

O DESENHO INSTITUCIONAL COMO GARANTIA DO CUMPRIMENTO DO PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

Diogo Conduru¹

1 INTRODUÇÃO

A experiência histórica da humanidade, dominada em séculos pelo uso de sistemas políticos subjetivos, em que prevalecia a vontade, muitas das vezes, de um único sujeito, como reis e imperadores, forjou a democracia como reação e não como um sistema ideal de governo, ou seja, como um aparelho de controle contra a voluntarismo e o solipsismo, a democracia (da era moderna) foi pensada como uma maneira de evitar abusos e garantir a estabilidade da vida em comum.

O Federalista James Madison assim sintetizou o espírito da democracia, cujas regras foram feitas para que o poder fosse reciprocamente controlado:

“Mas o que é o próprio governo, senão a maior das críticas à natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário governo algum. Se os homens fossem governados por anjos, o governo não precisaria de controles externos nem internos” (MADISON, 2011, art. 51., pág. 350).

Ocorre que a democracia moderna surgiu, ao mesmo tempo, para se afastar da vontade subjetiva de um soberano, e para garantir o domínio de uma aristocracia comercial (que necessitava de estabilidade), limitada pelo conceito de cidadão.

Assim, a solução encontrada para controlar a vontade de uma só pessoa, foi substituída pela fábula do povo, mas que encontrou logo um óbice em seu caminho: o próprio povo. Foi então criado o sistema representativo, para viabilizar o governo democrático, que, diferente daquele da antiguidade não poderia mais ser exercido diretamente. Contudo, o sistema representativo em sua origem, dizia mais sobre o desejo de manter o *status quo* do que propriamente refletir a vontade articulada das pessoas, ou de sua maioria:

“A voz publica articulada pelos representantes do povo será mais consoante com o bem público do que se articulada pelo próprio povo, reunido para esse propósito.

(...) cultivar e ampliar a visão popular, filtrando-a por meio de um corpo eleito de cidadãos, cuja sabedoria está mais apta a discernir os reais interesses de seu país” (MADISON, 2011, pág. 51).

Nascia então o afastamento do povo da tomada de decisões, confiadas a um corpo com sabedoria para discernir as melhores políticas públicas, surgindo as bases que fundamentariam uma tecnocracia, que é o exercício do poder de decisão daqueles que possuem capacidade técnica, ou sabedoria suficiente para escolher dentre as opções possíveis.

Embora tenha ficado explícito no pacto federalista americano a exclusão do povo pela representação por não ter

capacidade para a tomada de decisão, no século XIX uma nova roupagem foi assumida, e o que era exclusão deliberada, transmutou para democracia possível:

“Se antes as instituições representativas haviam sido fundadas numa oposição deliberada ao ideal de democracia, agora passavam a ser descritas como a consumação desse ideal possível sob as condições modernas. assim, nascia o mito fundador da ideologia democrática liberal – a ficção improvável de que o governo representativo ensinaria o governo do povo” (MOUNK, 2019, pág. 72).

Essa nova roupagem, contudo, muniu as instituições do verdadeiro espírito democrático, aproximando-as efetivamente da participação do povo de maneira mais ativa, seja através de associações, de fóruns de discussão ou até mesmo da relação entre o eleitorado e seus eleitos, diminuindo a necessidade do distanciamento previsto por Madison (2011). O tempo se encarregou de aproximar as instituições do espírito público, definindo o papel do cidadão na democracia:

“Os cidadãos tem dois papéis principais em uma democracia madura. São, em primeiro lugar, os juízes das competições políticas cujos veredictos, expressos em eleições formais, em plebiscitos ou em outras formas de legislação direta, são normalmente decisivos (...) Os cidadãos são, porém,

¹ Diogo Seixas Conduru, Doutorando em Direito Constitucional pelo IDP, Mestre em Direito pela UFPA, Advogado, Membro da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais do Conselho Federal, Vice-

Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do Pará, Juiz Membro Titular do TRE/PA. Email: dconduru@icloud.com

participantes das competições políticas que julgam: são candidatos e correligionários, cujos atos ajuda, de diversas maneiras, a dar forma à opinião pública e a decidir os votos dos outros cidadãos” (DWORKIN, 2011, pág. 122.).

