão de prova por ela

---

controle abstrato de constitucionalidade reger-se-á pelos princípios gerais do controle de constitucionalidade previstos pela Constituição e pelas normas constitucionais, pela jurisprudência e doutrina. Em particular, reger-se-á pelos seguintes princípios: (...)3. In dubio pro legislatore – em caso de dúvida sobre a constitucionalidade de uma disposição jurídica, se optará por não declarar a inconstitucionalidade. No original: "Art. 76 – Principios y reglas generales - El control abstracto de constitucionalidad se regirá por los principios generales del control constitucional previstos por la Constitución y las normas constitucionales, la jurisprudencia y la doctrina. En particular, se regirá por los siguientes principios: (...) 3. In dubio pro legislatore.- En caso de duda sobre la constitucionalidad de una disposición jurídica, se optará por no declarar la inconstitucionalidad".

[195] Ver tópico 4.2.3

gerado não for atingido, é possível que a constitucionalidade seja indeterminada, mas essa indeterminação não apresenta qualquer impacto na decisão final de constitucionalidade[196].

Com efeito, se o juiz apenas avalia se a presunção foi ou não superada, as regras de *in dubio* operam em situações de *possível indeterminação*: se a presunção não for superada, é possível que a constitucionalidade da lei seja indeterminada, de modo que nesses casos a presunção impõe uma regra de como o juiz deve decidir[197].

Assim, diferentemente do que pode parecer, as regras de *in dubio* não são apenas necessárias quando os conjuntos de argumentos pela constitucionalidade forem igualmente fortes. Mesmo quando um conjunto de argumentos é muito mais forte que o outro, as regras de in dubio podem ser decisivas, a depender do nível de certeza necessário para superar a presunção.

4.3.3 Ônus de provas nas questões constitucionais

Antes de melhor compreender a relação do ônus de prova com as presunções sobre a constitucionalidade, é importante verificar qual a relação entre ônus de prova e presunções de maneira geral. Em primeiro lugar, é preciso esclarecer qual o conceito de "ônus" e afastar, assim, eventuais confusões conceituais. Para os fins dessa dissertação, parece seguro adotar a definição clássica de Echandía, segundo o qual "ônus":

> [...] é o poder ou faculdade de executar livremente certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma, para benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coerção e sem que exista outro sujeito

---

[196] Ver Quadro 3.

[197] LAWSON, Gary. **Evidence of The Law**. Chicago: Chicago University Press, 2017, p. 115. É importante dizer, contudo, que a aplicação da regra de decisão não justifica uma determinada proposição, mas apenas permite que uma decisão seja tomada diante de situações de aguda incerteza epistêmica. ("On reflection, though, it is not nearly as clear that judges must adopt or reject legal propositions in order to make legal decisions. It is quite true that judges have to decide cases, even from having to choose a truth value for legal propositions. It is eminently possible to decide cases while proclaiming utter ignorance about the governing law. In that sense, near-complete epistemological indeterminacy is quite consistent with near-complete adjudicative determinacy").

> que tenha o direito de exigir seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta consequências desfavoráveis[198].

Ônus não é, portanto, uma obrigação ou um dever que pode ser exigido. Trata-se simplesmente de uma faculdade que é exercida para proteção de interesses próprios, com o propósito de evitar consequências desfavoráveis que decorrem do não-exercício dessa faculdade.

Os ônus se relacionam com as presunções, assim, na medida em que a antecipação de uma certa proposição como justificada ou injustificada cria naturalmente um interesse, por uma das partes, em combatê-la. A presunção de inocência, por exemplo, aloca o ônus de prova naquele que alega a culpa, dado que a não superação da presunção de e a consequente inobservância desse ônus implicará num resultado desfavorável ao interessado na condenação. Trata-se, por isso, de dois conceitos conexos que devem ser analisados em conjunto.

Por isso, além das duas funções acima detalhadas (estabelecer níveis de certeza e regras de decisão diante de possível indeterminação), as presunções também são responsáveis pela distribuição ou alocação do ônus de prova entre os litigantes constitucionais. Deriva tradicionalmente da presunção de constitucionalidade "a distribuição do ônus argumentativo àquele que impugna a constitucionalidade de uma norma"[199], enquanto a presunção de inconstitucionalidade determina que a comprovação da constitucionalidade incumbe ao interessado na vigência da lei[200].

A ideia de uma distribuição de ônus atribuída às presunções sobre a constitucionalidade se faz presente desde pelo menos o final

---

[198] ECHANDÍA, Devis. **Teoria General de la prueba judicial**. Buenos Aires: Zavalia, 6ª ed., tomo I, v. 2, 1998, p. 694.

[199] SARMENTO, Daniel, SOUZA NETO, Cláudio Pereira da. **Direito Constitucional. Teoria História e métodos de trabalho**. 2a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 460. Ver, também, NOTES, Presumption of Constitutionality. **Columbia Law Review**, v. 31, n. 7, p. 1136 ("In the multitude of opinions in which the Supreme Court's interpretation of the United States Constitution in mirrored, the thought is frequently expressed that a certain presumption of constitutionality is to be attached to legislative action. It is often said thate the burden of proof in on the one attacking the constitutionality of a statute")

[200] BARNETT, Randy. **Restoring the Lost Constitution**: The Presumption of Liberty, New Jersey: Princeton University Press, 2004.

do século XVIII. No caso *Respublica v. Duquet*, por exemplo, julgado pela Suprema Corte da Pensilvânia, o Advogado-Geral da Pensilvânia assim se pronunciou:

> Quando deve-se inferir que esta lei é inconstitucional? Quando surgem dúvidas, devemos concluir que o legislador excedeu sua autoridade? O réu, para obter êxito, deve estabelecer um caso claro; com ele reside o *onus probandi*; toda presunção legal é em favor da constitucionalidade dos atos do legislativo[201].

A utilização das presunções sobre a constitucionalidade como "técnicas de alocação de ônus", no entanto, se fez especialmente presente a partir da Era Lochner e até hoje surte efeitos práticos relevantes na jurisdição constitucional norte-americana[202].

O ônus de prova, aqui, no entanto, não se confunde com o que por vezes tem se denominado ônus argumentativo dirigido ao juiz. Este último refere-se à necessidade do julgador demonstrar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, enquanto primeiro tem por sujeitos os litigantes constitucionais e a efetiva distribuição de responsabilidades argumentativas para os que sustentam a constitucionalidade (no caso de uma presunção de inconstitucionalidade) ou inconstitucionalidade (no caso de uma presunção de constitucionalidade).

O ônus pode operar, ademais, como uma justificativa para as presunções sobre a constitucionalidade, como se verá adiante[203]. O poderoso efetivo de distribuição do ônus pode condicionar quem deve demonstrar a constitucionalidade, especialmente quando a compatibilidade da lei depende de estudos e dados robustos que apenas umas das partes tem condições de produzir.

