

# JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SISTEMAS DE JUSTIÇA NAS DEMOCRACIAS PLURALISTAS

Lisboa, 27.07.2022

## I. INTRODUÇÃO

1. Agradecimento aos organizadores.
2. Minha apresentação vai dividida em três partes: I. Conceitos essenciais e apresentação do cenário; II. A ascensão histórica dos tribunais constitucionais e a singularidade brasileira; e III. Tribunais constitucionais e recessão democrática no mundo atual.
3. Uma parte conceitual, uma parte histórica e uma parte conjuntural.

### Parte I

#### *CONCEITOS ESSENCIAIS E APRESENTAÇÃO DO CENÁRIO*

##### I. DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

1. A democracia constitucional foi a ideologia vitoriosa do século XX, tendo derrotado as alternativas que se apresentaram: comunismo, fascismo, nazismo, regimes militares e fundamentalismos religiosos.
2. Fusão das ideias de democracia e constitucionalismo, ela significa: soberania popular, eleições livres e governo da maioria, de um lado da moeda; e poder limitado, Estado de direito e respeito aos direitos fundamentais, de outro.
3. A democracia contemporânea é feita de votos, direitos e razões. Ela não se resume ao momento eleitoral e ao aspecto majoritário, mas pressupõe, também, o respeito às minorias e um debate público livre e robusto, legitimador das decisões tomadas a cada tempo.

##### II. SUPREMAS CORTES OU TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

1. Como documentou Tom Ginsburg, a quase totalidade das democracias contemporâneas incluem no seu arranjo institucional uma suprema corte ou um tribunal constitucional, que tem como uma de suas missões principais arbitrar

as tensões que por vezes surgem entre democracia – isto é, vontade da maioria – e constitucionalismo, isto é, proteção dos direitos fundamentais e do jogo democrático.

2. Tribunais constitucionais interpretam a Constituição. Constituições institucionalizam e limitam o poder. Não por acaso, sempre existe algum grau de tensão entre quem exerce o poder majoritário e quem tem o papel de limitá-lo. Portanto, é inevitável alguma tensão entre o Executivo e o Tribunal Constitucional.

3. Nas democracias, essa tensão é absorvida de forma institucional e civilizada, ainda que com algum choro e ranger de dentes. Quem gosta da decisão diz que foi boa interpretação constitucional; quem não gosta reclama de ativismo judicial e de invasão da esfera dos outros Poderes. Assim é porque sempre foi, nos Estados Unidos, no Brasil, na África do Sul, em Israel e onde mais houver um tribunal independente.

### III. A RECESSÃO DEMOCRÁTICA

1. Embora tenha sido a ideologia vitoriosa do século XX, nos últimos tempos alguma coisa parece não estar indo bem com a democracia constitucional em diferentes partes do mundo. Um quadro que tem sido referido como recessão democrática, retrocesso democrático, constitucionalismo abusivo, legalismo autocrático, infralegalismo autoritário, autoritarismos competitivos e outras designações críticas ou depreciativas.

2. Os exemplos se multiplicam: Hungria, Polônia, Turquia, Rússia, Geórgia, Filipinas, Venezuela, Nicarágua, El Salvador. Mesmo democracias consolidadas não escaparam de turbulências e inquietações, como os Estados Unidos e o Reino Unido. No Brasil, espantosamente, discute-se abertamente se vai haver golpe ou não vai haver golpe, para horror dos que viveram a ditadura militar e lutaram pela democracia.

⇒ Vez por outra há um discurso negacionista de que não teria havido ditadura no Brasil entre 1964 e 1985. Um período em que as eleições diretas foram suspensas, os partidos políticos extintos, o Congresso fechado diversas vezes. Só pode achar que não houve ditadura no Brasil quem não tenha conhecido um adversário do regime que tenha sido torturado, um professor universitário que tenha sido cassado ou

um jornalista que tenha sido censurado. Fechamento do Congresso, tortura, cassações e censura não são práticas consentâneas com a democracia.

