

REVISTA POPULUS

ISSN 2446-9319

TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E DEMOCRACIA NO SÉCULO XX

CONSTITUTIONAL COURTS AND DEMOCRACY IN THE 20TH CENTURY

Cristian Patric de Sousa Santos *

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo realizar uma breve explanação do papel dos Tribunais Constitucionais na consolidação de democracias contemporâneas ao longo do século XX. Apresenta-se, inicialmente, o processo de expansão da jurisdição constitucional, desde a construção pretoriana nos Estados Unidos da América, no caso *Marbury versus Madison*, em 1803, até a consagração dos tribunais constitucionais na segunda metade do século XX, com a queda de regimes totalitaristas na Europa, África, Ásia e América do Sul, em contextos políticos de amplos movimentos de redemocratização. Ao fim, faz-se uma breve apresentação dos tribunais constitucionais e das supremas cortes no contexto latino-americano.

Palavras-chaves: Tribunais Constitucionais. Democracias Contemporâneas. Jurisdição Constitucional. Redemocratização.

ABSTRACT

This article aims to briefly explain the role of Constitutional Courts in the consolidation of contemporary democracies throughout the twentieth century. Initially, the process of expanding judicial review is presented, from the praetorian construction in the United States of America in the *Marbury v. Madison* case in 1803 to the consecration of constitutional courts in the second half of the twentieth century, with the fall of totalitarian regimes in Europe, Africa, Asia and South America, in political contexts of broad redemocratization movements. Finally, a brief presentation of the constitutional courts and supreme courts in the Latin American context is presented.

Keywords: Constitutional Courts. Contemporary Democracies. Judicial Review. Redemocratization.

* Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito. Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Professor de Direito Constitucional da Faculdade Salvador (FACSAL) e do Centro Universitário Salvador (UNICEUSA). Servidor Público Federal do TRE-BA.

1 INTRODUÇÃO

A teoria e prática constitucionais tem captado um fenômeno contemporâneo: a aproximação entre as Cortes Constitucionais e a sociedade civil. Os Tribunais Constitucionais, no Brasil e no mundo, ascenderam ao centro decisório de temas que antes eram reservados às instâncias políticas tradicionais. Suas decisões ultrapassaram os limites da esfera de debates estritamente jurídicos, romperam as fronteiras do universo acadêmico e ganharam as ruas. Ao procedimento argumentativo envolto de técnica jurídica, adicionaram-se análises econômicas, políticas e sociais. Suas manifestações, assim, passaram a surtir claros efeitos no cotidiano das pessoas.

Os Tribunais Constitucionais, ao se imiscuírem em questões antes adstritas às esferas políticas majoritárias, deparam-se com questionamentos acerca da legitimidade democrática de suas decisões. O fato de juízes não eleitos poderem invalidar leis e atos normativos editados por agentes cuja legitimidade é haurida diretamente pelo voto popular revela uma tensão entre o exercício da jurisdição constitucional e a democracia. Diante disso, o presente artigo pretende realizar uma breve explanação sobre a atuação dos Tribunais Constitucionais na consolidação das democracias contemporâneas, com fins de reafirmação da sua importância.

A partir de textos e contextos distintos, serão verificadas situações em que as Cortes Constitucionais atuaram como verdadeiro vetor de garantia da democracia em locais e períodos específicos. Para tanto, será feita inicialmente uma breve exposição acerca do desenvolvimento da jurisdição constitucional ao longo do tempo para, posteriormente, enveredar pela análise da atuação das Cortes nas democracias contemporâneas. Por fim, serão apresentadas algumas considerações sobre a atuação das Cortes latino-americanas na consolidação de democracias ditas emergentes.

