

Rumo à Juristocracia

Ludmila Lins Grilo

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

*Prefácio da obra Rumo à Juristocracia,
de Ran Hirschl, Editora E.D.A. (11 dezembro 2020).*

INTRODUÇÃO

Uma nova disposição nos mecanismos de poder vem se moldando ao longo dos últimos anos, em um movimento que se repete – com pequenas variações regionais – em vários pontos do globo.

Visível, inicialmente, apenas aos olhos mais atentos, o fenômeno da *deturpação da distribuição regular dos poderes de Estado* vem, cada dia mais, tornando-se nítido também aos mais

distraídos, tamanha a calamidade social e política que a concentração do poder tem proporcionado nas nações que caíram na armadilha da *juristocracia*.

A famosa tripartição de poderes de Montesquieu tem sofrido uma degeneração sorrateira, ganhando ares de grande “evolução democrática”, na qual toda a estrutura de poder do Estado ganha uma nova roupagem, aparentemente inofensiva, mas que representa a queda do sistema representativo, bem como a completa usurpação dos poderes dos mandatários que foram eleitos pelo povo.

Este livro trata do fenômeno da constitucionalização e da transferência voluntária dos poderes de Estado ao Judiciário. O movimento teria origem quando da adoção, por um determinado país, de uma carta fundamental de direitos, que serviria como base e parâmetro de validade para a verificação judicial de toda e qualquer circunstância da vida por ela abordada.

Ran Hirschl, muito perspicazmente, notou que quanto mais aspectos da vida civil são contemplados em uma carta constitucional, maior o poder que é transferido aos juízes. Ao se adotar uma carta fundamental de direitos, tudo que lá se encontra previsto se torna judicializável, fortalecendo o judiciário na medida em que os assuntos constitucionais poderão

ser objeto de uma decisão judicial. Além disso, acaso haja a previsão de normas programáticas de implantação de políticas públicas, tal assunto também passará para a esfera judicial, onde, a depender do grau de elasticidade da interpretação utilizada, poderá até mesmo culminar na definição de políticas públicas ou na recusa de validade a atos normativos provenientes do legislativo.

O autor estuda pormenorizadamente as origens do constitucionalismo, analisando o que fez com que alguns países – que não adotavam uma carta fundamental de direitos, e que vigiam em sistemas semelhantes ao da *common law* – passassem a desejar um catálogo escrito e definido de normas, em um sistema constitucionalizado nos moldes da *civil law*. Os estudos de caso se concentraram em quatro países, a saber: Canadá, Israel, Nova Zelândia e África do Sul.

O autor entende que a *juristocracia* é algo que ultrapassa os limites do que se convencionou chamar ativismo judicial: ela seria uma verdadeira *nova ordem política*, em que há uma amputação voluntária dos demais poderes constituídos, consistente na transferência voluntária de seus poderes decisórios ao judiciário.

A transferência voluntária de poder teria, basicamente, duas finalidades, além de outras relacionadas às peculiaridades dos casos em concreto: 1) evitar o político ter de tomar posição em casos polêmicos, em situações em que se sabe que qualquer decisão o colocará em situação desconfortável perante seus eleitores, preferindo se afastar do centro de um debate cujas consequências não pode controlar; 2) garantir, mediante a transferência de seu poder, sua hegemonia política, quando percebe alguma perigosa movimentação no sentido de que, em breve, poderá perdê-la – e desde que vislumbre, naquela composição da suprema corte, uma inclinação favorável à manutenção dos seus interesses.

O autor explora no decorrer de suas linhas as questões referentes aos *direitos de primeira* e de *segunda geração* – elementos fundamentais para compreender seu raciocínio e seu posicionamento no espectro político e filosófico.

Os *direitos de primeira geração* são aqueles relacionados à liberdade do cidadão perante à hegemonia estatal: são os *direitos negativos*, em que há uma verdadeira abstenção do Estado, que fica proibido de praticar condutas que interfiram nas liberdades individuais. A Primeira Emenda dos Estados Unidos é o exemplo mais nítido do que seria a previsão escrita de uma

abstenção estatal no que diz respeito às liberdades dos indivíduos, proibindo expressamente seu Congresso de legislar sobre estabelecimento de religiões, restrição de liberdade de expressão e de imprensa, limitação a liberdade de reunião e direitos de petição.