3. Retomando o consenso que se formou na quadra atual, a erosão democrática já não vem mais pela via de golpes de Estado e tomada de poder por generais e seus comandados. Ela tem vindo pelas mãos de líderes políticos eleitos pelo voto popular e que, uma vez no poder, desconstroem, tijolo por tijolo, os pilares da democracia.

4. O receituário costuma ser parecido: concentração do poder no Executivo, captura do Legislativo, esvaziamento dos órgãos da sociedade civil, demonização da imprensa, mudança das regras do jogo. O chamado *populismo autoritário* pode ser de direita ou de esquerda, embora a onda atual seja predominantemente à direita, com a manipulação imprópria do conservadorismo.

⇒ Há um livro da jornalista americana Anne Applebaum, chamado *Twilight of Democracy*, e outro do italiano Giuliano da Empola, chamado *Os Engenheiros do Caos*, que narram como o pensamento conservador foi capturado, em diferentes países, pela extrema direita.

5. O populismo autoritário de direita divide a sociedade em nós e eles – nós, o povo puro, decente e conservador; eles as elites corrompidas, globalizadas e progressistas –, numa posição antipluralista (“só nós somos representantes do povo”) e anti-institucionalista (instituições que limitam e controlam o poder são atacadas e desconstruídas).

6. As estratégias costumam se repetir: a) comunicação direta com os apoiadores, mais recentemente com a utilização das mídias sociais; b) *by-pass* ou cooptação das instituições intermediárias, como Legislativo, imprensa, entidades da sociedade civil, universidades e sindicatos; e c) ataques às supremas cortes e tribunais constitucionais, que têm por papel, precisamente, impor os limites ao poder derivados da Constituição.

7. O populismo autoritário fluiu pelos desvãos da democracia. É possível identificar com clareza algumas causas:

a) **Políticas:** as pessoas não se sentem representadas. A democracia representativa vai precisar se reinventar. Em muitas partes do mundo, o slogan do protesto é “não nos representam”.

⇒ Quando estive na presidência do TSE eu gostaria de ter discutido o voto distrital misto, ao menos 30% de mulheres nos órgãos diretivos dos partidos, reserva de vagas na Câmara para mulheres, alguns critérios objetivos de distribuição do Fundo Eleitoral, entre outros temas. Mas tive que gastar toda a energia para impedir o retrocesso do voto impresso, caminho para a volta da fraude eleitoral, que sempre foi a mácula da democracia brasileira até a implantação das urnas eletrônicas.

b) **Sociais:** (i) Pobreza extrema; (ii) Desemprego; (iii) Estagnação social

c) **Identitárias e culturais**

⇒ Direitos humanos, ascensão das mulheres, ações afirmativas para negros, respeito à comunidade LGBTI+, aos transgêneros, às populações nativas, a proteção ambiental. Muita gente, infelizmente, não se identificou com essas pautas, achando que era coisa de gente progressista e, em muitos casos, ressentindo-se da hegemonia perdida.

## V. COMO ENFRENTAR A RECESSÃO DEMOCRÁTICA

1. Aprimorando sistemas eleitorais e a interlocução com a sociedade;
2. Enfrentando a pobreza, o desemprego e readequando as pessoas por meio da educação;
3. Convencendo a sociedade de que estas causas não são causas progressistas, mas são as causas da humanidade.

⇒ Quando governos populistas autoritários conseguem se reeleger, os riscos democráticos se agravam exponencialmente, como ocorreu na Hungria, Turquia, Venezuela e Nicarágua.

## Parte II

### *A ASCENSÃO HISTÓRICA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E A SINGULARIDADE BRASILEIRA*

#### I. PREVALÊNCIA DO MODELO AMERICANO DE CONSTITUCIONALISMO

1. Duas das primeiras Constituições escritas do mundo – a americana, de 1787, e a francesa, de 1791 – deram origem a dois modelos de constitucionalismo bastante diferentes. No modelo francês, que se irradiou pela Europa continental, a Constituição tinha uma dimensão essencialmente política, não comportando aplicação direta e imediata pelo Poder Judiciário. O grande princípio era o da *supremacia do Parlamento* e as leis não eram passíveis de controle de constitucionalidade.

2. Já o constitucionalismo norteamericano, ao menos desde de *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, caracterizou-se pelo reconhecimento de uma dimensão jurídica à Constituição, com a possibilidade de sua aplicação direta e imediata por todos os órgãos do Poder Judiciário. O grande princípio lá, desde o começo, foi o da *supremacia da Constituição*, em que juízes e tribunais, e especialmente a Suprema Corte, podiam exercer o controle de constitucionalidade e, conseqüentemente, deixar de aplicar as normas que considerassem incompatíveis com a Constituição.

3. Após a Segunda Guerra Mundial, o modelo norte-americano prevaleceu na maior parte do mundo democrático. Assim é que o texto constitucional e a prática institucional de diferentes países incorporaram os seguintes elementos: (i) supremacia da Constituição, aplicável diretamente, sem depender necessariamente de intermediação legislativa; (ii) controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo por uma corte suprema ou corte constitucional; e (iii) atuação proativa dessas cortes na proteção dos direitos fundamentais.

4. Note-se que a fórmula europeia é orgânica e processualmente distinta da americana, por haver optado pela criação de tribunais constitucionais (em lugar de supremas cortes), situados fora da estrutura ordinária do Poder Judiciário. Tais cortes detêm competência exclusiva para a declaração de inconstitucionalidade de leis e seus integrantes têm mandato (não sendo vitalícios, como nos Estados Unidos). Porém, os conceitos subjacentes são os mesmos: invalidade de quaisquer atos contrários à Constituição, cabendo a um órgão de natureza judicial a última palavra sobre o seu sentido e alcance.

5. Apenas para registro, houve um primeiro precedente de tribunal constitucional na Áustria, em 1920, mas sem grande repercussão mundial. No Brasil,

desde a primeira Constituição republicana, seguiu-se o modelo americano de suprema corte, igualmente sem grande expressão prática até a Constituição de 1988.

## II. ASCENSÃO GLOBAL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

1. Em todo o mundo democrático ocorreu a criação de cortes constitucionais, que experimentaram grande ascensão institucional. O Judiciário, em geral, deixou de ser um departamento técnico especializado do governo para se tornar um verdadeiro Poder. E os tribunais constitucionais passaram a ter um papel mais relevante, dividindo espaço, muitas vezes, com os poderes majoritários.

2. É que após a Segunda Guerra Mundial, a maioria dos países democráticos reconheceu que um Judiciário forte e um Tribunal Constitucional independente eram instrumentos importantes para a preservação do Estado de direito e proteção dos direitos fundamentais.

⇒ Em todo o mundo se verificou, em maior ou menor medida, o fenômeno que foi identificado como a *judicialização da política*, pelo qual grandes questões envolvendo separação de Poderes, temas éticos e sociais passaram a ter o seu capítulo final perante as supremas cortes, em casos envolvendo eleições, interrupção de gestação, uniões homoafetivas, procedimentos de *impeachment*, abolição da pena de morte, entre outros.

3. Em trabalho que publiquei em português, espanhol e inglês, e que suscitou debates interessantes, eu dividi os papéis das supremas cortes em três grandes categorias:

a) *contramajoritário*, que é o papel tradicionalmente reconhecido, pelo qual um órgão não eletivo pode invalidar atos dos poderes democraticamente eleitos, em nome da Constituição;

b) *representativo*, que é o papel desempenhado quando o tribunal constitucional atende demandas sociais constitucionalmente exigíveis e que não foram satisfeitas pelo processo político majoritário (no Brasil, a proibição do nepotismo pelo STF, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade; nos EUA, *Griswold v. Connecticut*, derrubando, em 1965, uma lei estadual que ainda criminalizava o uso de

pílulas anticoncepcionais, quando a evolução da sociedade já havia superado essa visão); e

c) *iluminista*, que é um papel a ser desempenhado com grande cautela e parcimônia, mas indispensável para empurrar a história em certos momentos cruciais, mesmo contra o sentimento majoritário vigente (*Brown v. Board of Education*, uniões homoafetivas, proibição da tortura de “terroristas” em Israel).

### III. A SINGULARIDADE DO BRASIL

1. Em dois eventos recentes de que participei, fui indagado por interlocutores sobre o “ativismo judicial” do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Uma dessas pessoas foi o presidente da Associação Sindical de Juizes Portugueses, Desembargador Manoel Soares, num evento que participamos em Cabo Verde (eu por videoconferência) e a outra foi o professor Noah Feldman, num evento que participamos presencialmente na Faculdade de Direito de Harvard.

2. Gostaria de fazer uma reflexão sobre esse tema, para ajudar as pessoas a compreenderem o que se passa no Brasil, por quais razões, com quais vantagens e quais desvantagens.

3. A primeira coisa a fazer é distinguir judicialização de ativismo judicial. *Judicialização* significa a possibilidade de se levar um tema ao Judiciário. É produto do arranjo institucional do país, dos direitos que consagra e das ações que permitem a sua tutela. A judicialização, portanto, é um fato. Já o *ativismo judicial* é uma atitude, uma maneira proactiva e expansiva de interpretar a Constituição, levando alguns princípios abstratos para reger situações que não foram expressamente contempladas, seja pelo constituinte seja pelo legislador.

4. Feita essa distinção básica, quais as razões que levam, não ao ativismo – que é raro – mas ao protagonismo do Supremo Tribunal Federal brasileiro?

a) a primeira: *uma Constituição extremamente abrangente e detalhada*, que cuida não apenas dos temas materialmente constitucionais mais óbvios – separação e competências dos Poderes, organização do Estado e definição dos direitos fundamentais –, mas também: do sistema tributário, do sistema previdenciário, do sistema de saúde, dos servidores públicos e suas diversas carreiras, da intervenção do

Estado no domínio econômico, da proteção ambiental, da proteção das comunidades indígenas, do teto de gastos etc.

⇒ Levar uma matéria para a Constituição significa, em ampla medida, retirá-la da política e trazê-la para o Direito. E isso, naturalmente, potencializa a judicialização.

b) a segunda: *o acesso amplo ao Supremo por meio de diversas ações diretas*. O modelo de controle de constitucionalidade no Brasil combina o sistema incidental e difuso com o sistema principal e concentrado no Supremo Tribunal Federal. E a Constituição prevê um conjunto amplo de ações diretas que permitem o acesso imediato ao Supremo: ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental e ação direta interventiva. Isso faz com que em relação a muitas matérias, em lugar de dar a última palavra, julgando recursos extraordinários, o Supremo dê a primeira palavra acerca de leis, atos administrativos autônomos e mesmo políticas públicas, em alguns casos.

c) a terceira: *grande número de legitimados ativos, com direito de propositura de ações diretas*. É relativamente fácil o acesso ao Supremo Tribunal Federal, por meio de qualquer dessas ações diretas. É que, exceto quanto à ação interventiva, que é incomum, um conjunto amplo de atores institucionais e sociais podem ajuizar ações diretas. Aí se incluem: o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, as mesas do Senado e da Câmara, os Governadores de Estado, as mesas de Assembleias Legislativas, todos os partidos políticos com representação parlamentar (são 30), o Conselho Federal da OAB, todas as entidades de classe de âmbito nacional e todas as confederações sindicais. Nós estamos falando de centenas de legitimados. Isso faz com que praticamente qualquer interesse minimamente relevante chegue ao Supremo Tribunal Federal.

⇒ Esse contexto de Constituição abrangente e acesso fácil torna difícil, muitas vezes, traçar com precisão a linha de fronteira entre Direito e Política. E traz, também, grande exposição pública para o Supremo, com ampla cobertura da imprensa, já que nós temos que decidir questões que vão desde a demarcação de terras indígenas até as pesquisas com células-tronco embrionárias, passando pela legitimidade



ou não da importação de pneus ou da queima de palha da cana. Sempre com algum interesse relevante sendo contrariado.

⇒ Tome-se um exemplo do presente: uma ADPF questionando a política ambiental adotada nos últimos anos. A Constituição consagra o meio ambiente saudável como um direito fundamental e a sua proteção como um dever do Estado. Uma arguição de preceito fundamental pede que se declare um estado de coisas inconstitucional nessa matéria no Brasil. Nos últimos anos, o desmatamento da Amazônia passou de 4.600 km<sup>2</sup> em 2012 para uma previsão de 15.391 km<sup>2</sup> em 2022. Mais do que triplicou. O Brasil tem acordos internacionais e legislação interna, com metas de redução de desmatamento. A pergunta que surge: deve o Supremo Tribunal Federal intervir ou não nessa matéria? O voto já proferido e as discussões já iniciadas sugerem que sim. Mas há quem discorde.

d) a quarta: *ampla competência criminal originária e por habeas corpus do Supremo Tribunal Federal*. O STF tem uma competência criminal originária para julgamento de um conjunto de agentes públicos, inclusive todos os membros do Congresso. Houve um momento, em 2017, em que tramitavam 527 processos criminais contra parlamentares no STF, entre inquéritos e ações penais. O Brasil tem um quadro grave de corrupção estrutural, sistêmica e institucionalizada difícil de vencer. Se o STF age com rigor, gera tensão com o Congresso. Se ache de forma branda, gera tensões com a sociedade. *It's a no win situation*. Uma decisão da qual fui relator, em 2018, restringiu o foro privilegiado aos casos de crimes praticados no exercício do cargo e em razão do cargo. A mudança jurisprudencial trouxe uma redução de 80% no número de processos criminais no STF.

⇒ Também chegam ao Tribunal milhares de *habeas corpus*. Aliás, foi em processo dessa natureza que o STF anulou decisões condenatórias do ex-presidente Lula, permitindo que ele seja candidato. Também aqui, com muitas reações favoráveis e contrárias.

e) a quinta: *Transmissão dos julgamentos pela televisão aberta*. Essa é uma das singularidades que mais impressiona as pessoas em outros países: o fato de os julgamentos do STF serem transmitidos ao vivo e a cores pela televisão. Há inconveniências nesse modelo: (i) é mais fácil formar consensos em uma deliberação

reservada; (ii) os votos ficaram mais longos; (iii) quando há alguma divergência mais áspera – o que não é comum, mas acontece vez por outra – ela é motivo de comentários e intrigas. Há vantagens: no imaginário social da América do Sul, prevalece a crença de que por trás de qualquer porta fechada estão ocorrendo tenebrosas transações. A imagem de 11 pessoas debatendo aberta e francamente a melhor solução para um caso, com argumentos expostos na frente de todos, é boa para a justiça. Há uma finalidade didática de compreensão da justiça. E, também, evita-se a interpretação feita com a intermediação da imprensa, porque o público tem acesso direto ao que foi dito, evitando distorções.

⇒ Uma característica do sistema brasileiro é que, ao menos nos casos mais relevantes, o Ministro vota não apenas para os colegas, mas para o público em geral, tentando demonstrar a racionalidade das escolhas que são feitas.

5. Em suma: no Brasil existe uma judicialização ampla da vida, o Supremo Tribunal Federal, por isso mesmo, acaba tendo uma posição de protagonismo e de grande exposição pública. Como julga questões polêmicas com grande visibilidade, é objeto de avaliações muitas vezes duras da população, porque sempre há um grupo insatisfeito. Se você julga um conflito entre comunidades indígenas e fazendeiros, um desses grupos assumirá uma posição severamente crítica do decidido. Se você julga uma questão entre governo e ambientalistas em relação a alguma grande obra, ocorre o mesmo.

⇒ A despeito da judicialização ampla, são poucas as decisões que podem ser consideradas tecnicamente ativistas. Eu situaria nessa categoria, com destaque, a decisão que permitiu as uniões homoafetivas, abrindo caminho para o casamento de pessoas do mesmo sexo e a que criminalizou a homofobia. Decisões que impediram a posse de Ministros de Estado e de outros agentes públicos também podem ser enquadradas nessa categoria.

### Parte III

#### *TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E RECESSÃO DEMOCRÁTICA NO MUNDO ATUAL.*

## I. O PAPEL DECISIVO E AMBÍGUO DAS SUPREMAS CORTES E TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

1. *Os governos populistas são frequentemente hostis aos valores constitucionais.* Os tribunais funcionam como uma barreira ao abuso de poder pelas maiorias. Os governos populistas, no entanto, muitas vezes são hostis aos valores constitucionais, pois defendem o poder ilimitado das maiorias políticas, atacam mecanismos de freios e contrapesos, desprezam as minorias (políticas, raciais, religiosas, sexuais) e até subordinam direitos fundamentais à “vontade do povo”.

2. *Às vezes, os tribunais podem conter ataques populistas à democracia.* As supremas cortes e os tribunais constitucionais desempenham um papel decisivo nos governos populistas, às vezes para o bem e às vezes para o mal. Quando conseguem preservar sua efetiva independência, funcionam como uma importante barreira contra o avanço sobre as instituições democráticas. Existem algumas histórias de sucesso em tribunais que desempenham esse papel.

3. *Os líderes populistas tentam enfraquecer e capturar os tribunais.* Por outro lado, lideranças autoritárias buscam capturar ou enfraquecer os tribunais supremos, atacando-os verbalmente e, também, por meio de duas ações concretas replicadas ao redor do mundo:

(i) *Empacotamento dos tribunais.* Preencher os tribunais com juízes submissos, forçando a abertura de vagas com mudanças nas regras de aposentadoria, impeachment ou aumento do número de cadeiras; e

(ii) *Supressão de poderes.* Aprovação de emendas constitucionais e legislação que retiram poderes jurisdicionais e administrativos dos tribunais ou dificultam sua atuação.

4. *Colocar os tribunais a serviço do governo.* Atores antidemocráticos utilizam essas duas estratégias para colocar os tribunais a serviço dos propósitos governamentais, beneficiando-se da legitimidade que o aval do Judiciário pode trazer para suas ações. Em alguns países, essas duas estratégias funcionaram, transformando os tribunais em linhas auxiliares do poder político autoritário.

5. *Os tribunais podem ser parte da solução ou do problema.* Resumindo: na luta contra o populismo extremista e antidemocrático, os tribunais supremos e os

tribunais constitucionais podem ser parte da solução ou parte do problema. Alguns exemplos ilustram o ponto.

## II. ALGUMAS HISTÓRIAS DE SUCESSO

1. *Colômbia*. Em um cenário menos dramático que o atual, mas em uma decisão de grande importância histórica, o Tribunal Constitucional da Colômbia, em 2010, declarou inconstitucional uma emenda à Constituição que permitia a reeleição do Presidente da República para um terceiro mandato, uma mudança que teria beneficiado o titular Álvaro Uribe. Reeleições sucessivas costumam ser o caminho para a instalação do populismo autoritário na América Latina.

2. *EUA*. Como se sabe, nas eleições de 2020 nos EUA, o presidente Trump, candidato à reeleição, alegou sem provas a existência de fraude, mesmo antes do início da votação. Ele foi derrotado por Joe Biden no Colégio Eleitoral por 306 votos a 232 e na contagem nacional por mais de 7 milhões de votos. Ainda assim, Trump nunca reconheceu sua derrota. Pelo contrário, seus apoiadores entraram com mais de 60 ações judiciais visando anular eleições em diferentes estados, não tendo tido sucesso em nenhuma delas. A própria Suprema Corte rejeitou dois processos endossados pelo presidente.