2 EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: DOS PRIMEIROS PASSOS ÀS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS

Tribunais Constitucionais e Supremas Cortes tem se tornado o *locus* de decisão de temas antes pertencentes às instâncias políticas tradicionais. Judicialização da política, ativismo judicial e controle jurisdicional de políticas públicas são, por exemplo, fenômenos recentes que transferem aos tribunais o poder decisório sobre questões inicialmente adstritas à política majoritária e de alta complexidade. Tal fenômeno é descrito por Ran Hirschl nos seguintes termos:

Com recém-adquiridos mecanismos de controle de constitucionalidade, tribunais superiores ao redor do mundo têm sido frequentemente chamados a resolver uma série de problemas – da extensão das liberdades de culto religioso e de expressão, dos direitos à igualdade e à privacidade e da liberdade de reprodução, a políticas públicas relacionadas à justiça criminal, à propriedade, ao comércio, à educação, à imigração, ao trabalho e à proteção ambiental. Manchetes sensacionalistas sobre decisões judiciais importantes a respeito de temas con-

troversos – casamento entre pessoas do mesmo sexo, limites para o financiamento de campanhas e ações afirmativas, para dar apenas alguns exemplos – tornaram-se fenômeno comum².

A atuação dos tribunais, neste contexto, é questionada sob o véu crítico da “dificuldade contramajoritária”³, especialmente quando se está diante de questões consideradas moralmente complexas.

Dentre os grandes críticos da jurisdição constitucional, filiando-se a uma ausência de amparo democrático, encontra-se Jeremy Waldron, que constrói um discurso de oposição ao denominado judicial review e estabelece em seu argumento, inicialmente, quatro pressuposições acerca da sociedade: a de que esta possui instituições democráticas em boas condições de funcionamento, inclusive com um poder legislativo representativo; um conjunto de instituições judiciais igualmente em boas condições de funcionamento; um comprometimento da maioria dos membros da sociedade com os direitos individuais e de minorias; e a discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos entre os membros da sociedade. Waldron defende que as discordâncias quanto a direitos de seus membros – e questões moralmente complexas – devem ser resolvidas pela instância legislativa, e não pelo Poder Judiciário⁴.

Ocorre que as pressuposições de Waldron não são fielmente observadas. Por diversas vezes, verificam-se profundas crises nas democracias representativas, a submissão do Poder Judiciário aos poderes políticos e um reduzido grau de comprometimento com as distintas minorias. Um resultado possivelmente aferível é a notória expansão da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas, o que pode ser descrito em três fases específicas, denominadas como as três ondas do controle de constitucionalidade.

A história da justiça constitucional tem início no século XIX, em uma fase denominada por Tim Ginsburg como a primeira onda do controle de constitucionalidade⁵, consagrada com a afirmação, em 1803, da doutrina do judicial review of legislation no célebre caso *Marbury versus Madison*, fato ao qual se atribui a origem do controle difuso de constitucionalidade no direito norte-americano. Ginsburg afirma que, embora os fundamentos ideológicos necessários da jurisdição constitucional estivessem presentes em tempos precedentes – as noções judaico-cristãs de lei superior limitadora de leis inferiores; a noção lockeana de governo como contrato social em que os cidadãos, berços de direitos, concebiam o governo como portador de deveres; e a incorporação do contrato social em uma constituição escrita –, um conjunto de relatos políticos sobre a origem do judicial review enfatiza a teoria dos jogos e os constrangimentos estratégicos específicos utilizados por John Marshall no famoso julgado de 1803 como a gênese moderna da jurisdição constitucional⁶.

2 HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 722, 2006.

3 BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

4 A essência da oposição ao judicial review. WALDRON, Jeremy. *A Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Trad. Adatao Villela e Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

5 GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 81-88.

6 Idem, ibidem, p. 82-84.

A segunda onda teve início com o modelo de jurisdição constitucional de Hans Kelsen, cujo projeto contemplou a criação de uma Corte Constitucional, distinta do poder judicial ordinário, para salvaguardar a ordem constitucional, e teve assento específico no período pós-Segunda Guerra Mundial. Embora muitos afirmem de forma equivocada que a maioria dos países europeus criou Cortes Constitucionais, apenas os países recém saídos de regimes fascistas – Áustria, Alemanha, Itália, Portugal e Espanha – de fato o adotaram, juntamente com constituições que contemplavam amplas previsões de direitos, associando a jurisdição constitucional a sua proteção. A redemocratização de países recém saídos de regimes fascistas e o processo de independência e constitucionalização de antigas colônias, como na Índia e em países africanos, completaram o movimento da segunda onda do processo da jurisdição constitucional⁷.