Não obstante, existem dois aparentes obstáculos quanto à relação do ônus de prova enquanto derivado das presunções no contexto

---

[201] Suprema Corte da Pensilvância, *Respublica v. Duquet*, 1799, *apud* TREANOR, William Michael. Judicial Review Before Marbury. **Stanford Law Review**, v. 58, 2005, p. 499. No original: "From whence is it to be inferred, that this law is unconstitutional? Whence arise the doubts, that the legislature have exceeded their authority? The defendant in order to succeed, must make out a clear case; on him lies the onus probandi; every legal presumption is in favor of the constitutionality of the acts of the legislature".

[202] GASKINS, Richard H. **Burdens of Proof in Modern Discourse**, New York: Yale University Press, 1992.

[203] Ver tópico 5.4.2.

da constitucionalidade. Em primeiro lugar, é comum dizer-se que é província exclusiva do juiz determinar o direito, de modo que a omissão quanto à invocação de certos argumentos ou normas não acarreta qualquer prejuízo para a parte alegante (*iura novit curia*). Assim, se as proposições sobre a constitucionalidade forem enquadradas como "de direito", não haveria porque se falar em ônus, já que é dever do juiz justificar a proposição por conta própria. Em segundo lugar, a importância do ônus é condicionada ao tipo de sistema processual em que a questão constitucional está sendo discutida: num sistema de protagonismo do juiz, o ônus é menos significante do que num sistema em que as partes são figuras mais centrais do processo.

Quanto ao primeiro ponto, a ideia de ônus de prova relacionada à constitucionalidade das leis diz respeito à competência exclusiva dos juízes de definirem o direito aplicável, ainda que lançando mão de argumentos que as partes não invocaram. Essa prescrição está inscrita no brocardo jurídico do *iura novit curia*, o qual, em essência, estabelece que ao juiz cabe a definição das proposições de direito[204]. Assim, o brocardo "guarda estreita relação com a locução latina do '*Da mihi factum, dabo tibi ius*', que pode ser assim traduzida: 'Dê-me o fato, que te darei o direito'"[205].

Nessa acepção, se as proposições de constitucionalidade forem classificadas, pelo menos em parte, como sendo alegações "de direito", não seria possível atribuir a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade a uma insuficiência probatória da parte, anulando, assim, a relevância do ônus.

O *iura novit curia*, no entanto, está ancorado na antiga distinção entre proposições de fato e de direito, a qual, como já se demonstrou, não se sustenta da perspectiva epistemológica ou ontológica. Se, portanto, não há como justificar essa diferenciação, a própria aplicabilidade desse brocado fica prejudicada. Por isso, ao invés de restringir a atuação dos juízes com referência a um brocardo antigo e de

---

[204] Ver diferentes acepções do brocardo em LOZANO, Luis F. **La declaración de inconstitucionalidad de ofício**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004, p. 32.
[205] TOMMASINI, Nicola; DIAS, Roberto. Reflexões críticas sobre a declaração de inconstitucionalidade de ofício. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba: Fórum, ago. 2018, no prelo.

aplicabilidade e sustentação teórica questionável, parece mais proveitoso engajar o problema de uma perspectiva normativa e perguntar: *porque* e *em que medida* juízes devem ter o monopólio dos argumentos nas questões constitucionais? Essa é uma resposta que não pode ser oferecida no âmbito da teoria geral.

Em segundo lugar, relembre-se que também proposições convencionalmente rotuladas como "de fato" podem ser importantes na justificação da constitucionalidade. Trata-se de alegações como: se a lei fomenta seus fins, se existem medidas menos gravosas para atingir o fim almejado pela lei, quais os efeitos da lei, quais os efeitos da própria decisão, etc. Portanto, ainda que se acate o *iura novit curia*, a questão do ônus ainda se faz relevante para questões de fatos subjacente à constitucionalidade.

É também importante, para discussão da questão dos ônus, a caracterização da verificação da constitucionalidade como um processo inquisitório ou acusatório. O sistema acusatório, em linhas gerais, separa as funções de acusar, defender e julgar, de modo que às partes cabe produzir e apresentar as provas e ao juiz apreciá-las. Nesse sistema, encontram-se significativamente diminuídos os poderes instrutórios dos juízes. O sistema inquisitorial, por sua vez, centraliza as funções na pessoa do juiz, que deve acusar, produzir provas e, ao final, julgar. É difícil, realmente, pensar hoje em dia em sistemas acusatórios ou inquisitórios *puros*, sendo mais certo mesmo falar em sistemas predominantemente centralizados ou na figura do juiz ou nas partes. Daí porque o surgimento da ideia de "sistema mistos", que incorporam características variadas de ambos os modelos.

Também a questão constitucional pode ser avaliada num contexto inquisitório ou acusatório, na medida em que o juiz constitucional pode ter mais ou menos autonomia para produzir provas sobre a constitucionalidade e pode estar mais ou menos vinculado às razões aduzidas pelas partes no processo. Nos EUA, por exemplo, juízes estão, em geral, mais presos aos argumentos invocados pelas partes, inclinando-se no sentido de um sistema acusatório. No Brasil, por outro lado, diz-se que em matéria de controle de constitucionalidade o juiz não está adstrito às razões tecidas pelas partes, podendo lançar mão de quaisquer argumentos (de fato ou de direito) que entender relevantes

para o deslinde da questão constitucional (no que se convencionou chamar de *causa petendi* aberta).

Tudo isso é extremamente relevante para a determinação do ônus de prova relacionado às questões de constitucionalidade. Sim, porque a extensão da liberdade do juiz constitucional no controle de constitucionalidade determinará se a inação ou omissão de umas das partes lhes acarreta algum prejuízo e se, assim, pode-se dizer que existe um ônus. Consequentemente, quando o controle é marcado por uma dinâmica mais inquisitória, como no Brasil, a questão dos ônus é menos determinante do que nos ordenamentos em que predomina o sistema acusatório.

Aliás, nos EUA, a Suprema Corte já decidiu, em muitos casos, por declarar a constitucionalidade da lei porque a parte que questionou a constitucionalidade da lei não logrou êxito em comprovar a inconstitucionalidade[206]. Já no Brasil, esse tipo de fundamentação não é usual, dado que a tarefa de comprovação é, na sua maior parte, atribuída ao juiz constitucional.

[206] Ver diferentes casos em NOTES, Presumption of Constitutionality. **Columbia Law Review**, v. 31, n. 7, p. 1136.

CAPÍTULO 5 – JUSTIFICANDO A ORIENTAÇÃO E FORÇA DAS PRESUNÇÕES SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE

5.1 Introdução

Até agora, buscou-se responder o que são presunções sobre a constitucionalidade e por quê é necessário empregá-las no controle de constitucionalidade. Deixou-se em aberto, no entanto, um segundo plano de justificação: qual presunção específica deve ser adotada? Porque empregar uma presunção de constitucionalidade e não de inconstitucionalidade (ou vice-versa)? Além disso, estabelecido a orientação da presunção, qual deve ser a força da presunção aplicada?

Antes de oferecer algumas ponderações a esse respeito, é importante relembrar, como se pontuou no capítulo 3, que as presunções sobre a constitucionalidade estão previstas nas constituições (são presunção legais). Cada constituição, portanto, estabelece suas próprias presunções, razão pela qual uma análise mais concreta foge às pretensões de uma formulação no âmbito da teoria geral. Contudo, ainda que não seja possível apontar neste trabalho para a presunção exigida por constituições específicas, pode-se indicar como a força e orientação das presunções *podem ser* justificadas nas diferentes constituições.