Já os *direitos de segunda geração* são aqueles relacionados a uma prestação estatal: são os *direitos positivos*, em que o Estado, em vez de se abster (como nos direitos de primeira geração), pratica uma ação, uma conduta comissiva, entregando ao cidadão um bem, um serviço, uma política pública que melhora ou facilita sua vida.

Uma curiosidade a respeito de *Rumo à Juristocracia* é que o autor não esconde, em nenhum momento, sua inclinação progressista, revelando sua insatisfação com o perfil das supremas cortes que privilegiam a satisfação dos direitos de primeira geração – que garantem as liberdades dos indivíduos perante o gigantismo estatal –, mas não apresentam a mesma disposição para prestigiar os direitos de segunda geração. Segundo o autor, o fortalecimento constitucional não significou melhorias significativas no que diz respeito ao “igualitarismo”, mostrando-se insatisfeito quanto à falta de resolução eficiente de questões étnicas, sociais e econômicas.

Um estudo interessante a respeito desses *direitos positivos* – e que podemos considerar como sendo uma franca contraposição às ideias de Hirschl no que concerne aos direitos de segunda geração – é a brilhante pesquisa feita pelo professor, economista e filósofo americano Thomas Sowell, no livro *“Ação afirmativa ao redor do mundo – um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais”*. Sowell se propôs a pesquisar os resultados das políticas afirmativas em cinco países (Índia, Malásia, Sri Lanka, Nigéria e Estados Unidos).

Note-se a coincidência na estrutura dos livros de Hirschl e Sowell, em que ambos analisam pormenorizadamente os respectivos objetos de seus estudos nos casos em concreto em países selecionados: enquanto Hirschl chega à conclusão de que a juristocracia não funcionou em nenhum dos países por ele estudados – não tendo culminado, segundo ele, em nenhum avanço na direção do “igualitarismo” –, Sowell chega à conclusão de que as ações afirmativas criaram mais problemas do que soluções em todos os países pesquisados, como numerosos conflitos gerados por polarizações sociais, “ressentimentos intergrupos”, bem como a indesejável eternização de políticas pontuais que deveriam ser temporárias.

Segundo Sowell, *“na Malásia, na Nigéria e no Sri Lanka, houve bem menos violência entre grupos na primeira metade do século XX, quando as discrepâncias entre eles eram maiores, e bem mais quando tais disparidades foram politizadas e as políticas de identidade de grupos, promovidas”*¹. Uma das suas teses centrais é a de que as políticas afirmativas implementadas em prol de um determinado grupo de pessoas acabam por se desvirtuar para outros grupos absolutamente distintos daquele originalmente beneficiado.

Assim, verifica-se que os autores das duas obras divergem na questão da efetividade dos direitos de segunda geração – as políticas afirmativas –, sendo que o ponto em comum que se pode extrair entre as duas pesquisas é o de como a implementação artificial e forçada de um determinado procedimento de natureza política (em Sowell, as políticas afirmativas; em Hirschl, a transferência de poderes ao judiciário) não acarreta necessariamente algum benefício à sociedade.

O perfil progressista do autor não interfere, em momento algum, na qualidade de suas pesquisas: ele traz ao leitor uma quantidade impressionante de julgados das supremas cortes dos

¹ Sowell, Thomas, em *Ação afirmativa ao redor do mundo – um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais*. Editora É Realizações, 1ª edição, São Paulo, 2016.

quatro países citados, além de outros mencionados pontualmente. Seu espectro filosófico também não interfere no acerto de sua conclusão acerca do caráter antidemocrático da *juristocracia*, deixando claro que se trata de uma forma anômala e indesejada de transferência de poderes que, em última instância, revela a prevalência das decisões de uma casta de burocratas em detrimento daquelas que deveriam ser tomadas pelos mandatários eleitos pelo povo.

Durante a leitura desta obra, é impossível não raciocinar a respeito das consequências nefastas do *ativismo judicial*, costumeiramente praticado de bom grado pelos judiciários espalhados pelo mundo, sob os aplausos dos demais poderes voluntariamente amputados. O livro acaba por jogar luzes no ainda tímido conceito de *autocontenção judicial*, postura adequada aos membros do judiciário, mas que é incredivelmente desconhecida de muitos julgadores. Como o peixe que vive dentro da água, enxergam apenas o oceano de doutrinação ativista que a hegemonia acadêmica lhes inoculou nas ideias, sendo certo que muitos juízes simplesmente desconhecem o conceito de autocontenção ou nunca sequer pensaram no assunto sob essa ótica.