Nestas duas primeiras ondas, verifica-se a criação dos dois sistemas fundamentais para o controle de constitucionalidade: o sistema norte-americano, que deixou como legado o sistema difuso de controle de constitucionalidade, através do qual qualquer juiz ou membro do poder judiciário tem aptidão para o exercício do judicial review; e o sistema austríaco, de Hans Kelsen, pelo qual o controle de constitucionalidade estaria adstrito a um órgão específico, com função exclusiva para a verificação da compatibilidade, formal e material, de atos infraconstitucionais com a constituição.

A terceira onda da jurisdição constitucional foi palco de um novo período de democratização e novos tribunais constitucionais foram criados. A queda do muro de Berlim e a derrocada da antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas foram fatos que a impulsionaram. Toda constituição que sucedeu a queda dos regimes socialistas contemplou alguma previsão de tribunal constitucional, exceto a Estônia, que adotou o modelo americano. Países africanos e asiáticos também criaram novos tribunais constitucionais ou revigoraram os já existentes. O resultado após o processo de intensificação da jurisdição constitucional ao longo das três ondas é que, atualmente, a maioria das constituições contém alguma previsão de exercício de controle de constitucionalidade, seja por uma Corte Constitucional ou por algum tribunal ordinário⁸.

Com isso, é possível afirmar que as sociedades democráticas atuais, tanto as de tradição romano-germânica quanto as adeptas ao sistema do *common law*, contemplam distintos mecanismos de controle de constitucionalidade, ora através da adoção do sistema americano, ora contemplando o sistema austríaco, além daqueles ordenamentos que contemplam o sistema misto, como no Brasil.

Assim, no contexto expansionista do Poder Judiciário destaca-se, no Brasil e no mundo, a atuação dos Tribunais Constitucionais e Supremas Cortes e o amadurecimento de complexos sistemas de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos editados pelo poder público. Em períodos e locais distintos, por experiências históricas e formulações diversas, percebeu-se a necessidade de criação destes mecanismos, como instrumentos de contenção da atuação estatal e das políticas majoritárias, uma vez que o próprio Estado e maiorias ocasionais poderiam violar os direitos fundamentais.

7 GINSBURG, 2008, p. 85-87.

8 GINSBURG, 2008, p. 87-88.

O fenômeno da expansão global do Poder Judiciário caminha ao lado do surgimento das constituições expansivas e dirigentes ao longo do século XX. As questões antes debatidas no campo da legislação infraconstitucional e, muitas vezes, ao sabor das políticas majoritárias, foram constitucionalizadas. Com isso, não apenas na Europa, mas em todo o mundo, os tribunais constitucionais passaram a se manifestar sobre os diversos temas do tecido social, desde questões relacionadas aos direitos fundamentais expressamente assegurados no texto constitucional até àquelas moralmente complexas, cujo sentido e alcance ultrapassam a mera positividade formal.

Neste contexto, será apresentado o papel que os tribunais constitucionais vêm desempenhando na consolidação das democracias contemporâneas, objetivo principal do presente artigo.

3 TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E DEMOCRACIAS NO SÉCULO XX

O século XX foi palco de experiências históricas distintas. Democracias foram fundadas, suprimidas e reinstaladas. Como conceito histórico⁹, o processo de afirmação da democracia pode ser encarado como uma longa trilha em que um viajante, ao atravessar um deserto plano e interminável, se depara com pequenos obstáculos, quando finalmente inicia a escalada até o momento presente¹⁰. Regimes totalitaristas irromperam processos de emancipação civilizatória, como o stalinismo na Rússia, o nazismo na Alemanha, o fascismo na Itália, o salazarismo em Portugal e o franquismo na Espanha. O mundo assistiu atônito a diversas barbáries cometidas em nome de um projeto de Estado. As guerras de 1914 e 1939 deixaram marcas indelévels na história das nações. Eric Hobsbawn afirma que a compreensão do século passa, necessariamente, pelo desmoronamento do grande edifício da civilização cujas colunas ruíram em face das duas guerras mundiais¹¹.

No campo da ciência jurídica, o positivismo ideológico foi fundamental para a implantação do totalitarismo e regras eram válidas por mera imposição de uma autoridade formal, independente do conteúdo axiológico que nela residisse. Diante de regimes totalitaristas, democracias declinaram.

O caminho civilizatório, contudo, é inconstante. Avanços e retrocessos são identificados durante todo o processo de afirmação histórica dos direitos fundamen-

9 “Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do Homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva também na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa de evoluir social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo.” (SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e Poder Popular - Estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 43).