5.2 Concepções de presunções e justificativas

Primeiramente, é preciso retomar brevemente as diferentes concepções de presunções, dado que a justificativa para as presunções varia a depender da concepção adotada. Relembre-se, nesse sentido, que duas concepções principais se contrapõem: a unitária, que descreve presunções como raciocínios lógico-inferenciais, e a plural, que delineia cada tipo de presunção de maneira diferente.

Com efeito, é muito comum juristas justificarem toda sorte de presunção com base nas "máximas da experiência". Nesse sentido, "[presumir é] aceitar um fato como verdadeira antes e independentemente de qualquer prova, levando em conta *aquilo que geralmente*

acontece"[207], ou ainda, "presunção é um processo racional do intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com *razoável probabilidade* a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa"[208].

Esse tipo de raciocínio deriva da aplicação da concepção unitária de presunções e, por sua predominância, encontra-se difundido em todos os diferentes ramos do direito. Ocorre, no entanto, como já se apontou anteriormente[209], que a concepção unitária é incapaz de justificar importantes presunções no direito, tais como a presunção de inocência e, mais importantemente, as próprias presunções sobre a constitucionalidade. Em suma, "a justificação de presunções pode, e talvez comumente é baseada em termos indutivo-probabilísticos; mas tais considerações não são nem necessárias nem suficientes para justificação as regras de presunções a elas relacionadas"[210].

No caso das presunções sobre a constitucionalidade, sua orientação e força já foram baseadas, por exemplo, na necessidade de proteger minorias constitucionais[211], preservar a esfera de competências de cada poder[212] e resguardar as liberdades de interferência estatal indevida[213], nenhuma das quais está amparada pelas "máximas da experiência".

Por isso, é preciso afastar-se do paradigma teórico da concepção unitária e adotar a concepção plural. De acordo com essa concepção, as presunções legais, tais como as presunções sobre a constitucionalidade, são fixadas levando em consideração outros elementos que

---

[207] TORNAGHI, Hélio**. Instituições de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, vol. 4, 1959, p. 239.
[208] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, 2ª ed., vol. III, p. 113. Grifou-se.
[209] Ver capítulo 3.
[210] ULLMAN-MARGALIT, Edna. On Presumption. **The Journal of Philosophy,** vol. 80, n. 3, Mar. 1983, ob. cit., p. 158. No original: "So the justification of presumptions may, and perhaps commonly is, couched in inductive-probabilistic terms; but such considerations are neither necessary nor sufficient to justify the presumption rules relating to them".
[211] Ver *Carolene Products v. United States*, 1937, nota de rodapé 4, e tópico 2.2.6.1.
[212] Ver THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law of C. **Harvard Law Review**, v. VII, n. 3, 1893 e tópico 2.3.1.
[213] Ver BARNETT, Randy. **Restoring the Lost Constitution**: The Presumption of Liberty, New Jersey: Princeton University Press, 2004 e tópico 2.3.2.

fogem à racionalidade indutiva, pela razão de que o resultado provável nem sempre é o resultado mais desejável. É o que se buscará desenvolver a seguir.

5.3 Presunções e teoria do erro

Até agora, em especial nos capítulos 2 e 3, pôde-se verificar de um ponto de que as presunções sobre a constitucionalidade não são baseadas apenas no raciocínio lógico-indutivo (sendo essa uma das razões pelas quais, inclusive, foge à concepção unitária de presunções). A presunção sobre a constitucionalidade não é estabelecida, portanto, tendo em vista apenas a probabilidade da constitucionalidade: em alguns casos, aliás, a presunção é em alguns estabelecida *apesar* de provavelmente antecipar um resultado errado, isto é, não raro presume-se constitucional uma lei provavelmente inconstitucional e presume inconstitucional uma lei provavelmente constitucional.

Em alguma medida, no entanto, contrariar o raciocínio lógico-probabilístico parece contra intuitivo. Isso porque o apelo desse tipo de justificativa é que, ao adotar o resultado mais provável, a chance de o juiz errar é menor. Antecipar que uma dada proposição é justificada pela razão de que ela provavelmente é justificada conduz naturalmente a um maior número de decisões certas. Presumir, por exemplo, que filhos que nascem cento e oitenta dias depois da convivência conjugal foram concebidos na constância do casamento[214] tem a distinta vantagem de que raros serão os casos em que essa presunção estará equivocada.

No entanto, nem sempre faz sentido prestigiar a diminuição do erro pelo resultado mais provável quando certo tipo de erro deve, pela sua gravidade, ser evitado. É dizer: em alguns casos, certos erros são menos aceitáveis do que outros, dado a gravidade e as consequências do erro. A presunção de inocência constitui, novamente, o exemplo, paradigmático: essa antecipação não se justifica pelo fato de que sua aplicação leva a uma maior culpabilização dos culpados e uma

[214] Art. 1597, I, Código Civil Brasileiro: "Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;"

menor absolvição dos inocentes, e sim porque "condenar um inocente é mais grave do que inocentar um culpado". Dessa forma, ao presumir a inocência, prefere-se o erro menos grave (inocentar um culpado) ao mais grave (condenar um inocente). Também daí se extrai a força da presunção: a condenação de um inocente é tão grave que a presunção contrária deve ser superada apenas se atingido níveis de certeza altos.

As presunções sobre a constitucionalidade, dessa forma, podem ser parciais quanto ao resultado menos grave: a declaração de constitucionalidade de uma lei inconstitucional pode ser vista como menos grave do que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei constitucional, hipótese em que se terá uma presunção de constitucionalidade; já se a manutenção de uma lei inconstitucional for considerada mais grave do que a remoção de uma lei constitucional, a presunção estabelecida será de inconstitucionalidade. Ademais, quão mais grave o erro, mais forte a presunção.

A partir dessa "teoria do erro", em certa medida já difundida entre aqueles que se dedicam ao estudo das presunções[215], argumenta-se que existem três possíveis vertentes de justificação das presunções[216]: (i) indutivo-probabilística, que estabelece a presunção conforme a probabilidade da constitucionalidade (diminuindo a chance de erro); (ii) procedimental, que estabelece a presunção conforme a capacidade das partes de produzir provas (diminuindo também a chance de erro); (iii) valorativas, que fixa a presunção e sua força conforme a necessidade de proteger certos valores (privilegiando o erro mais aceitável).

---

[215] ULLMAN-MARGALIT, Edna. On Presumption. **The Journal of Philosophy**, vol. 80, n. 3, Mar. 1983, pp. 143-163 e COHEN, Linda J. Presumptions According to Purpose: A Functional Approach. **Albany Law Review**, vol. 45, 1981. Quanto aos padrões de prova e a teoria do custo de erros, ver LAWSON, Gary. **Evidence of The Law**. Chicago: Chicago University Press, 2017.
[216] Essa divisão de três possíveis justificativas já foi defendia por ULLMAN-MARGALIT, *Op. cit*, e COHEN, Linda J. *Op, cit.*

5.4 Como presunções podem ser justificadas

5.4.1 Justificativa indutivo-probabilística

Em primeiro lugar, a justificativa indutivo-probabilística estabelece que presunções devem ser fixadas a depender da probabilidade de a lei ser conforme a constituição. Nesse sentido, a intensidade do controle de constitucionalidade, regulada pela presunção, deveria variar a depender da probabilidade da constitucionalidade: quanto mais provável, a constitucionalidade (ou inconstitucionalidade), maior o nível de certeza necessário para superar a presunção.