3. *Brasil*. O Brasil tem sido até agora uma história de sucesso na resistência institucional ao populismo extremista e autoritário. A Corte derrubou legislação que violava a Constituição, protegeu a liberdade de expressão, conselhos da sociedade civil, direitos dos povos indígenas e direitos ambientais, entre outras importantes decisões. Também instaurou processos criminais para investigar ataques orquestrados às instituições, incluindo ameaças e ofensas a seus Ministros. Merece destaque o importante papel que o Tribunal teve durante a pandemia, tendo salvado milhares de vidas diante da posição negacionista do Executivo.

## III. ALGUNS CASOS EM QUE OS TRIBUNAIS FORAM CAPTURADOS

1. *Argentina*. A prática populista de esvaziar, capturar e subordinar tribunais supremos tem como marco histórico o expurgo de quatro dos cinco juízes da Suprema Corte da Argentina por Juan Domingo Perón, logo após sua eleição em 1946.

Ali teve início uma longa tradição de interferência pelo Executivo no tribunal daquele país. Na história recente, muitos países seguiram esse caminho.

2. *Hungria*. Um dos exemplos mais emblemáticos é o do Tribunal Constitucional da Hungria, que gozou de poder, prestígio e independência após a redemocratização do país, com a dissolução da União Soviética. Depois que Viktor Orbán e seu partido Fidez chegaram ao poder em 2010, no entanto, a situação se deteriorou progressivamente, seguindo o seguinte roteiro: a) aumento do número de juízes do Tribunal de 11 para 15; b) redução da idade de aposentadoria para abertura de novas vagas; c) alteração dos critérios de nomeação de juízes para aumentar a interferência político-partidária; e d) supressão de competências em matéria de controle de constitucionalidade, especialmente no que se refere às emendas constitucionais.

⇒ Processo bastante semelhante se passou na Polônia. Também na Turquia, sob o regime de Recep Erdogan, emenda constitucional mudou as regras de composição da Corte e o processo de seleção de juízes. O Tribunal Constitucional, que teve importante papel na preservação do Estado laico, foi sendo progressivamente domesticado.

3. *Peru*. Na América Latina, os casos de retaliação contra os tribunais constitucionais e tentativas de captura têm sido frequentes. Um precedente mais remoto ocorreu em 1997, no Peru, quando foram afastados três juízes da Corte Constitucional que votaram contra a interpretação que permitia um terceiro mandato ao presidente Alberto Fujimori. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 31 de janeiro de 2001, condenou o Peru por violar as garantias do poder judiciário (o direito à proteção judicial) e pelo pagamento de indenização aos três juízes destituídos.

4. *Venezuela*. Atualmente, o caso mais dramático e emblemático é o da Venezuela. Hugo Chávez tomou posse em 1999 e permaneceu no poder, em sucessivas reeleições, até sua morte em 2013. Em 2004, em retaliação à Suprema Corte, que absolveu os comandantes militares que haviam tentado um golpe contra ele em 2002, o Congresso dominado por Chávez: a) aumentou o número de juízes do Tribunal de 20 para 32, no primeiro “empacotamento” para controlar o Tribunal; e b) facilitou a

destituição de juízes pelo Congresso, o que foi feito imediatamente com a destituição do vice-presidente da Corte.