Se de um lado o avanço do pluralismo e a necessidade em uma Democracia de garantir os direitos e liberdades individuais acima das opiniões majoritárias diminuíram o poder de decisão final do povo, de outro a democracia liberal garante a participação irrestrita dos cidadãos no debate, garantindo não só a liberdade de opinião e de imprensa, o direito de votar e ser votado, como o direito a participação e voz ativa nos processos decisórios. Portanto, para que a democracia representativa liberal seja legítima, a fundamental participação do povo, do exercício de sua soberania, passou a reivindicar outras tantas necessidades, uma delas, a de informação:

“A democracia deliberativa também reconhece que, sem uma educação ampla sobre os aspectos básicos do governo democrático para todos os cidadãos e sem um público informado a respeito dos problemas prementes, decisões políticas e sociais cruciais simplesmente não podem ser tomadas” (RALWS, 2003, pág. 233)

A informação é o maior mecanismo de defesa democrático, na medida em que permite que tenhamos acordos razoáveis sobre questões inconciliáveis, diante da nossa capacidade de sermos razoáveis e de termos um equilíbrio reflexivo (Ralws, 2003). É diante da informação que nos tornaremos mais tolerantes e diante dela perderemos o medo e as dúvidas.

O processo democrático não pode mais ser visto como uma ficção verticalizada, onde o povo elege o legislativo, por exemplo, que faz as leis e que por sua vez são justas, porque refletem a vontade do povo nas urnas. O processo democrático é continuado, as negociações sociais são dinâmicas e exigem a participação da sociedade na aprovação de leis, na administração do Estado, não de maneira fictícia, mas real. A democracia evoluiu e as instituições se consolidaram inclusive na possibilidade de mecanismos de controle da maioria, daí o papel fundamental do Judiciário e do controle de constitucionalidade que são concessões importantes da soberania majoritária, como o foram a garantia das liberdades.

E é quando o judiciário assume esse protagonismo que diversas críticas são feitas, em relação ao déficit democrático que possui, por se tratar de juízes não-eleitos.

O objetivo deste artigo não é defender o constitucionalismo, ao contrário, partiremos da premissa de que este é o melhor arranjo dentro de um conjunto de instituições democráticas e da separação dos poderes. Este artigo tem como objetivo demonstrar que os arranjos internos das cortes constitucionais, em países de tradição democrático-constitucional, são importantes para manter a função institucional e seu papel democrático.

Se, a participação informada é o que compensa o cidadão que é filtrado pela representatividade, então qualquer desenho institucional de uma suprema corte deve levar em conta a participação do cidadão nos debates para a tomada de decisões. Portanto, o desenho interno que diz como funciona as deliberações de uma corte constitucional dizem muito do objetivo que aquela corte quer

atingir e porque não, da sua própria legitimidade.

Para isso, iremos confrontar o desenho brasileiro, que servirá de ponto de partida para a conclusão que pretendemos chegar, de que o desenho institucional não é uma faculdade da admiração do tribunal para a melhor ordenança, mas deve estar em consonância com os princípios democráticos, o que por sua vez trará as decisões das cortes constitucionais o reconhecimento maior e porque não a legitimidade da sociedade.

2 O DESENHO INSTITUCIONAL COMO GARANTIA DO CUMPRIMENTO DO PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

A escolha do local onde deve haver o debate público sobre questões controversas na sociedade, se no Judiciário ou no Legislativo, parece definir o sistema com o qual determinada comunidade se organiza politicamente. Apesar das tentativas, não parece correto uma teoria normativa e moral sobre qual a melhor forma de organização política, senão aquela que é baseada na experiência, no método de tentativa e erro.

Isso significa dizer que não há um sistema de governo moralmente adequado e, mais ainda, dentro desse sistema, uma forma normativamente correta. Portanto, o sucesso do sistema democrático, que possui o constitucionalismo como núcleo, diz muito mais sobre o sucesso da experiência do modelo de arranjo político, até aqui, do que propriamente a descoberta metafísica de que estamos

destinados a nos organizar desta forma.

A aproximação de países como a Inglaterra e a França do constitucionalismo (STRECK, 2019) são bons indícios de que o experimento americano funcionou e tem a capacidade de melhor estabilizar as relações sociais, reconfigurando a clássica separação dos poderes. No entanto, a má compreensão do que seja a democracia, tem gerado uma forte resistência a este modelo, uma reação, principalmente de governos populistas.

Isso não significa, contudo, que o núcleo institucional do constitucionalismo, as *Cortes Supremas*, receberam um cheque em branco da sociedade para decidir como querem, ou melhor, que a última palavra em questões morais devem ser respondidas pela somatória de vontades individuais daqueles que compõem a cúpula do judiciário.

Em grande medida o problema está localizado exatamente aí: porque deve prevalecer a vontade de alguns poucos homens e mulheres geralmente não eleitos em detrimento daqueles que foram escolhidos para representar a maioria?

Afirmar que são eles a voz da minoria, embora seja correto, não é suficiente, pois que possuem o poder de dizer o que são ou não as minorias que devem ser protegidas, de modo que a pergunta ressurge com outra conotação: porque a Suprema Corte possui legitimidade para fazer escolhas políticas últimas em detrimento do Parlamento?