Basear a presunção na probabilidade da constitucionalidade apela, como já se disse, para a ideia de redução da chance de erro. Corre o argumento que, dado as limitações epistêmicas do controle de constitucionalidade, a regulação da intensidade desse controle conforme a probabilidade diminui consideravelmente a quantidade de decisões erradas por partes dos juízes constitucionais.

Esse tipo de justificativa, por exemplo, já foi utilizada para ajustar a presunção conforme o nível de consenso que a lei objeto de controle recebeu quando de sua edição. Nesse sentido,

> Ser mais deferente a maiorias mais substanciais por meio de uma presunção de constitucionalidade mais forte não é apenas exigido por princípios democráticos, mas também porque uma lei assim editada tem mais chances de ser superior e constitucional (...) esse argumento foca no ponto que é mais provável que grandes maiores estejam certas estejam certas – seja quanto à qualidade da legislação ou quanto à sua constitucionalidade[217].

A justificativa do autor, assim, é probabilística: há mais chances de a lei ser constitucional quando ela obtém maior aceitação do

[217] DAWSON, Edward C. Adjusting the Presumption of Constitutionality Based on Margin of Statutory Passage. **Journal of Constitutional Law,** v. 16, n.1, p. 120. No original: "Deferring more to larger majorities through a stronger presumption of constitutionality is not only warranted by democratic principles, it is also warranted because a statute passed by a larger majority is actually more likely to be a superior law, and also to be constitutional. That is, while the first argument in favor of an adjustable presumption is simply that larger majorities have a stronger claim to deference because they are larger, this argument focuses on the point that larger majorities are more likely to be right—either about the quality of the legislation itself or about its constitutionality"

parlamento. Se ela fosse inconstitucional, haveria maior resistência política nos órgãos representativos. O mesmo autor demonstra, então, que a na experiência constitucional norte-americana, as deliberações com supermaiorias, como no caso das emendas constitucionais, tendem a produzir melhor resultados[218]. Por essa razão, a presunção deve ser ajustada conforme o grau de consenso parlamentar. Não se deve perder de vista que o próprio poder legislativo (e, em alguns casos) o poder executivo avaliam a constitucionalidade da lei, e as circunstâncias em que esse exame se dá podem ser relevantes para determinar a probabilidade de a lei ser constitucional.

A relação entre consenso parlamentar e constitucionalidade talvez não seja tão simples e provavelmente varia intensamente entre países. O que se quer demonstrar com esse exemplo é apenas o potencial da justificativa probabilística e sua possível utilidade para fixação das presunções sobre a constitucionalidade.

Outro exemplo de nível probabilístico pode ser encontrado na obra de Barnett, em passagem já citada anteriormente[219]. De acordo com o autor, a experiência demonstra que o processo legislativo não se desenvolve com consideração dos direitos constitucionais. Trata-se de espaço em que interesses de maiorias e minorias prevalecem sem que se leve em consideração os direitos de liberdade do povo. Por isso, a presunção de constitucionalidade deveria ser eliminada em favor de uma presunção de liberdade.

5.4.2 Justificativa procedimental

A justificativa procedimental, por sua vez, lastreia-se num dos efeitos das presunções: a criação do ônus de prova. Assim, antecipa-se que uma alegação de constitucionalidade se presume justificada ou injustificada com o específico propósito de distribuir o ônus a uma das

---

[218] DAWSON, Edward C. Adjusting the Presumption of Constitutionality Based on Margin of Statutory Passage. **Journal of Constitutional Law,** v. 16, n.1, p. 120-122.

[219] BARNETT, Randy. **Restoring the Lost Constitution**: The Presumption of Liberty, New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 260. Ver tópico 2.3.2.

partes do processo, considerando possíveis desigualdades entre elas quanto à capacidade de produzir provas.

Portanto, a razão procedimental "tem a ver com a questão de que presunção será mais útil para adotar como um passo inicial no processo de deliberação"[220]. Nesse sentido, aloca-se o ônus da prova no litigante que está em melhor posição de produzir e apresentar provas, de modo a permitir que a decisão do juiz seja melhor fundamentada. Assim, a chance de erro diminui porque a decisão final é tomada com informações que, caso contrário, não seriam apresentadas em juízo.

Nos processos judiciais em geral, essa justificativa já se faz presente em especial a partir da figura da inversão do ônus de prova. Nesse sentido, subverte-se a regra geral de que quem alega deve provar. Nos EUA, por exemplo, quando um passageiro de trem sofre danos em razão de um descarrilamento, a presunção é que a companhia de trem foi negligente, porque é a empresa que tem maiores condições de comprovar o contrário[221]. No direito brasileiro, por sua vez, o exemplo talvez mais ilustrativo é o trazido pelo art. 6º do Código do Consumidor, que estabelece a inversão do ônus de prova a favor do consumidor[222]. Uma das justificativas mais importantes para a inversão prescrita na norma consumerista é o fato de que, em geral, é a empresa que tem condições materiais de comprovar se as alegações feitas contra ela são improcedentes.

No caso das presunções sobre a constitucionalidade, a justificativa procedimental geralmente conduz a uma presunção de inconstitucionalidade baseado na ideia de que o Estado tem maiores condições de demonstrar a constitucionalidade da lei do que o arguente da inconstitucionalidade, especialmente no que tange à avaliação das proposições de fato subjacentes à atuação legislativa. Esse raciocínio tem por pressuposto a ideia de que legisladores, quando atuam, estão

---

[220] ULLMAN-MARGALIT, Edna. On Presumption. **The Journal of Philosophy**, vol. 80, n. 3, Mar. 1983, p. 158.
[221] *Idem*.
[222] Art. 6, Código de Defesa do Consumidor, Brasil: "são direitos básicos do consumidor: (...) VIII – a facilidade da defesa e seus direitos, inclusive com a inversão do ônus de prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiencia"

munidos de dados sólidos que comprovam a necessidade e utilidade da ação estatal, dados esses produzidos pelo Poder Legislativo ou apresentados aos legisladores no momento de discussão e aprovação da lei. Desse modo, para se desincumbir do ônus deve o Estado apresentar esses estudos quando do questionamento judicial da constitucionalidade e, assim, comprovar que atuaram com base em fontes de informação críveis.

Entre outros exemplos, essa é a principal razão pela qual Barak estabelece que os fatos relevantes para a determinação da constitucionalidade devem ser comprovados pelo Estado e não pelo arguente da inconstitucionalidade[223].