Incapazes de compreender os limites de suas próprias atuações como magistrados – alguns temerosos de sofrer a pecha de prevaricadores – acabam por (via das dúvidas!) extrapolar os limites de suas competências ao aceitar julgar o mérito de demandas em que algum agente político lhes transfere o poder decisório sobre alguma questão que deveria ser decidida na arena dos mandatários eleitos. Essa aceitação passiva de competências alheias, pelos juízes, pode tanto se dar nas esferas mais discretas das cidades pequenas, como pelos integrantes de uma suprema corte, com jurisdição nacional. A juristocracia não tem limites geográficos.

Em um primeiro momento, poder-se-ia pensar que este livro tem como alvo prioritário o desmascaramento do ativismo judicial e suas consequências nefastas. Entretanto, essa impressão não resiste a um olhar um pouco mais atento sobre qual é realmente o cerne da problemática aqui apresentada. O ativismo judicial, neste livro, é uma questão secundária, sendo apenas um dos instrumentos utilizados para a consecução do que realmente está em jogo e em discussão: a nova dinâmica das relações de *poder*.

O constitucionalismo significou a adoção, por diversos países, de uma carta de direitos, formal, escrita, que, na prática,

serviu para possibilitar a revisão judicial de todos os aspectos da vida nela documentados. Especialmente após o término da segunda guerra mundial, muitos países optaram pela formalização de direitos por meio de um regramento fundamental, como uma tentativa de criar uma proteção maior aos cidadãos diante das forças supremas do Estado e dos horrores da então recente guerra – que culminou em genocídio, perseguições, prisões, julgamentos sumários e todo tipo de atrocidades.

As constituições receberam justificativas com substrato filosófico-sociológico, como as de Ronald Dworkin, que compreendia que uma democracia deve resguardar seu povo de uma maioria tirânica por meio da constitucionalização, devidamente formalizada por uma carta de direitos. Dworkin, em franca defesa do ativismo judicial, considera que a Suprema Corte, em seu papel contramajoritário, muitas vezes acaba refletindo mais os interesses da maioria dos cidadãos do que as autoridades eleitas para tanto.²

² “Os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência das instituições majoritárias. (...) – (nota de rodapé) Não ofereço nenhum argumento para essa afirmação categórica; para fazê-lo, precisaria escrever outro livro. Teria de levar em conta, entre outras coisas, que os registros da Suprema Corte carecem de regularidade, que as instituições que chamo de “majoritárias” nem sempre – ou nunca, como diriam alguns – representaram

Dworkin, que fora professor na Universidade de Oxford, é sempre lembrado como um dos baluartes do ativismo judicial, embora um outro professor, Roscoe Pound, que exercera a reitoria da Faculdade de Direito de Harvard, já houvesse muitos anos antes lançado luzes sobre a necessidade de uma necessidade de “*uma Constituição viva sob o regime da interpretação judicial*”. Como bem apontou Sowell, Pound apelava à figura de um “jurista sociológico”, e considerava positivo e vanguardista que uma casta progressista e “esclarecida” tomasse para si o domínio da lei e da Justiça, “*levando o pensamento popular a níveis superiores*”.³

O pensamento de Pound acerca do que considera ser a classe dos juristas a mais adequada e preparada para a tomada de decisões fundamentais da vida civil também aparece em sua obra *Justiça conforme a lei* – uma coletânea de palestras por ele

as opiniões ou os interesses da maioria dos cidadãos, e que a Corte às vezes exerceu o poder que, como declarou Marshall, tornaria essas instituições mais majoritárias do que teriam sido de outro modo”. (Dworkin, Ronald, em “O Império do Direito”, Editora Martins Fontes, São Paulo, 2014, página 426/427).