10 A metáfora é apresentada por Robert Dahl e relata a inconstância do processo de afirmação da democracia ao longo dos seus 25 séculos de vivências. Ainda sobre as nuances históricas do regime democrático, o autor, acerca do século XX, afirma: “Durante esta última metade do século XX, o mundo testemunhou uma extraordinária alteração política, sem precedentes. Todas as principais alternativas para a democracia desapareceram, transformaram-se em sobreviventes excêntricos ou recuaram, para se abrigarem em seus últimos bastiões. No início do século, os inimigos pré-modernos da democracia – a monarquia centralizada, a aristocracia hereditária, a oligarquia baseada no sufrágio limitado e exclusivo – haviam perdido sua legitimidade aos olhos de boa parte da humanidade. Os mais importantes regimes antidemocráticos de século XX – o comunista, o fascista, o nazista – desapareceram nas ruínas de uma guerra calamitosa ou, como aconteceu na União Soviética, desmoronaram internamente. As ditaduras militares foram totalmente desacreditadas por suas falhas, especialmente na América Latina; onde conseguiram sobreviver, em geral adotaram uma fachada pseudodemocrática.” (DAHL, Robert. *Sobre a Democracia*. Trad. de Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2016. p. 11-14).

11 HOBBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos: O breve século XX: 1914 – 1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 30.

tais. Tais direitos, frutos de demandas por liberdade e igualdade, foram gestados ao longo de inúmeros documentos que hoje, por acerto semântico, atribui-se o nome de “constituição”. Desde as primeiras escrituras, passando pelas inscrições revolucionárias de inspiração liberal-burguesa do século XVIII, até recentes tratados e convenções de tutela internacional dos direitos humanos, impõem-se, ao longo de tais documentos de natureza constitucional, limites ao poder do Estado¹².

A história dos movimentos constitucionais carrega como elemento comum a consagração de valores fundamentais que protegem cidadãos e cidadãs de todo o mundo contra o arbítrio estatal¹³. A dinâmica que se impõem é crucial: à medida que o Estado perpetua novas ofensas aos direitos fundamentais, novas conquistas estabelecem novos limites. Outras ofensas, outras necessidades, outros limites.

Na inconstância do processo civilizatório, contudo, há um reencontro entre Direito e ética. O rompimento da ciência jurídica com o positivismo ideológico, que impregnou o conhecimento científico ao longo das décadas de 1930/1940, inaugura um novo capítulo na história do constitucionalismo. O modelo lógico-formal pretendido por Hans Kelsen é superado e a incorporação de valores e parâmetros éticos de aplicabilidade do direito ganham fôlego e reoxigenam o juspositivismo. Com Konrad Hesse, o Direito Constitucional passa a ser encarado como ciência normativa e à constituição é atribuída uma “força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado”¹⁴. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o constitucionalismo abre-se para um novo marco: o pós-positivismo.

Democracias renascem.

Dentre os grandes acontecimentos relacionados ao desenvolvimento das democracias no século XX, então, figuram a elaboração de constituições pautadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana no momento pós-Segunda Guerra Mundial, quadra histórica específica de ascensão do neoconstitucionalismo¹⁵. As constituições italiana, de 1947, e alemã, de 1949, inauguraram um novo modelo de Estado cujo compromisso político alinhava-se à centralidade dos direitos fundamentais e uma nova demanda na etapa evolutiva: a fraternidade.

Neste contexto, foram instaladas, na Europa e em diversos países fora do continente, os Tribunais Constitucionais e as Supremas Cortes, cujo objetivo maior era a garantia da supremacia constitucional, formal e material. Se todo o ordenamento jurídico devia obediência à constituição, era imprescindível a existência de um órgão específico para a garantia da sua incolumidade. Assim, deu-se, por

12 Para uma visualização da sequência dos principais documentos produzidos ao longo da história e as grandes etapas na afirmação dos direitos humanos, até a etapa de sua internacionalização através de tratados e convenções, vide: COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

13 Neste sentido, vide Karl Loewenstein: “La historia del constitucionalismo no es sino labúsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente”. (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 2018. p. 150).

14 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 11.

15 Sobre o tema, Luís Roberto Barroso identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no direito constitucional e estabelece, para a consagração do neoconstitucionalismo, três marcos fundamentais: o constitucionalismo desenvolvido no período imediatamente após a Segunda Guerra Mundial, com a consolidação do Estado constitucional de direito ao longo das décadas finais do século XX como marco histórico; a ascensão do pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética como marco filosófico; e, por fim, o desenvolvimento das ideias da força normativa da constituição, com Konrad Hesse, a expansão da jurisdição constitucional e o amadurecimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional como marco teórico. (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*: Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional no Brasil. Belo Horizonte, Fórum, 2018. p. 189 - 201).

exemplo, a instalação do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 1951, e da Corte Constitucional Italiana, em 1956.

Conforme relatado por Louis Favoreu, o “desenvolvimento da justiça constitucional é certamente o acontecimento mais marcante do Direito Constitucional europeu da segunda metade do século XX”¹⁶. A jurisdição constitucional passa a ser um dos temas mais enfrentados pelos constitucionalistas e os Tribunais Constitucionais são consagrados como mais um agente de consolidação da democracia. Para Ginsburg, inclusive, em novas democracias surgidas após a superação de regimes fascistas e comunistas na Europa e nas ex-colônias que enfrentaram a onda de descolonização e reconstrução constitucional fora do velho continente, onde tradições de direitos eram relativamente subdesenvolvidas, a criação de tribunais constitucionais era a fórmula ideal para suplantar um poder judiciário ordinário, com pouca capacidade de restauração da ordem. Ademais, a disseminação de movimentos internacionais de direitos humanos no período pós-guerra associada aos mecanismos judiciais de proteção fez com que a jurisdição constitucional fosse vista como importante ferramenta contra governos arbitrários¹⁷. Mauro Cappelletti afirma que “o julgamento constitucional tornou-se um dos maiores mecanismos para mudança jurídica, social e econômica”¹⁸.

Assim, atualmente, na agenda decisória dos tribunais menciona-se como exemplo as ações afirmativas, a descriminalização de condutas, a legalização das uniões homoafetivas e até mesmo processos relacionados à macro política. Conforme Hirschl:

A judicialização da política agora inclui a transferência massiva, para os tribunais, de algumas das mais centrais e polêmicas controvérsias políticas em que uma democracia pode se envolver. Lembremo-nos de episódios como o resultado das eleições presidenciais de 2000 nos Estados Unidos, a nova ordem constitucional na África do Sul, o lugar da Alemanha na União Europeia, a guerra na Chechênia, a política econômica na Argentina, o regime de bem-estar social na Hungria, o golpe de Estado militar liderado por Pervez Musharraf no Paquistão, dilemas de justiça transicional na América Latina pós-autoritária e na Europa pós-comunista, a natureza secular do sistema político turco, a definição fundamental de Israel como um ‘Estado judeu e democrático’, ou o futuro político de Quebec e da federação canadense: todos esses e muitos outros problemas políticos altamente controversos foram articulados como problemas constitucionais.¹⁹

As sociedades contemporâneas, então, passaram a encarar o Poder Judiciário como mais um agente catalisador das grandes tensões políticas e democráticas. A jurisdição constitucional tornava-se ator social de garantias de processos democráticos, com forte atuação dos Tribunais Constitucionais e das Cortes Supremas em diversas partes do mundo.

16 FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 15.

17 GINSBURG, op. cit., p. 85-87.

18 CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984, p. 18.

19 HIRSCHL, 2006, p. 722.

O cenário evolutivo da jurisdição constitucional ao longo do século XX conduziu os Tribunais Constitucionais e as Supremas Cortes a desempenharem três papéis distintos: inicialmente, o papel contramajoritário, ao invalidar leis e atos normativos editados por Poderes eleitos democraticamente; o papel representativo, por atenderem demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas tradicionais; por fim, e que talvez gere maiores divergências no âmbito acadêmico, o papel iluminista, ao promoverem avanços sociais que seriam uma imposição do processo civilizatório, e que, todavia, ainda não obtiveram adesão majoritária²⁰.

Há causas de natureza diversas para o fenômeno. A primeira delas foi o reconhecimento, após a 2ª Guerra Mundial, da importância de um Judiciário forte e independente como elemento essencial das democracias modernas, para a proteção dos direitos fundamentais e do Estado de direito. A segunda causa envolve uma certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, aborto ou mesmo descriminalização de drogas leves, como a maconha²¹.

Tais fatos podem ser considerados diagnósticos para o avanço da jurisdição constitucional em temáticas antes pertencentes às zonas deliberativas das instâncias políticas tradicionais.

3.1 ALGUMAS NOTAS SOBRE OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E SUPREMAS CORTES NA AMÉRICA LATINA

Na América Latina, inseridas no contexto da terceira onda de democratização²², Cortes Constitucionais também assumiram o relevante papel de agente catalisador das transformações políticas e sociais, especialmente quando situadas em uma quadra histórica de superação de regimes ditatoriais estabelecidos na região ao longo da segunda metade do século XX. Judicialização da política e ativismo judicial são termos que passaram a figurar também nos debates cotidianos dos tribunais latino-americanos²³, os quais foram alçados a atores centrais da política local. Neste sentido, Helmke e Ríos-Figueroa explanam:

Os tribunais são atores centrais na política latino-americana. Em toda a região, os juízes agora moldam políticas que antes eram determinadas apenas por presidentes e legisladores. Nas últimas duas décadas, os tribunais foram convidados a decidir uma série de questões sociais, políticas e econômicas. Se a ree-

20 BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2173, 2018.

21 BARROSO, 2018, p. 2177.

22 HUNTINGTON, Samuel P. *The Third Wave: Democratization in the Last Twentieth Century*. Norman: University of Oklahoma, 1991.

23 COUSO, Javier A.; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel. *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, BRASILEIRO010.

leição deve ser permitida, os poderes executivos expandidos, as medidas econômicas de emergência mantidas, os presidentes impugnados, o abuso de direitos humanos processados, o divórcio e o aborto permitidos, o estrangeiro apoiado e a medicação contra a Aids disponibilizada, esses são os tipos de questões políticas atualmente decididas por juízes latino-americanos. À medida que a lista de áreas nas quais os tribunais intervêm cresceu, o judiciário emergiu como uma das instituições mais importantes - ainda que profundamente contestadas - da política latino-americana de pós-guerra (tradução livre).²⁴

O desenvolvimento da jurisdição constitucional na América Latina deu-se em um cenário político extremamente conturbado, uma vez que sua própria composição orgânica e independência na atuação eram constantemente ameaçados por governos ditatoriais que vigoraram na região durante a segunda metade do século XX. Até mesmo a superação de regimes ditatoriais não trouxe, de imediato, o fortalecimento do Poder Judiciário, por fatores distintos, como a predominância de um Poder Executivo forte, uma filosofia legal conservadora, a falta de infraestrutura adequada, a falta de confiança de diversos setores da sociedade civil e a constante instabilidade política²⁵.

Relevante estudo acerca dos Tribunais Constitucionais na América Latina apresenta resultados acerca do papel destes órgãos sob a ótica das expectativas de cidadãos diante dos magistrados, dividindo-os em três distintos momentos: primeiro, a atuação dos tribunais na proteção de direitos fundamentais dos indivíduos contra abusos dos poderes majoritários, especialmente em períodos ditatoriais; em seguida, a atuação estratégica dos tribunais na busca de resultados baseados em interesses egoísticos dos magistrados, geralmente associados a interesses de grupos elitistas, o que traz risco à autonomia destes órgãos; por fim, em um terceiro momento, a função de instrumento de luta pela democracia, com decisões contrárias às políticas governamentais e controle de atos ofensivos às regras constitucionais²⁶.

O que se observa, assim, é uma maior convocação do Poder Judiciário na atuação de temas relacionados ao desenvolvimento da democracia nos diversos ordenamentos. Mesmo não sendo observado de forma uniforme em todo o continente latino-americano, pode-se afirmar que, em um contexto de expansão global do Poder Judiciário, também na América Latina os Tribunais Constitucionais e Supremas Cortes desenvolveram relevantes atuações no processo democrático.

Em países como Costa Rica e Colômbia e, cada vez mais, Chile, Brasil e México, os juízes são considerados grandes atores políticos, capazes de moldar as questões mais importantes do

24 HELMKE, G.; RÍOS-FIGUEROA, J. Introduction: Courts in Latin America. In: *Courts in Latin American*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 1.