5.4.3 Justificativa valorativa

Por último, a força e orientação das presunções podem também ser justificadas com referência a certo conjunto de valores. Nesse caso, o que se releva é a "aceitabilidade do erro": prestigia-se o erro mais tolerável e, consequentemente, evita-se o erro mais grave. A presunção de inocência, por exemplo, muito embora talvez não se justifique em termos probabilísticos ou procedimentais[224], continua a ser válida em razão de que protege o valor da liberdade individual e considera extremamente grave restrições indevidas a ela. O raciocínio está calcado na conhecida expressão de que é *preferível* absolver um culpado do que condenar um inocente.

É aqui que a justificativa das presunções assume maior complexidade e revela o aspecto mais importante desse instrumento: condicionar a atuação judicial a certos níveis de certeza, regulando, assim, a intensidade judicial de constitucionalidade, se dá primordialmente para o fim de *proteger certos valores constitucionais.* Se o erro de determinadas decisões for especialmente grave em razão de sua

---

[223] BARAK, Aharon. **Proportionality:** Constitutional Rights and their Limitations. Cambridge: Cambridge University Press, p. 435-455. Diferentemente do presente trabalho, no entanto, para Barak o ônus de prova apenas é aplicável aos fatos.

[224] ULLMAN-MARGALIT, Edna. On Presumption. **The Journal of Philosophy**, vol. 80, n. 3, Mar. 1983, p

violação a valores constitucionais fundamentais, é preciso que juízes apenas atuem diante de determinadas circunstâncias.

Como já se disse, esse tipo de análise deve idealmente ser realizado no âmbito de cada constituição, de modo a buscar extrair quais os valores específicos que aquela constituição protege prioritariamente. No âmbito de uma teoria geral, cabe apenas apontar para alguns dos valores mais comuns e ilustrar, com alguns exemplos, de que forma podem fixar a orientação e força das presunções.

5.4.3.1 Democracia

Fixar a presunção sobre a constitucionalidade de acordo com a democracia significa, em essência, dizer que decisões "contra majoritárias" que indevidamente anulam uma decisão legítima da maioria constituída são especialmente graves e, por isso, devem ser evitadas. Ao mesmo tempo, presunções podem ser fixadas considerando a gravidade de manter decisões que são de certa forma antidemocráticas, como por exemplo as que prejudicam um determinado grupo que não está suficientemente bem representado no *corpus* legislativo.

Um exemplo recorrente na doutrina constitucional de ajuste das presunções com base, ao menos em parte, em alguma concepção de democracia, diz respeito às leis editadas anteriormente à constituição[225]. Argumentam esses autores que se leis editadas à égide de constituições autoritárias (tal como, no Brasil, a Constituição de 1967) não representam decisões legitimamente tomadas pelo povo, de modo que não há razão democrática para exigir uma deferência judicial. Por isso, considerando a gravidade de manter normas no sistema que advém de um processo antidemocrático, estipulam esses autores que leis que estão sujeitas a uma análise de "recepção" devem ser presumidas inconstitucionais e que quem deve demonstrar a constitucionalidade da lei é o poder público.

O exemplo mais marcante, no entanto, do uso da democracia como valor que calibra a presunção advém da teoria

[225] Ver SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização. **Revista Direito GV**, v. 2, n. 1, jan-jun. 2006, p. 198.

"procedimentalista" de John Hart Ely[226] – que se inspirou, aliás, no segundo e terceiros parágrafos da nota de rodapé n.4 de *Carolene Products v. United States* e na aplicação dessa orientação judicial pelo Corte Warren[227]. Nesse sentido, muito embora Ely não tenha falado expressamente em presunções[228], sua teoria do papel dos juízes como agentes que "reforçam a representatividade" (*representation-reinforcement)* dá azo à uma forma específica de regulação da intensidade do controle de constitucionalidade[229].

Resumidamente, Ely contesta "que os juízes que decidem as questões constitucionais devem limitar-se a fazer cumprir normas explícitas ou claramente implícitas na constituição escrita"[230] (interpretacionismo) bem como afasta as abordagens que buscam suplementar a atuação judicial com valores, como o direito natural e os princípios neutros, a razão, etc. (não-interpretacionismo)[231].

Propõe, assim, baseado em decisões da Suprema Corte sob a presidência de Warren e centrado na ideia de "representatividade", que o controle de constitucionalidade tenha "uma preocupação processual num sentido mais amplo – com o procedimento por meio do qual são feitas as leis que governam a sociedade"[232]. De acordo com Ely, o intervencionismo da Corte:

> (...) era alimentado não por um desejo por parte da Corte de impor certos valores substantivos que ela considerara importantes ou fundamentais, e sim pelo desejo de assegurar que o processo político – que é o contexto em que tais valores de fato pode ser

---

[226] ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. São Paulo: Martins Fontes, trad. Juliana Lemos, 2010.
[227] ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. São Paulo: Martins Fontes, trad. Juliana Lemos, 2010, p. 100-101.
[228] Assim, é relevante deixar desde já evidente que Ely buscou desenhar uma teoria normativo-judicial de qual o papel dos juízes no controle de constitucionalidade, e não que oferecer critérios concretos para a atuação judicial. Diferencia-se, nesse ponto, de Thayer, que buscava estabelecer um padrão específico sob o qual deveriam operar os juízes. Por isso, não seria exagerado afirmar que as presunções propriamente ditas não constituem objeto de preocupação de Ely. De suas considerações, no entanto, é possível extrair uma fórmula geral de qual deve ser a intensidade do controle e, assim, qual a força e orientação das presunções sobre a constitucionalidade.
[229] ELY, John Hart. *Op. cit.*
[230] *Idem.*, p. 3.
[231] *Ibidem.*, p. 57-96.
[232] *Idem*, p. 98.

> corretamente identificados, ponderados e proporcionados entre si – estivesse aberto aos adeptos de todos os pontos de vista, em condições de relativa igualdade[233].

Além disso, se "houve decisões importantes que insistiram na igualdade de tratamento devida àqueles que a sociedade habitualmente não trata de maneira igual: especialmente as minorias racionais, mais também os estrangeiros, os filhos ilegítimos e os pobres". Assim,

> uma vez que os políticos decidissem fornecer ou proteger X para algumas pessoas (em geral, pessoas como eles mesmos), eles tinham o dever de garantir que todos fossem igualmente agraciados ou protegidos, ou então de preparar-se para explicar, de modo bem convincente, por que isso não ocorria[234].

Por isso, para Ely, a função principal dos juízes, pelo menos no contexto da constituição norte-americana, não é impor certos valores à sociedade, mas sim reforçar a representatividade. Para tanto, deveria (i) desbloquear os canais da mudança política e (ii) facilitar a representação de minorias.

No primeiro caso, as cortes devem ser vigilantes quanto às intervenções legislativas nos direitos de participação política, como a liberdade de expressão, associação política e imprensa, haja vista que são esses direitos que permitem a representatividade. Nesse sentido, leis que venham a interferir nesses direitos devem ser presumidas inconstitucionais, dado a gravidade de erros nessa seara[235]. Aliás, o próprio Ely comenta que "no que se refere à liberdade de expressão, não se podem tolerar erros"[236].