Após a morte de Chávez em 2013 e a ascensão de Nicolau Maduro, a deterioração econômica levou a uma vitória significativa da oposição nas eleições parlamentares de 2015. A partir de então, o Supremo Tribunal de Justiça desempenhou seu pior papel: tornou-se aliado do presidente para neutralizar e paralisar a oposição no Congresso: a) o Tribunal declarou inconstitucionais todas as leis e atos do Congresso; b) em 2017, o Tribunal validou a convocação de uma Assembleia Constituinte, que não produziu qualquer Constituição, mas concentrou em si os principais poderes da República; e c) manteve a antecipação de uma eleição presidencial fraudada, da qual foram excluídos os principais partidos da oposição.

Resumindo: na Venezuela, o Supremo Tribunal de Justiça foi um ator proativo na desconstrução do Estado democrático. Hoje, o país é um desastre humanitário.

⇒ Episódios graves de captura de tribunais constitucionais também ocorreram na Nicarágua, na Bolívia, em Honduras e no Equador.

#### IV. AS CORTES CONSTITUCIONAIS NO JOGO DO PODER

1. Como se extrai da narrativa acima, não é fácil para os tribunais supremos cumprirem bem o papel de resistência democrática. Uma atitude omissa ou passiva por excesso de cautela, para evitar confrontos com líderes populistas, frustra sua missão. Por outro lado, o confronto aberto e solitário não costuma levar a um final feliz para os tribunais.

2. O que aconteceu na Rússia é exemplar. Em 1989, após a queda do Muro de Berlim, o Tribunal Constitucional surge como um importante ator na transição democrática. Em 1993, no entanto, a Corte entrou em conflito com Boris Yeltzin sobre os decretos que suspendiam o Parlamento, por entender que o presidente havia excedido seus poderes.

⇒ Yeltzin convocou então um referendo popular e obteve apoio para dissolver tanto o Parlamento quanto a própria Corte. No final de 1993, a Rússia tinha uma nova Constituição, mas não mais um Tribunal Constitucional, que só veio a ser

reinstalado em 1995, com um papel bem menor, e já submisso ao novo presidente, Vladimir Putin.

3. Quando há um partido hegemônico, que controla o Legislativo e tem amplo apoio nas instituições da sociedade civil e da população, é muito mais difícil frear os movimentos autoritários majoritários. Quando, por outro lado, há maior equilíbrio e competição política entre diferentes partidos e segmentos, torna-se mais viável o papel de conter os processos antidemocráticos.

## CONCLUSÃO

1. Diversos países do mundo vivem um momento de recessão democrática, com a ascensão de governos populistas autoritários. A democracia precisa se reinventar e satisfazer as promessas não cumpridas de derrotar a pobreza extrema, bem como fazer as pessoas voltarem a se sentirem participantes do processo público e bem representadas. Quando governos populistas autoritários conseguem se reeleger, os riscos democráticos se agravam exponencialmente.

2. Em quase todo o mundo democrático, após a Segunda Guerra Mundial, fortaleceu-se o Poder Judiciário e criaram-se tribunais constitucionais ou supremas cortes. Isso produziu, em intensidade variável, de acordo com o país, uma inevitável judicialização da política. No Brasil, esse fenômeno foi potencializado por fatores específicos, entre os quais uma Constituição abrangente e o acesso relativamente fácil ao Supremo Tribunal Federal, que passou a ter um protagonismo por vezes excessivo na vida nacional.

3. A capacidade das supremas cortes e dos tribunais constitucionais de impedirem a escalada autoritária de líderes populistas depende de múltiplos fatores: pluralismo político efetivo na sociedade, com partidos de governo e oposição fortes; eleições livres e competitivas; tribunais com tradição de independência e reconhecimento na sociedade; apoio de outras instituições para a defesa da democracia e do próprio tribunal; e uma sociedade que tenha uma cultura constitucional capaz de repudiar aventuras ditatoriais.

⇒ Uma última e indispensável observação: os tribunais são importantes, mas não são capazes de fazer o trabalho sozinhos. E, claro, eles devem escapar da armadilha de se tornarem atores políticos, movidos por preferências ou sentimentos pessoais (quando não partidários), deixando de fundamentar suas decisões, genuinamente, em valores e princípios constitucionais.