

A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA NAS NOVAS DEMOCRACIAS: RESENHA INFORMATIVA DO ESTUDO DE TOM GERALD DALY

CONTRAMAJORITARY DIFFICULTY IN NEW DEMOCRACIES: INFORMATIVE BOOK
REVIEW OF TOM GERALD DALY'S STUDY

Renato Gugliano Herani¹

Resenha de: DALY, Tom Gerald. *The Alchemists: questioning our Faith in courts as democracy-builders*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2017

1. COLOCAÇÃO DA OBRA NO MARCO TEÓRICO

Licença CC BY:

Artigo distribuído sob os termos Creative Commons, permite uso e distribuição irrestrita em qualquer meio desde que o autor credite a fonte original.



Tom Gerald Daly² investiga, em *The Alchemists: Questioning our Faith in Courts as Democracy-Builders*, um dos mais agudos dramas do constitucionalismo contemporâneo. A curadoria das Constituições, confiada a órgãos de cúpula do Poder Judiciário (como é da tradição norte-americana) ou a Cortes e Tribunais Constitucionais (da tradição europeia), é uma realidade experimentada com inegáveis êxitos nas democracias mundiais, porém sua função contramajoritária cada vez mais central no ambiente político de um país tem atraído muito ceticismo, quando não resistência, lançando dúvidas sobre sua real eficiência para a democracia.

Desde quando Alexander Bickel cunhou de “dificuldade contramajoritária” (“*countermajoritarian difficulty*”)³, no final do século passado, as críticas à *Supreme Court* norte-americana por seus momentos de forte controle de constitucionalidade, difundiu-se sob este rótulo a mais instigante temática constitucional da atualidade. Antes, o debate sobre o papel das

1 Professor Titular da Faculdade de Direito da FADISP (Brasil). Docente do programa de mestrado e doutorado da FADISP, Bolsistas da Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior (Funadesp). Email: <renato@advgh.com.br>

2 Tom Gerald Daly é docente da Faculdade de Direito de Melbourne, Diretor Associado do Centro de Direito Constitucional de Edimburgo na Faculdade de Direito de Edimburgo.

3 Alexander M. Bickel. *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of Politics*. 2 ed. Nova Iorque: Yale University Press, 1986.

Cortes Constitucionais⁴ na democracia remontava aos escritos de Alexander Hamilton, da virada do século XIX, e de Hans Kelsen, do início do século XX. A diferença é que desde Bickel tem se revelado uma verdadeira obsessão⁵.

O estudo de Daly integra a esta obsessiva rede investigativa, e o que nos chama a atenção é a originalidade com que aborda o tema. Acostumamo-nos com esquemas teóricos de escolas dedicadas às Cortes Constitucionais, implícita ou mesmo explicitamente inseridas em países de democracia consolidada ou madura (como os Estados Unidos⁶), usados para explicar o papel destas Cortes em contextos democráticos bem diferentes. Contrariando tal impulso, Daly desloca o referencial geográfico para os países considerados novas democracias⁷, e assim o faz sob o correto pressuposto de que, embora a dificuldade contramajoritária seja um problema global, para sua real compreensão são precisas investigações regionalizadas. Sua obra, assim pensada, soma-se a número ainda escasso de estudos críticos ao desempenho das Cortes Constitucionais nas novas democracias⁸.

Evidencia-se por aí quão a obra é fonte de inegável importância para escolas jurídicas como a latino-americana (dedicadas que são ao estudo de uma região dominada por novas democracias), e por isso de oportuna resenha. Optamos pela resenha informativa⁹, pois seu objetivo não é bem formular críticas aos argumentos do Autor, e sim promover, com algum juízo valorativo, uma profícua apresentação da obra. Parece ser a melhor opção, enquanto a obra ainda não tem a atenção que merece no Brasil.

4 Embora ciente das distinções conceituais entre Cortes Constitucionais (para Daly o mesmo que Tribunal Constitucional) e Supremas Cortes, a obra resenhada adota a nomenclatura “Corte Constitucional” para referir-se ao órgão responsável por controlar a constitucionalidade em instância exclusiva ou definitiva.

5 Sobre a história da dificuldade contramajoritária: Barry Friedman, *The history of the countermajoritarian difficulty*, parte one, *NYUL Rev.*, n. 73, p. 333, 1998.