A resposta pode estar exatamente naquilo que forjou a democracia como um sistema de controle de poder, ou seja, a

própria natureza humana. Se é correto afirmar que criamos um sistema para evitar que houvessem abusos por parte de quem detém o poder, significa dizer que partimos da premissa de que nossa tendência natural é perpetuar-se no poder¹, ou seja, por mais bem intencionados, o poder nos seduz, de modo que o próprio mecanismo de funcionamento político do parlamento, através de negociação e cessão, embora dificulte a concentração de poder, facilita trocas para continuar exercendo o poder, ainda que fragmentado.

Assim, a experiência nos tem mostrado que determinadas questões estão muito melhor servidas em um sistema em que os atores sejam juízes independentes. Para Dieter Grim (2011) o constrangimento seria aquilo que faz com que um juiz ou um grupo de juízes não consiga decidir de maneira voluntarista, pois, diferente da política, há um sistema complexo de regras e debates que o constroem a não permitir uma lógica diversa da jurídica, e neste mesmo sentido, chamando de constrangimento epistêmico, Lênio Streck (2017).

Este constrangimento pode encontrar eco em teorias como a da integridade de Ronald Dworkin (2016) em que o juiz é levado ao melhor argumento a partir da luz da integridade do sistema somado a coerência de suas decisões, o que lhe impediria de tomar decisões solipsistas.

Esse tipo de constrangimento requer uma sociedade que tenha a capacidade de debater estas questões, requer uma doutrina forte que consiga efetivamente persuadir aquele que decide e até mesmo constroer-lo a não decidir como quer, mas como deve. Por mais falhas que um sistema que franqueia a tomada de decisões a juízes não-eleitos possa

ter, é mais facilmente corrigido do que aquele em que a tomada de decisões é baseada em acordo e concessões, como no sistema político.

Não se quer dizer aqui que todas as decisões devem ficar a cargo de juízes constitucionais, ao contrário, há um número infundável de questões relevantes que não podem e não devem ser por eles decididas, a questão tratada aqui é em tese e em ocasiões em que estão em conflito aquilo que a maioria deseja, com os direitos que, muitas das vezes servem para garantir a estabilidade da própria organização política, ou o que está em jogo são direitos puramente constitucionais.

A questão que agora deve ser aqui debatida é, de que maneira prática podemos aproximar a tomada de decisões pelas Supremas Cortes daquilo que é o seu ideal? E a resposta pode estar no *design* institucional que deve ser adequado a cada país.

No Brasil, por exemplo, atualmente o judiciário se encontra no centro dos debates políticos, está sendo contestado por um número cada vez maior de pessoas que destacam argumentos já há muito ultrapassados em teoria, como o déficit democrático e a inadequação do local de debate, que parte como base de uma clássica e superada visão de democracia e separação de poderes.

Talvez, o que provoque tanta insatisfação esteja bem menos na possibilidade do judiciário resolver conflitos constitucionais e mais na forma como os vem resolvendo, através de decisões monocráticas muitas das vezes. O problema está muito mais na sensação de que o juiz está exercendo um poder ilimitado do que propriamente no desempenho da função jurisdicional

¹ Há autores, inclusive, que conceituam a democracia como um conjunto de regras e arranjos institucionais que visam evitar a dominação de uns sobre os outros (SHAPIRO, 2016)

constitucional por uma corte formada de juízes não eleitos.

A questão é, se o judiciário é fundamental ao funcionamento democrático e, como diz Dwrokin (2017) é um exercício de poder, então o juiz possui o dever de *accountability*, ou seja, possui o dever de prestar contas à sociedade sobre o exercício de seu poder, lembrando que o constitucionalismo foi a garantia de que não haveria exercício de poder arbitrário. Isso significa que ao juiz não cabe mais o agir “de acordo com a sua consciência” ou o “livre convencimento motivado”, como se houvesse alguma margem discricionária na sua atuação.

A imaginação de que o juiz possui certa margem de ação surgiu com a mais potente teoria do direito que temos conhecimento, o positivismo, que moldou não somente o nosso sistema jurídico, mas, principalmente a nossa forma de raciocinar. Por sua vez, o positivismo jurídico (e as ciências de maneira geral), é baseado em uma tradição da filosofia Kantiana que possui na consciência do sujeito a principal característica para a identificação da solução dos problemas postos. O sujeito seria capaz de, despido de preconceitos e, com base na razão pura, encontrar as soluções adequadas no universo para a resolução de diversos problemas (Streck, 2017).