25 “O notório empacotamento de Carlos Menem da Suprema Corte da Argentina em 1990 e a série de decisões judiciais altamente questionáveis que se seguiram levaram os observadores a concluir que os freios e contrapesos na América Latina eram frustrantemente evasivos. Por outro lado, os estudiosos alertaram que, mesmo que os juízes desfrutassem da independência, a filosofia jurídica conservadora e a mentalidade burocrática enraizada na tradição legal do civil law impediram que os juízes latino-americanos protegessem os direitos individuais e humanos. Esta foi a principal lição dada pela Suprema Corte do Chile.” (tradução livre). (Idem, *ibidem*, p. 1-2).

26 BRASILEIRO, Rebecca Bianca de Melo Magalhães. *Cortes Constitucionais da América Latina: uma análise de suas características e funcionamento*. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

dia. E mesmo em contextos em que os tribunais foram repetidamente intimidados, como a Argentina nos anos 90 ou, mais recentemente, a Bolívia, o Equador, a Nicarágua e a Venezuela, o Judiciário, para melhor ou para pior, passou a dominar o discurso político nacional (tradução livre).²⁷

Movidos especialmente pelas novas constituições que contemplavam um amplo catálogo de direitos e garantias fundamentais, as decisões dos Tribunais Constitucionais e das Cortes Supremas começaram a resguardar direitos de grupos historicamente marginalizados, minorias que não encontravam os seus espaços diante das instâncias políticas tradicionais e das políticas majoritárias assumidas pelo Estado. Assim, os tribunais passaram a reverberar os anseios de cidadãos e cidadãos antes distantes dos processos decisórios estatais.

A expansão do Poder Judiciário no continente latino-americano, então, também funcionou como elemento de avanço e estabilização do regime democrático, ainda que de forma inconstante e, certas vezes, morosa.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A jurisdição constitucional tem assumido papel relevante na consolidação das democracias contemporâneas. Fatores históricos e políticos distintos conduziram um processo de expansão global do Poder Judiciário e alçaram Tribunais Constitucionais e Supremas Cortes a agentes catalisadores das tensões democráticas. Diversos temas antes pertencentes às esferas de deliberação dos poderes majoritários, instâncias políticas tradicionais, foram deslocados para o campo decisório das Cortes Constitucionais, fenômeno fortalecido pela proliferação de constituições expansivas.

Se a defesa do ordenamento jurídico-constitucional se submete a um mecanismo de controle de constitucionalidade no qual o Poder Judiciário figura como importante agente estabilizador, e se as constituições tratam de temas diversos e relevantes de uma determinada sociedade, consequentemente os Tribunais Constitucionais e Supremas Cortes irão se manifestar sobre temas diferenciados do tecido social.

Com isso, desde a construção pretoriana norte-americana em 1803, no caso *Marbury versus Madison*, considerada a primeira onda de expansão da jurisdição constitucional, até os movimentos de redemocratização em países europeus, asiáticos, africanos e sul-americanos, observa-se a consolidação do papel das Cortes Constitucionais e sua consequente atuação nas democracias, condensados nos seus papéis representativo, contramajoritário e iluminista, o que mitiga argumentos contrários a sua legitimidade democrática.

Assim, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas deve, necessariamente, ser analisada sob a ótica da relevante atuação das Cortes Constitucionais no processo de maturação de questões sociais, políticas e econômicas diversas.

²⁷ HELMKE, RÍOS-FIGUEROA, op. cit., p. 21.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 187 – 236.

_____. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171 – 2228, 2018.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BRASILEIRO, Rebecca Bianca de Melo Magalhães. *Cortes Constitucionais da América Latina: uma análise de suas características e funcionamento*. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

COUSO, Javier A.; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (Eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2010.

DAHL, Robert. *Sobre a Democracia*. Trad. de Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2016.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 81-88.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HELMKE, G.; RÍOS-FIGUEROA, J. Introduction: Courts in Latin America. In: *Courts in Latin American*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006.

HOBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos: O breve século XX: 1914 – 1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUNTINGTON, Samuel P. *The Third Wave: Democratization in the Last Twentieth Century*. Norman: University of Oklahoma, 1991.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 2018.

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: *A Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Trad. Adauto Vilela e Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.