No segundo caso, considera-se que minorias não estão adequadamente representadas no Congresso, de modo que essa falta de representativa deve ser suprida pela Corte[237]. Com isso, é dever dos juízes realizarem um escrutínio mais intenso quanto a leis que afetam

---

[233] ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. São Paulo: Martins Fontes, trad. Juliana Lemos, 2010, p. 98.
[234] *Idem*, p. 99.
[235] Por essa razão, a justificativa fornecida por Ely se confunde com a justificativa que se explorará a seguir, isto é, com o ajuste da presunção conforme direitos fundamentais.
[236] ELY, John Hart. *Op. cit*., p. 1391-79.
[237] *Idem*, p. 140.

minorias que não estão devidamente representadas pelos poderes constituídos.

5.4.3.2 Direitos fundamentais

Além da democracia, certos direitos fundamentais específicos, por necessitarem de uma proteção judicial mais intensa, já fundamentaram níveis específicos de presunção. Novamente, a razão por trás desse ajuste é de aceitabilidade do erro: de tão fundamentais, a manutenção de restrições indevidas a certos direitos acarreta danos extremamente graves, de modo que se deve preferir a ausência de interferência estatal.

A justificativa democrática, como já se viu, pode se entrelaçar com a proteção específica de certos direitos fundamentais. A tese de Ely, por exemplo, baseada numa concepção de democracia, propõe que os direitos fundamentais necessários para o exercício da representatividade política sejam intensamente protegidos pelos juízes constitucionais, justamente para que a correta ponderações dos demais valores possa ocorrer sem vícios democráticos.

Mas a proteção especial de certos direitos não precisa necessariamente estar atrelada aos princípios democráticos. A "fundamentalidade" de alguns direitos pode eventualmente estar atrelada à sua importância para concretização da dignidade da pessoa humana ou a uma concepção de limites à ação governamental (mas, seguindo a diretiva aqui estabelecida, essa fundamentalidade deve ser extraída da própria constituição). Assim, poder-se-ia cogitar da proteção mais acentuada dos direitos de liberdade e igualdade, bem como a análise criteriosa de leis restritivas de direitos sociais e econômicos[238].

---

[238] Quanto à proteção da liberdade, ver BARNETT, Randy. **Restoring the Lost Constitution**: The Presumption of Liberty, New Jersey: Princeton University Press, 2004; relativamente aos direitos sociais, cf. MORO, Sérgio Fernando. **Legislação Suspeita: Afastamento da Presunção de Constitucionalidade das Leis**. São Paulo: Juruá, 1999, p. 77-81 (este última autor fala em "afastamento" da presunção de constitucionalidade, o que na verdade seria a substituição dessa presunção por uma de inconstitucionalidade).

Assim, como já se viu, a atuação judicial mais intensa na *Era Lochner* enfatizava o ajuste da presunção com base na necessidade de proteção judicial dos direitos à propriedade privada e à liberdade econômica, com base no devido processo legal substantivo interpretada da 14ª emenda à constituição dos EUA. Também a "teoria das posições preferenciais"[239], consubstanciada no primeiro parágrafo de *Carolene Products*, argumentava pela "operação mais estreita da presunção" quantos aos direitos fundamentais expressos na *Bill of Rights*.

A dificuldade, todavia, de estabelecer presunções com base em direitos fundamentais reside na sua suposta incompatibilidade o princípio da unidade da constituição (e a inexistência de hierarquia entre direitos fundamentais). Poder-se-ia argumentar que estabelecimento de critérios diferenciados de controle, nesse sentido, levaria a uma "hierarquização" dos direitos fundamentais. Afora as críticas tecidas à própria existência desse princípio[240], é preciso definir exatamente qual a abrangência da unidade da constituição e se ela apresenta alguma implicação no âmbito da relação entre leis e a constituição, ou se só é relevante para fins de interpretação constitucional (isto é, na relação entre as próprias normas constitucionais). Com efeito, já se argumentou que:

> [...] enquanto o princípio de unidade da constituição é relevante para o campo da interpretação das normas constitucionais, a teoria da posição preferencial, ou qualquer outra espécie, tem reflexos unicamente no controle de constitucionalidade da lei, ou seja, na relação entre a norma constitucional e outros atos normativos de hierarquia inferior. [...] Para tornar o exame judicial rigoroso mais aceitável para os defensores do princípio da unidade da constituição, pode-se abandonar qualquer referência à suposta posição preferencial de algumas normas constitucionais em relação a outras[241].

---

[239] Ver tópico 2.2.5.

[240] Ver SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e Sincretismo Metodológico. *In* SILVA, Virgílio Afonso da (coord.). **Interpretação Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 1ª ed., 2ª tiragem, 2007, p. 121-127.

[241] MORO, Sérgio Fernando. **Legislação Suspeita. Afastamento da Presunção de Constitucionalidade das Leis**. São Paulo: Juruá, 1999, p. 62-63.

Outra crítica possível diz respeito à possibilidade de uma proteção especial de certos direitos prejudicar a solução de casos quando da colisão de dois direitos fundamentais que são protegidos com níveis de intensidade diversos. Para melhor avaliar essa crítica, no entanto, seria necessário explorar a fundo modelos teóricos de solução desses conflitos (como, por exemplo, um modelo específico de proporcionalidade). Mas o que pode ser dito é que a abordagem pela presunção que se fundamenta na proteção acentuada de direitos fundamentais específicos prevê um controle de intensidade variante, de modo que construções universalizantes que não permitem espaço para calibração judicial parecem ser, em princípio, incompatíveis com ela[242].

[242] A variação de intensidade do controle no âmbito da proporcionalidade, no entanto, parece possível. Ver, nesse sentido, RIVERS, Julian. Proportionality and Variable Intensity of Review; **Cambridge Law Review**, v. 65, n. 1, 2006.

CONCLUSÕES

De maneira geral, o presente trabalho buscou demonstrar que presunções sobre a constitucionalidade:

1) são presunções legais relativas, isto é, antecipam o resultado da constitucionalidade com certa força e provisoriamente a partir de uma previsão inscrita na constituição;
2) tem por funções: (2.1) estabelecer o nível de certeza necessário para superar a presunção, regulando a intensidade da atuação judicial; (2.2) fornecer regras de decisão nos casos de não-superação, considerando a possibilidade epistemológica de indeterminação sobre a constitucionalidade; e (2.3) distribuir o ônus de prova, nos sistemas em que alguma responsabilidade pode ser atribuída às partes;
3) podem ser justificadas para minimizar a chance de erro sobre a declaração de constitucionalidade (justificativa probabilística e procedimental) ou para evitar os erros mais graves (justificativa valorativa).

É importante ressaltar que essa construção *não é normativa*. Não se pretendeu, com ela, defender um determinado nível de intensidade da atuação judicial. O objetivo do presente trabalho foi bem mais singelo: demonstrar *o que são essas presunções sobre a constitucionalidade*, porque é necessário adotar *alguma* presunção no controle de constitucionalidade e demonstrar *quais as possíveis formas* de justificar forças e orientações específicas de presunções.