6 É vasta a doutrina europeia e norte-americana dedicada à dificuldade contramajoritária com percepções que transitam entre defensores do controle fraco (simpáticos ao constitucionalismo político, *decision-making by legislatures*) e do controle forte de constitucionalidade (simpáticos ao *decision-making* das Cortes Constitucionais) em relação às questões centrais do constitucionalismo, formando, assim, uma rede complexa e instigante de investigação. Cita-se, como exemplo, além do já referido trabalho de Bickel, Jeremy Waldron, *The core of the case against judicial review*, *The Yale Law Journal*, n. 115, p. 1346-1406, 2015, John Ely. *Democracy and Distrust*. Nova York: Cambridge University Press, 1980, Mark Tushnet, *New forms of judicial review and the persistence of rights: and democracy based worries*, *Wake Forest Law Review*, v. 38, p. 813-838, 2003, dentre outros.

7 É sob esta nomenclatura que Daly denomina os países da “terceira onda” da democratização mundial. Reconhece haver críticas a esta classificação formulada, sabemos, por Samuel Huntington, porém, por entender ainda útil, insiste no seu uso para associar as novas democracias à terceira e mais recente onda de democratização mundial (Samuel Huntington. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*. Oxford: Oxford University Press, 1991).

8 Como outros estudos com o mesmo viés temático e também baseados nas novas democracias, como: Samuel Issacharoff, *Constitutionalizing Democracy in Fractured Societies*, *Texas Law Review*, v. 82, p. 1861-1893, 2004; Stephen Gardbaum, *Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies?*, *Columbia Journal of Transitional Law*, v. 53, p. 285-320, 2015.

9 Para os interessados numa resenha crítica da obra de Daly: Sergio Verdugo, *International Journal of Constitutional Law*, v. 16, out. 2018, p. 1357-1363

2. DESENVOLVIMENTO DA OBRA

2.1 CONTROLE FORTE DE CONSTITUCIONALIDADE NAS NOVAS DEMOCRACIAS

Daly adverte para a “grande tendência” (“*big trend*”) de se confiar às Cortes Constitucionais o papel de *democracy-builder*, por acreditar-se na sua capacidade de liderar processos de democratização por controle forte de constitucionalidade¹⁰. Converteram-se, com otimismo exagerado, na “tecnologia da democracia” para Estados obterem a desejada fonte de independência e neutralidade político-partidária no trato das questões constitucionais, embora sejam órgãos que ascenderam sob forte e contínua tensão entre o Direito e a Política.

As vulnerabilidades sociais de certas regiões (como a América Latina), que tanto dificultam a efetivação das Constituições, reforçam a posição do poder neutro para ser o último reduto de velamento do conteúdo jurídico-fundamental. Quanto mais ampliado é o rol de direitos fundamentais (como se viu nas Constituições latino-americanas das décadas de 80 e 90 do século passado), a tendência é menos a classe política responder com efetividade social a tal ampliação, e o efeito da inoperatividade legislativa aumenta, como tem aumentado, a carga funcional do juiz constitucional, com a transferência decisória dos Poderes Legislativos e Executivo para ele e o Judiciário em geral.

Contudo, toda sorte de disposição ao ativismo jurisdicional constitucional nas novas democracias não está, assim se evidencia, a salvo de respostas do sistema político. Atento a este aspecto, Daly o capta desde países como Brasil, Colômbia e África do Sul, onde a Justiça Constitucional tem fomentado no seio da classe política resistência à sua atuação (*backlash* político), aquiescência ou ainda conivência com o ativismo judicial, neste último caso com o efeito da transferência conveniente do polo decisório sobre temas sensíveis (como a implementação dos direitos sociais) do político para o jurídico. Todas estas hipóteses colocam à prova a eficiência do desempenho excessivamente ativo, sem limites seguros e precisos, das Cortes Constitucionais em Estados acometidos por graves patologias funcionais (como ineficiência legislativa e hiperpresidencialismo), além de violações recorrentes aos direitos fundamentais.

¹⁰ Daly trabalha com duas tipologias do controle de constitucionalidade quanto ao seu alcance. Uma é a *strong judicial review* e a outra é *weak judicial review*. Aquela refere-se à capacidade de a Corte Constitucional dar a última palavra sobre as questões de constitucionalidade. Já aquele, ao contrário, supõe sua atuação no controle da constitucionalidade, porém a palavra final será do parlamento. Diz que o controle forte de constitucionalidade é o fenômeno mais extraordinário dos tempos atuais.

2.2 BRASIL NO CENTRO DO INTERESSE

O germe das preocupações de Daly, como ele enaltece, está na “jurisprudência da democratização doméstica”, simbolizada no precedente angular da sua pesquisa, que é o caso da ADPF 153, em que o STF reconheceu a constitucionalidade da Lei da Anistia e, assim, conflitou com o entendimento a esse respeito da CIHD (*Amnesty Law Case*).