O mito de que o STF seja o guardião da Constituição, que dá a última palavra em relação à Constituição, criou a ideia de que esta última palavra pode ser discricionária e auto justificada nos seus fundamentos em si, ou baseada na Constituição interpretada de maneira idiossincrática, como se essa justificativa fosse válida por si.

Contudo o Supremo decide para um número muito maior de pessoas leigas, sem a capacidade técnica de contestar, a partir de argumentos jurídicos, os

fundamentos usados em uma determinada decisão. Em um país cuja doutrina é em sua maior parte superficial, reprodutora daquilo que se decide, com pouca crítica de forma e conteúdo, a sensação é mesmo de que um Ministro tudo pode.

O que defendemos é que uma mudança no desenho interno institucional nos traria em boa medida a resposta para a segurança do jurisdicionado de que o exercício do poder de decidir não é discricionário e sem controle. Cito como exemplo dois tipos de mudanças que poderiam ser implementadas no Supremo Tribunal Federal: i. procedimento de participação da sociedade em deliberações e ii. Decisões monocráticas *ad referendum* em plenário.

Não é o caso aqui de exaurir o debate ou esmiuçar cada uma destas alternativas, que devem ser material de pesquisa rigorosa, o intuito aqui é mostrar o quanto é importante modificar o desenho institucional interno da Suprema Corte, ou melhor, de que o arranjo interno de tomada de decisões é uma saída real à desconfiança gerada pelas decisões da corte constitucional.

Que temos o *amicus curiae*, isso é certo, mas a regra para a habilitação e participação nos parece discricionária e a publicidade dos encontros deficiente. Um melhor procedimento de participação que não dependa da discricionariedade do juiz, mas que possua regras claras e públicas de participação, poderá dar ao procedimento de decisão uma maior sensação de legitimidade para além da mera fundamentação, facilitando o constrangimento decisório. A participação informada das pessoas em qualquer processo de deliberação pública, seja no Legislativo ou no Judiciário, é fundamento da democracia e compensa a participação indireta feita através de representantes.

As decisões monocráticas, que talvez constitua o maior alvo de contestação hoje dentro da sociedade brasileira, e que dão no mais das vezes uma sensação de liberdade arbitrária, poderiam ser ou vedadas – mas para isso dever-se-ia diminuir sensivelmente as competências não-constitucionais do Supremo – ou serem *ad referendum* do plenário, com a obrigação de toda decisão liminar ter de ser referendada imediatamente, sob pena de perder o efeito imediatamente.

Hoje, inclusive, com o auxílio de tecnologias virtuais, esse referendo é mais simples e não requer a reunião física dos Ministros, de modo que não há justificativas para que uma decisão monocrática, que, muitas das vezes, são capazes de suspender leis, permaneçam baseadas na vontade de um único sujeito, que não raramente contraria a vontade da própria corte.

São muitos, enfim, os instrumentos de desenho interno que poderão dar a sensação de que o poder exercido não é ilimitado, e veremos que o problema talvez esteja muito mais na forma do que na aceitação da corte constitucional como *locus* para dirimir conflitos.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo buscou-se demonstrar que a democracia não é uma forma de governo metafísica, baseada em preceitos normativos morais e universais, mas o melhor sistema de governo humano, baseado no método de tentativa e erro.

Internamente, a democracia experimentou diversos arranjos, sendo o constitucionalismo o arranjo mais bem-sucedido para garantir que não haja um desvirtuamento da democracia pela maioria, o que

gera uma maior estabilidade social dentro deste sistema político de repartição dos frutos da cooperação social.

Se por um lado, o constitucionalismo, cujo núcleo é a jurisdição constitucional exercida por uma corte de juízes não-eleitos possui ampla aceitação teórica, de outro lado a sensação de discricionariedade e de uso ilimitado de poder incomoda a sociedade e gera uma expectativa negativa.

O que se defende aqui é que o problema da expectativa será muito melhor resolvido com mudanças internas no formato de deliberação das cortes, do que propriamente na limitação desse poder e da transferência destas deliberações para o parlamento. Ou seja, vale muito mais a pena investir em mudanças interna dos desenhos institucionais, do que em retornar à velha separação dos poderes que não atende mais a necessidade das sociedades modernas.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. **A justiça para ouriços**. São Paulo: Almedina Brasil, 2016.

GRIMM, Dieter. **Constitucional adjudication and constitutional interpretation**: Between

Law and Politics. *NUJS Lw Review* 15: Chicago, 2011.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os Federalistas**. São Paulo: Fundação Calouste Gulbekian, 2011.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RAWLS, John. **Justiça como Equidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003

SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais**: em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: JusPodvim, 2012.

SHAPIRO, Ian. **Politics Against Domination**. London: Harvard University Press, 2016.

STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Forense, 2019.

STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

Acesse as demais edições da revista em:

