

Análise sobre ascensão das cortes constitucionais e democracia

1)

O **Diário de Classe** de hoje visa dialogar com o recente artigo escrito pelos professores Lenio Streck e Francisco Motta sobre democracias frágeis. A ideia é, de forma semelhante à pesquisa dos professores, articular os pensamentos aparentemente opostos de Waldron e de Issacharoff sobre o papel das cortes constitucionais em Estados Democráticos de Direito, aproximando-os a partir da relação entre o espaço de atuação das cortes.



Para tanto, apresentam-se ambas teorias, ressaltando a relação entre espaço

de decisão judicial e características e desafios das democracias contemporâneas. A coluna pretende levantar mais perguntas que respostas, contudo, entende-se que se trata de uma pesquisa interessante na busca de esclarecer o correto papel das cortes e o constitucionalmente adequado espaço da decisão judicial na dinâmica política.

Destarte, a coluna estrutura-se num desenvolvimento único, que apresenta os principais pontos de Waldron e Issacharoff, e, por fim, faz breves considerações finais sobre a hipótese proposta em alinhamento ao artigo supracitado.

2)

A ascensão das cortes constitucionais aos altos níveis de importância política é algo recente no modelo predominante de democracia contemporânea. Esse processo possui algumas características, sendo elas: a) um Estado Democrático de Direito, no qual o regime político proposto é democrático representativo e que o funcionamento desse regime está limitado pelo Direito; b) uma Constituição, na qual há separação de Poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo a arena política própria dos dois primeiros; e c) previsão de direitos fundamentais. Essa estrutura e, principalmente, a autoridade do Direito limitam e racionalizam o exercício de poder.

Esse modelo permitiu a formação e a expansão das revoluções silenciosas e pacíficas, ou seja, a renovação gradual da sociedade por meio do livre debate das ideias, da mudança da mentalidade e do modo de viver do grupo. Trata-se de importante avanço civilizatório.



Dentro desse molde, a grande questão que surgiu da prática a é "*quem é o responsável por controlar os limites jurídicos impostos às atividades políticas?*". A questão está vinculada à limitação promovida pelo *rule of law*.

Nas últimas décadas, um número sem precedentes de Estados optou por responder a indagação transferindo poder das instituições representativas para as cortes constitucionais, limitando o exercício de poder dos atores políticos e aumentando o dos principais atores jurídicos. Isso ocorreu ao mesmo tempo em que a estrutura política previu alguma forma de *judicial review*.

Esse processo de ascensão chegou a ser compreendido, por alguns autores, como uma nova estrutura. Assim, por exemplo, Hirschl e Scheppele chegaram a chamá-la de juristocracia ou cortecracia. Independente das denominações, o fato é que essa realocação de poder é um dos desenvolvimentos mais significativos do século 20 e do início do século 21.

Esse desenvolvimento é frequentemente explicado a partir da emergência da Alemanha depois do regime nazista. Trata-se de exemplo importante, pois ele ilumina o delicado desafio pelo qual diversos Estados e Judiciários passam ao enfrentar a desvinculação de um período autoritário.

Nessa situação, percebem-se dois papéis a serem ocupados pelo Judiciário. O primeiro é o de manter um sistema jurídico capaz e previsível que possibilite aos indivíduos o seu desenvolvimento num ambiente seguro e estável. O Judiciário, nesse sentido, é o garantidor do desenrolar da vida sob o *rule of law*. O segundo é o papel do Judiciário constranger os excessos do exercício de poder estatal no novo paradigma.

Reconhece-se que o caso brasileiro não é da mesma grandeza que a Alemanha pós-guerra. A nossa história institucional é melhor comparada com as transições colombiana, argentina e chilena, por exemplo. Esse segundo comparativo trata de uma democracia frágil, desenlaçando-se do autoritarismo com aspirações a um novo paradigma constitucional e democrático. Nela, há esperança de que as tradições autoritárias possam ser superadas mesmo sem uma democracia funcionalmente consolidada.

De forma geral, duas interessantes correntes de pensamento podem iluminar a relação entre o papel e os limites das cortes com o modelo democrático. Elas analisam as condições ideais da relação entre a maturidade democrática e os tribunais constitucionais. Contudo, adverte-se: apesar de aparentarem diametralmente opostas, elas serão apresentadas como complementares, seguindo a linha já exposta por Streck e Motta (2020).

Explica-se. A oposição delas é motivada pelo espaço de poder de decisão teoricamente concedido às cortes constitucionais na comparação com os poderes representativos. Contudo, há uma possível relação entre espaço de poder decisório e o nível de maturidade democrática. Em outras palavras — essa é a hipótese — quanto mais madura a democracia menor o espaço de poder das cortes constitucionais e vice-versa.

A primeira corrente é apresentada a partir de Issacharoff. O argumento central (MOTTA; STRECK, 2020) é que as cortes constitucionais fortes funcionam como antídoto para o autoritarismo, sobretudo no contexto de sociedades caracterizadas por profundas divisões.

O grande obstáculo é a criação de instituições e cultura democráticas numa sociedade fraturada pelo autoritarismo. Nessas situações, as jovens democracias precisam lidar com a difícil questão de permitir que a maioria governe ao mesmo tempo em que limita institucionalmente o seu poder (ISSACHAROFF, 2015). Ademais, *"em democracias instáveis, o choque de adrenalina nas paixões políticas da sociedade, provocado pelas eleições, pode ter o efeito (...) de aguçar a polarização e o ressentimento"* (MOTTA; STRECK, 2020, página 3), transformando as eleições num fator complicador para a estabilidade da democracia.

Como abordado acima, a maioria dos modelos constitucionais, nesse processo de transição, utilizam-se da ascensão das cortes constitucionais. De modo aspiracional, *"elas conformam o poder político a padrões elevados de obrigações para com a sociedade. E essa tensão exige a presença de uma instituição mediadora, com a capacidade institucional de impor essas restrições. Aqui, situam-se as preocupações centrais de Issacharoff: descobrir como essas restrições são exercidas, e como estabelecer comprometeros verdadeiros com estas em países sem um histórico consistente de governança democrática"* (MOTTA; STRECK, 2020, página 3)

A característica final — países sem um histórico consistente de governança democrática — é importantíssima, pois a fragilidade dos arranjos institucionais estará relacionada com a ausência de capacidade das instituições políticas gerenciarem autonomamente tais conflitos. Esse é a compreensão proposta por Issacharoff de democracias frágeis. A fragilidade da dimensão puramente político-democrática de mediar a sociedade fraturada herdada do colapso de um regime autoritário.

Percebe-se a dificuldade da missão. Trata-se de uma tarefa hercúlea das incipientes instituições democráticas de gerenciarem os conflitos sociais, estabilizarem a governança política, inserirem os valores da soberania popular, construir um projeto compartilhado de comunidade e, diante de tudo isso, exercerem a autocontenção da máquina pública para possibilitar o florescimento de rivais políticos. Tudo de forma concomitante.

As revoluções pacíficas correrão riscos nessa etapa inicial do amadurecimento democrático. Riscos que serão maiores ainda caso a tarefa seja confiada apenas nas instâncias políticas — essencialmente mais próximas das paixões e das divisões. Nesse contexto, as cortes ganham destaque.

Diante desses argumentos, Motta e Streck classificam a corrente de Issacharoff como uma posição que defende a revisão judicial de forma contextual, porque a delimitação do espaço de poder de decisão de jurisdição constitucional está vinculada ao contexto sociopolítico imaturo do Estado na qual ela está inserida. Na essência, isso significa que *"as cortes constitucionais devam ser tão mais interventivas quanto maiores forem os riscos à consolidação de democracias jovens"* (STRECK; MOTTA, 2020, página 5).



Com efeito, o constitucionalismo precisa ser vigiado para permitir a consolidação e o amadurecimento democráticos. Trata-se, na essência, da responsabilidade institucional das cortes de gerenciarem os conflitos sociais e os limites dos poderes políticos em democracias frágeis.

Aparentemente noutro sentido, Waldron apresenta corrente de pensamento consubstanciada numa profunda crítica ao exercício do *judicial review*. A crítica está vinculada — da mesma forma que Issacharoff — ao contexto sociopolítico de determinado Estado. Se antes falávamos de democracias frágeis, Waldron delimita sua crítica para democracias maduras.

Waldron sustenta que o *judicial review* é uma forma inapropriada de modelo decisório final e definitivo numa democracia madura (2006, página 1.346). Em países que adotam a revisão judicial da legislação, o povo e os seus representantes podem propor-se a solucionar os diversos desacordos morais que permeiam a sociedade. Contudo, eles não têm garantia de que a decisão tomada pela forma democrática da regra da maioria irá prevalecer.

Diante desse problema, Waldron enfrenta o "*caso contra o judicial review*". O foco do autos está na revisão judicial forte de atos do Poder Legislativo. Por revisão forte, entende-se aquela na qual as cortes podem não aplicar, declarar a anulabilidade ou nulidade ou, ainda, modificar os efeitos e/ou redação (d) o ato legislativo. Com isso, percebe-se que tanto Waldron como Issacharoff estão tratando sobre o mesmo problema — *judicial review* nos quais a Corte Constitucional tem a prerrogativa de agir como legislador negativo e mais.

Retomando, o objetivo do autor é enfrentar sem lidar com efeitos particulares das decisões ou sobre a forma como os diversos atores deveriam agir diante do problema, mas concentrar-se em responder, teoricamente, qual é o órgão responsável em solucionar de forma definitiva os desacordos morais da sociedade. Isso sem lidar com características peculiares de países específicos como, por exemplo, alguma patologia legislativa relacionada com um profundo preconceito religioso ou racial.

Na essência, dois são os principais argumentos de Waldron (2006), quais sejam: 1) a revisão judicial de legislação não proporciona à sociedade uma forma de debater o problema de forma clara, enfrentando os reais problemas e principais fatores sobre os desacordos da sociedade sobre direitos; e 2) é politicamente ilegítimo diante de uma perspectiva comprometida com valores democráticos modernos.



Como já antecipado, os dois principais argumentos de Waldron são condicionais, ou seja, eles precisam de que a democracia forneça quatro condições específicas para justificar o enfrentamento ao *judicial review*. As quatro condições que marcam a maturidade democrática exigida por Waldron são: a) instituições democráticas em bom funcionamento, o que inclui um Poder Legislativo representativo eleito com base no sufrágio universal adulto; b) conjunto de instituições judiciais em bom funcionamento compostas por integrantes não representativos aptos a receber ações individuais, resolverem litígios e manterem a autoridade do direito; c) comprometimento da maior parte dos membros da sociedade e dos agentes públicos à ideia de direitos individuais e direitos das minorias; e d) desacordos morais sobre direitos persistentes, substanciais e de boa-fé entre os membros da sociedade que são comprometidos com a ideia de direitos. Exemplo desse desacordo é o que o comprometimento com direito realmente significa, quais suas implicações e assim por diante. Como sintetizam Motta e Streck (2020, página 13), *"uma vez preenchidos esses requisitos, a sociedade deve resolver seus desacordos por intermédio de suas instituições legislativas"*.

O argumento final de Waldron (2006) é que, quando uma sociedade consegue cumprir as condições, a melhor forma de resolver os desacordos sobre direitos é utilizando as instituições legislativas. De outro giro, correlacionando o exposto com Issacharoff, o argumento é que, quando uma sociedade não consegue cumprir as condições de maturidade democrática, a melhor forma de gerenciar os conflitos sociais e limitar os poderes das maiorias é utilizando as cortes constitucionais.

3)

Com efeito, o argumento central é que a preservação e o desenvolvimento do constitucionalismo depende da proteção de instituições específicas que limitarão o exercício do poder público. Essa tarefa é compartilhada por diferentes instituições e órgãos que possuirão espaços de decisão e legitimidade democrática distintos.

Definir quais deles terão a última palavra nos diferentes conflitos sociais e qual é o legítimo espaço de decisão desses órgãos parece depender da maturidade democrática do Estado no qual estão inseridos. Como se sabe, as cortes constitucionais são, em diversos países, um dos principais atores institucionais de proteção do constitucionalismo, exercendo importante função de decisão e gerenciamento de conflitos sociais complexos.

Nessa linha, diversos autores questionam sobre qual é o legítimo espaço, em termos democráticos e constitucionais, de atuação dessas cortes. Sem a pretensão de responder de forma definitiva a questão, entender as peculiaridades e os elementos de maturidade democrática do Estado em análise parece ser um fator essencial para definir esse espaço de decisão. Com isso, entende-se que há uma relação direta entre o espaço mencionado e a consolidação democrática do Estado, o que pode justificar a expansão ou a contração do espaço decisório dos tribunais constitucionais.

Referências bibliográficas

STRECK; Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer?. Revista de Ciências Jurídicas Pensar, 2020.



ISSACHAROFF, Samuel. Fragile democracies. Cambridge University Press, 2015.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. The Yale Law Journal, 2006.

Date Created

05/06/2021