Este precedente confirma o centro de gravitação do constitucionalismo legal-político nas Cortes Constitucionais em períodos (como o vivido pelo Brasil desde as diretas-já) de retorno da democracia. Sua tese está na afirmação de que o contexto de democratização propicia uma jurisprudência constitucional distinta em comparação com igual jurisprudência nas democracias maduras. Desde esta hipótese, persegue uma estrutura conceitual capaz de explicar as causas deste fenômeno, que é comum aos países em transição democrática.

Sua perseguição estrutura-se, desde esta hipótese, por três questões-pilares: (a) como as Cortes Constitucionais nacionais e regionais de direitos humanos contribuíram de forma central com a superação dos regimes autoritários e ditatoriais do final do século passado? (b) Qual é o seu papel atualmente na democratização dos países e como a realidade vigente influencia na sua atuação? (c) E qual deve ser o papel destas Cortes, se comprado com o que é observado nas democracias maduras?

2.3 DAS REFLEXÕES TEÓRICAS ÀS EVIDÊNCIAS

Com ambições ousadas, a obra adota uma metodologia que não é nem puramente empírica (embora exercite a análise particular e real de específicas Cortes Constitucionais), nem puramente teórico-dedutiva (embora inicie a obra com elementos filosóficos sobre a democracia e finalize com o debate normativo sobre o papel destes órgãos). Adota, na verdade, ambos os métodos, com intuito de alcançar uma base prática sólida alimentada por discussões teóricas.

Seguindo este programa metodológico, no Primeiro Capítulo (*The Core Concept: Democratisation*), Daly dedica-se à precisão conceitual. Para investigar a dificuldade contramajoritária sob específico referencial geográfico, supõe ser conveniente antes precisar os conceitos que são centrais na investigação. São eles, “democracia”, “democratização” e “constitucionalismo”. É aqui que Daly anuncia sua ideia de “construtores da democracia” e diz estar associada às atividades que suportam o processo de democratização dos Estados que, no pós-guerras, suplantaram a ditadura com novos padrões democrático-constitucionais.

Os Segundo e Terceiro Capítulos (*The Rise and Limits of Constitutional Courts as Democracy-Builders* e *The Rise and Limits of Human Rights Courts as Democracy-Builders*) oferecem-nos rica e instigante análise histórica sobre as estruturas, competências e desempenho das Cortes Constitucionais nacionais e internacionais nas novas democracias. Seu foco está no modo como as Cortes Constitucionais assumiram o papel central na arena política de países como Hungria, Colômbia e África do Sul e, com especial destaque, Brasil. Sua análise desafia percepções mais idealistas e menos realistas sobre a jurisdicional constitucional no constitucionalismo do pós-guerras.

Daly prepara suas análises discutindo, antes, a força paradigmática do Tribunal Constitucional alemão de 1951. Retrata seu compromisso com a criação da esfera pública democrática (*jurisprudence of democracy*) e mostra que, assim agindo, virou modelo de *court-centric democratisation* para os países da terceira onda democrática, como ressignificou as Cortes internacionais, que passaram a ser a quintessência das “democratisation courts”. A estrutura institucional e a força política das decisões do TCA suscitaram a imaginação e a estima pela combinação perfeita: onde há Constituições mais densas e com elas o desejo da consolidação democrática, exige-se Cortes Constitucionais mais poderosas, sobretudo quando já se perdeu a fé nos demais atores políticos.

O Quarto Capítulo (*Democratisation Jurisprudence”: Framing Courts Democracy-Builders Roles*) aprofunda o estudo sobre as Cortes nacionais e internacionais nas democracias consolidadas, com a comparação dos modelos jurisdicionais constitucionais das novas democracias, desde o desempenho jurisprudencial. O resultado é uma base teórico-comparativa com a qual permite-se analisar as Cortes no processo de democratização dos países.

O Quinto Capítulo (*Domestic Democratisation Jurisprudence in Action: Brazil Since*), voltado ao Brasil, explora com muita fidelidade e sólido juízo crítico a jurisprudência do STF e sua inter-relação com a jurisprudência da CIDH. Assinala posturas convergentes entre estes órgãos, como evidencia os conflitos e seus impactos políticos. As análises se estendem pelo Sexto Capítulo (*Regional Democratisation Jurisprudence: Shaping Democracy from Outside*), quando aborda o engajamento da CIDH com o processo de democratização do Brasil, avaliando o alcance e impacto doméstico de suas decisões.

3. O FUTURO DOS CONSTRUTORES DA DEMOCRACIA

O ponto alto da obra está em como Daly encaminha suas proposições para responder ao questionamento do último Capítulo: *What Should Courts Do in a Young Democracy?*

Sob um método dialógico-comparativo, a dificuldade contramajoritária é analisada sob um paralelo argumentativo entre as correntes afinadas com as democracias maduras e as alinhadas com as novas democracias. Os contrastes dão o devido peso às patologias sociopolíticas das novas democracias e ao modo como influenciam na modelação das ações jurisdicionais constitucionais. E, assim, tem-se a base teórica que, pode-se dizer, é emancipatória no tratamento do tema investigado.

Sua principal premissa está na evidência de que o constitucionalismo de transformação exige das Cortes Constitucionais habilidades adequadas à particularidade do seu contexto político-social, como mediar a transição para o novo regime, lidar com a fragmentação político-partidária, atuar sobre as mais rudimentares mazelas socioeconômicas, dentre outras. Significa, pois, recusar-lhes forçosa similitude ao desempenho das Cortes no seio das democracias maduras; e, nesse passo, emancipar-se de soluções binárias para o dilema da dificuldade contramajoritária (comumente formuladas para as democracias maduras), para as quais a atuação das Cortes deve ser ou de controle forte ou de controle fraco de constitucionalidade. Daly assim refuta a transposição de supostos modelos puros, ou seja, divorciados da realidade política dos países.

A proposta de Daly para um modelo global e real de *court-centric democracy-building* não prega propriamente a ruptura com os modelos vigentes, ao contrário, ao mesmo tempo que busca preservação do que se verifica profícuo, propõe a superação da crença excessiva nas Cortes Constitucionais.

Fala assim num “conservadorismo dinâmico”, considera possibilidades mais amplas de interação dialógica entre as jurisdições nacionais e internacional, se estendendo para toda sorte de articulação da Justiça Constitucional no cenário político. E aqui está, a nosso ver, uma evidência das mais poderosas sobre o constitucionalismo contemporâneo: a Justiça Constitucional não deve, em si mesma, ser fator de substituição ou sufocamento dos demais atores políticos. Ao contrário, suas ações devem ser eficientes e estritas (a) na garantia dos direitos democráticos, no fortalecimento do sistema eleitoral e na prevenção contra o retorno do autoritarismo, ou seja, na criação de uma esfera público-democrática, como devem ser estratégicas (b) na superação do autoritarismo para direcionar o país à nova base normativa e de justiça social, como, com a igual importância, e deferentes (c) aos

demais Poderes por decisões que bem clarificam seu campo de atuação, para evitar assim as crises institucionais. Para sustentar este modelo jurisdicional constitucional, Daly oferece-nos variados argumentos de cunho normativo de rearranjo do papel das Cortes Constitucionais. E sua essencial proposição parece mesmo estar no estímulo ao diálogo institucional e ao equilíbrio das forças políticas e, com isso, num plano geral, na superação da dependência excessiva às Cortes Constitucionais.

O destaque final da obra é o tom provocativo sobre o futuro (*future-gazing*) das Cortes Constitucionais. Daly pergunta se os rumos da democracia são de reforço do modelo de centralização das Cortes Constitucionais ou, ao invés, é de superação por um novo paradigma, ainda a ser desvendado.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BICKEL, Alexander M.. **The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of Politics**. 2 ed. Nova Iorque: Yale University Press, 1986.

DALY, Tom Gerald. **The Alchemists: questioning our Faith in courts as democracy-builders**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2017

ELY, John. **Democracy and Distrust**. Nova York: Cambridge University Press, 1980.

FRIEDMAN, Barry Friedman, The history of the countermajoritarian difficulty, parte one, **NYUL Rev.**, n. 73, p. 333, 1998.

GARDBAUM, Stephen, Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies?, **Columbia Journal of Transitional Law**, v. 53, p. 285-320, 2015.

HUNTINGTON, Samuel. **The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century**. Oxford: Oxford University Press, 1991 .

ISSACHAROFF, Samuel, **Constitutionalizing Democracy in Fractured Societies**, *Texas Law Review*, v. 82, p. 1861-1893, 2004

VERDUGO, Sergio, The Alchemists: questioning our Faith in courts as democracy-builders, **International Journal of Constitutional Law**, v. 16, out. 2018, p. 1357-1363.

WALDRON, Jeremy, The core of the case against judicial review, **The Yale Law Journal**, n. 115, p. 1346-1406, 2015.

Recebido em: 23/03/2021

Aprovado em: 04/08/2021