Desse modo, o único pressuposto propriamente normativo da construção é a *racionalidade*: percorre as ideias do texto que decisões sobre a constitucionalidade, para serem racionais, dependem em alguma medida dessas presunções. Isso porque se não se sabe o nível total de certeza necessário para declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei, decisões de constitucionalidade ou inconstitucionalidade são eminentemente arbitrárias e incontroláveis. Na há *razão*, enfim, por detrás de decisões que admitem e valoram argumentos, mas, ao final, não estabelecem qual a força que esses argumentos devem apresentar para justificar uma ou outra conclusão.

Além disso, as presunções sobre a constitucionalidade demandam que juízes sejam honestos a respeito de incertezas na avaliação da constitucionalidade e, mais do que isso, que busquem as melhores respostas diante de inúmeras limitações (de tempo, de provas e até mesmo cognitivas). Situar a constitucionalidade no âmbito da epistemologia, nesse sentido, exige a construção de modelos teóricos não-ideais, que levem em consideração essas limitações dos juízes, sem deles exigir o que simplesmente não é factível.

De outro lado, espera-se também ter desvinculado as presunções de determinados ordenamentos jurídicos e demonstrado que se trata de instrumento fundamentalmente necessário em qualquer jurisdição constitucional que pretende tomar decisões racionais sobre a constitucionalidade das leis. A construção aqui de *teoria geral* pretende apenas servir como base conceitual para um refinamento dessas presunções no âmbito de cada ordenamento.

Disso se extrai, ademais, que é preciso não relacionar a figura das presunções com os EUA ou com fórmulas específicas de a autocontenção judicial (como, por exemplo, a regra da inconstitucionalidade flagrante). Muito pelo contrário, como já parece empiricamente comprovado, presunções podem concretizar posições mais ou menos intervencionistas, a depender de sua orientação e força.

Por último, cabe ressaltar que o tema das presunções é pouco desenvolvido no âmbito teórico, apesar de sua rica história jurisprudencial nos EUA. Longe de exaurir o tópico, o presente trabalho buscou ao menos alertar para sua relevância e a importância de maiores aprofundamentos.

LISTA DE FIGURAS E QUADROS

Figura 1 – Concepção unitária de presunções (ou presunções como inferências)

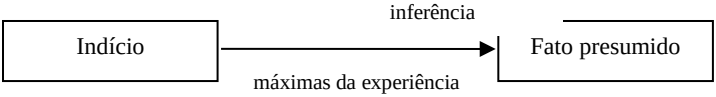
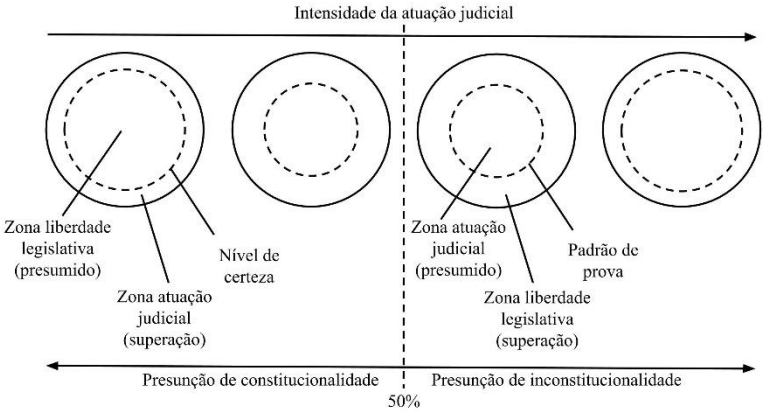


Figura 2 – Intensidade atuação judicial e presunções sobre a constitucionalidade



Quadro 1 – Combinações de justificação

Alegação	**Presunção**	**Presume-se**	**Se superada**
Constitucional	Constitucional	Justificada	Injustificada
Constitucional	Inconstitucional	Injustificada	Justificada
Inconstitucional	Constitucional	Injustificada	Justificada
Inconstitucional	Inconstitucional	Justificada	Injustificada

Quadro 2 – Exemplo de constitucionalidade indeterminada

Alegação	**Nível certeza Const.**	**Nível certeza Inconst.**	**Nível certeza Const.**	**Nível certeza Inconst.**	**Resultado epistemoló-gico**
Const.	60%	40%	70%	50%	Indeterminado
Const.	60%	40%	60%	50%	Constitucional
Const.	30%	70%	50%	60%	Inconstitucional

Quadro 3 – Decisões sobre a constitucionalidade e resultados epistemológicos

Presunção	**Superação**	**Resultado epistemológico**	**Decisão**
Const.	Sim	Inconstitucional	Inconstitucional
	Não	Constitucional ou Indeterminada (ou não-inconstitucional)	Constitucional
Inconst.	Sim	Constitucional	Constitucional
	Não	Inconstitucional ou Indeterminada (ou não-constitucional)	Inconstitucional

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Beyond Carolene Products. **Yale Law Review**, vol. 98, n. 4, 1985, pp. 713-746.

ALEXANDER, Larry. Proving the Law: Not Proven. **Northwestern University Law Review**, vol. 86, n. 4, 1992, pp. 905-915.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. **Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARNETT, Randy E. Foreword: The Ninth Amendment and Constitutional Legitimacy. **Chicago-Kent Law Review**, vol. 64, 1994, pp. 37-65.

BARNETT, Randy E. Foreword: The Power of Presumptions. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, vol. 17, n. 3, 1994, pp. 613-625.

BARNETT, Randy E. **Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty**, Princeton: Princeton University Press, 2004.

BARNETT, Randy E. Scrutiny Land. **Michigan Law Review**, vol. 106, junho 2008, pp. 1479-1500.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**. New York: University Press, 1977.

BITTENCOURT, Lucio. **O Contrôle Jurisdicional de Constitucionalidade de das Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORK, Robert H. **The Tempting of America**. New York: Touchstone, 1991.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARBONELL, Miguel. ¿Son Constitucionales las Iniciativas del Presidente?, **Metapolítica**, n. 60, 2008.

CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law: Principles and Policies**. 2nd ed. New York: Aspen Publishers, 2002.

CLERMONT, Kevin M. Standards of Proof Revisited, **Vermont Law Review**, vol. 33, 2009, pp. 469-487.

CLERMONT, Kevin. A Comparative View of Standards of Proof. **American Journal Of Comparative Law**, vol. 50, 2002, pp. 243-275.

CLÈVE, Clèmerson Merlin, LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição, Governo Democrático e Níveis de Intensidade do Controle Jurisdicional. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 2, p. 409-471, 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin, LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição Federal, Controle Jurisdicional E Níveis De Escrutínio. **Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 9, p. 97-123, 2015.

COMELLA, Victor Ferreres. **Justicia Constitucional y Democracia.** Madrid: Estudos Constitucionales, 1997.

COOLEY, Thomas. **Treatise Of Constitutional Law**. 5ª ed., Boston: Little, Brown and Company, 1883.

COX, Archibald. **The Warren Court.** Cambridge: Unversity Press, 1979.

DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paulo de Sarna, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**, São Paulo: JusPodium, 9ª ed., 2014.

DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya. A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a união de pessoas do mesmo sexo. *In:* ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). **STF e Direitos Fundamentais**, São Paulo: JusPodium, 2013.

DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. São Paulo: Martins Fontes, trad. Juliana Lemos, 2010.

FALLON JR., Richard H. Strict Judicial Scrutiny. **UCLA Law Review**, n. 54, 2007, pp. 1267-1335.

GABIN, Sanford Byron. Judicial Review, James Bradley Thayer, and the "Reasonable Doubt" Test. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, vol. 3, 1976, pp. 961-1014.

GUNTHER, Gerald. Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection. **Harvard Law Review**, vol. 86, n. 1, nov. 1972, pp. 1-48.

HAMILTON, Alexander. **Federalist Papers**. n. 78, 1787.

HAMILTON, Alexander. **Federalist Papers**, n. 81, 1787.

HAND, Learned. **The Bill Of Rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1958.

HESSICK, F. Andrew. Rethinking the Presumption of Constitutionality? **Notre Dame Law Review**, vol. 85, 2010, pp. 1447-1504.

HIMMA, Kenneth Eimar. Conceptual Jurisprudence: An Introduction to Conceptual Analysis and Methodology in Legal Theory. **Revus**, vol. 26, 2015.

JACKSON, Vicki. TUSHNET, Mark. **Comparative Constitutional Law**, New York: Foundation Press, 1999.

JAIN, Tarun. **Presumption of Constitutionality**, Icafai University Publications. Ainda não publicado. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1087388

LAURENTIIS, Lucas de. **Interpretação Conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

LAWSON, Gary. **Evidence of The Law**. Chicago: Chicago University Press, 2017.

LAWSON, Gary. Proving The Law. **Northwestern University Law Review**, vol. 86, n. 4, 1992, pp. 859-904.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 27.

LEYVA, Raymundo Gama. James Bradley Thayer, un precursor de la teoría las presunciones. **Teoria Jurídica Contemporânea**, vol. 1, jul.-nov. 2016.

LEYVA. Raymundo Gama, Concepciones y Típologias de las presunciones em el derecho continental. **Revista de Estudios de la Justicia**, n. 9, 2013.

LUSKY, Louis. Footnote Redux: A Carolene Products Reminiscence. **Columbia Law Review**, vol. 22, 1982, p. 1092.

MASSEY, Calvin. The New Formalism: Requiem for Tiered Scrutiny? **Journal of Constitutional Law**, vol. 6, n. 5, maio 2004, pp. 945-997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editores, 1996.

MORGAN, Edmund M. Further Observations on Presumptions. **Southern Carolina Law Review**, vol. XVI, n. 4, junho 1943, pp. 245-265.

MORGAN, Edmund M. Some Observations on Presumptions. **Harvard Law Review**, n. 44, 1930-1931, pp. 906-934.

MORO, Sérgio Fernando. **Legislação Suspeita. Afastamento da Presunção de Constitucionalidade das Leis**. São Paulo: Juruá, 1999.

NANCE, Dale A. Civility and the Burden of Proof. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, vol. 17, n. 3, 1994, pp. 647-690.

NOTES. The Presumption Of Constitutionality. **Columbia Law Review**, vol. 31, n. 7, 1931, pp. 1136-1148.

NOWAK, John, ROTUNDA, Ronald. **Constitutional Law**. New York: West Group, 6th ed. 2000.

NUOPPONEN, Anita. Methods of concept analysis – a comparative study, **LSP Journal**, Vol.1, No.1, 2010.

O´SHEA, John J. C.; SONDERICKER, William F. Presumptions of Constitutionality. **Catholic University Law Review**, vol. 2, 1951-1952, pp. 101-111.

POSNER, Richard. The Rise And Fall Of Judicial Self-Restraint. **California Law Review**, vol. 100, n. 3, junho 2012.

POWELL JR, Lewis F. Carolene Products Revisited. **Columbia Law Review**, vol. 82, n. 82, pp. 1088-1092.

RIVERS, Julian. Proportionality and Variable Intensity of Review; **Cambridge Law Review**, v. 65, n. 1, 2006.

SANTOS FERREIRA, William. **Princípios Fundamentais da Prova Cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARMENTO, Daniel, SOUZA NETO, Cláudio Pereira da. **Direito Constitucional. Teoria História e métodos de trabalho**. 2a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SCHAUER, Frederick. "(Re)taking Hart. **Harvard Law Review**, vol. 119, n. 3, 2006.

SHAMAN, Jeffery. Cracks In the Structure: The Coming Breakdown of Levels of Scrutiny. **Ohio State Law Journal**, v. 45, 1984, p. 161.

SHAMAN, Jeffrey. The Rule of Reasonableness in Constitutional Adjudication. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, vol. 2, 1975

SIEGEL, Stephen A. The Origin of The Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny. **American Journal of Legal History**, vol. 48, n. 4, 2006, pp. 355-407.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SNOWISS, Sylvia. **Judicial Review and the Law of the Constitution**, New Haven: Yale University Press, 1990.

SOUZA NETO, Claudio Pereira, SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SWEET, Alec Stone, MATTHEWS, Jud. All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing. **Emory Law Review**, vol. 60, 2011, pp. 101-180.

SWEET, Alec Stone. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**, vol. 72, 2008.

TAVARES, André Ramos, TOMMASINI, Nicola. Graduando a presunção de constitucionalidade. *In: Revista Fórum Jurídico*, v. 7, pp. 66-69.

TAVARES, André Ramos. Minorias e Justiça Constitucional. *In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais* – RBEC, ano 4, n. 13, jan./mar. 2010, pp. 13-33.

THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of American Constitutional Doctrine. **Harvard Law Review**, v. VII, n. 3, 1893.

THAYER, James Bradley. **A Preliminary Treatise On Evidence at Common Law**. Boston: Little, Brown and Company, 1898.

TOMMASINI, Nicola; DIAS, Roberto. Reflexões críticas sobre a declaração de inconstitucionalidade de ofício. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba: Fórum, ago. 2018, no prelo.

TREANOR, William Michael. Judicial Review Before Marbury. **Stanford Law Review**, vol. 58, 2005.

TRIBE, Laurence H. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. **The Yale Law Journal**, vol. 89, 1980, pp. 1063-1080.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 2nd ed. New York: Foundational Press,1998.

TUSHNET, Mark. Madison vs. Marbury Around the World. **Tennessee Law Review**, vol. 71, pp. 251-274.

ULLMAN-MARGALIT, Edna. On Presumption. **The Journal of Philosophy,** vol. 80, n. 3, Mar. 1983, pp. 143-163.

VERMEULE, Adrian. Judicial Review and Institutional Choice. **William & Mary Law Review**, vol. 43, n. 4, 2002, 1557-1567.

WINKLER, Adam. Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in The Federal Courts. **Vanderbilt Law Review**, vol. 59, 2006, pp. 793-871.

WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review**, New York: Basic Books, 1986.

WRIGHT, Benjamin F. **The Growth of American Constitutional Law**, Chicago: University of Chicago Press,1942.

YOUNG, Allison L. In Defence of Due Deference. **The Modern Law Review**, vol. 72, n. 4, 2009, pp. 554-580.