³ No artigo “*The Need of a Sociological Jurisprudence*”, publicado em 1907 na revista jurídica *The Green Bag*, Pound deixou bem claro seu posicionamento favorável à transferência da tomada de decisões a uma elite ungida e progressista: “(...) *Law is a means, not an end. Such a divergence cannot endure unless the law is in the hands of a progressive and enlightened caste whose conceptions are in advance of the public and whose leadership is bringing popular thought to a higher level*”.

proferidas no Colégio de Westminster em 1950. Nesta obra, Pound apresenta seu ponto de vista acerca da superioridade das decisões tomadas por juízes, em relação às tomadas por órgãos administrativos ou legislativos.

Pound indaga se haveria alguma vantagem na ministração da justiça pelos corpos legislativos (“*tribunais legislativos*”). Ele conclui negativamente, dizendo que “*a psicologia desses tribunais [legislativos] é por demais e amiúde a da multidão ou da população*”. Ainda no mesmo parágrafo, Pound ratifica seu desprezo pela efetivação da vontade do povo expressada pelo legislativo, deixando escapular sua rejeição aos anseios populares, considerando que os *tribunais administrativos* e os *tribunais legislativos* não têm preparo para a tomada de decisões fundamentais, colocando toda a credibilidade na casta judicial esclarecida (os *tribunais judiciários*):

Numa grande assembleia desprovida de tal preparo, que não dispõe de hábitos judiciais, seriam de se esperar – e a experiência mostra que se têm de esperar, - muitos dos fenômenos

característicos do que os psicólogos chamaram de espírito da população.⁴

Verifica-se do posicionamento do prof. Pound o que parece ser uma origem acadêmica da justificação doutrinária da transferência da tomada de decisões entre os poderes constituídos. A rejeição ao “*espírito da população*”, por sua vez, demonstra o profundo desprezo de Pound pelas manifestações políticas nas arenas populares. Hirschl, por sua vez, condena expressamente a exclusão dos cidadãos em geral da tomada de decisões fundamentais, dizendo que a expressão “*eles são juristas*”, de caráter elitista e tecnocrático, acabou prevalecendo sobre o “*nós, o povo*”.

Pound também faz uma defesa, em sua obra, acerca dos direitos de segunda geração, entendendo que o Estado deve proporcionar aos seus cidadãos o estado de bem-estar pela implementação das políticas sociais, não devendo se circunscrever à manutenção da ordem ou à garantia dos direitos de liberdade.⁵

⁴ Pound, Roscoe em Justiça conforme a lei, Instituição Brasileira de Difusão Cultural S.A., São Paulo, 1965, página 75 (tradução de E. Jacy Monteiro do original *Justice according to law*, 1951, by Yale University Press).

⁵ “*A sociedade atual exige serviços além dos que o Estado pode desempenhar limitando-se à manutenção da ordem e à reparação de danos. Numa sociedade industrial complexa, torna-se cada vez mais difícil realizar,*

Pound foi contemporâneo do 28º presidente dos Estados Unidos, Woodrow Wilson, tendo sido este último também um acadêmico que adotava a mesma visão juristocrata, conforme Sowell já havia observado em seus apontamentos sobre os intelectuais e a justiça.⁶ A visão de Wilson era a de que ao judiciário caberia “adequar” a Constituição aos interesses da nação, não podendo a carta constitucional servir como uma “camisa de força” ao estadista do momento.⁷

Verifica-se, portanto, que se a vontade dos detentores dos demais poderes for, de fato, a transferência destes ao judiciário, a juristocracia irá se impor de qualquer forma: ou pela adoção de uma constituição extremamente analítica, que, abrangendo todos os aspectos da vida civil, transforma tudo em questão judicializável (juristocracia por força e obra dos demais

por meio da iniciativa particular, tudo quanto o público deseja que se faça e se realize rapidamente. Os órgãos administrativos para promoção do bem-estar geral tornaram-se necessidade e apareceram para ficar”. (op. cit., página 84)

⁶ Sowell, Thomas, em *Os intelectuais e a sociedade*, Editora É Realizações, São Paulo, 2011.

⁷ Segundo Sowell, “Woodrow Wilson foi outro presidente intelectual no sentido aqui definido (...) se mostrava igualmente impaciente em relação às restrições determinadas pela Constituição. Ele introduziu um tema que sobreviveria muito a sua presidência ao escrever, quando ainda acadêmico em Princeton, sobre os “simples dias de 1787”, data em que a Constituição foi adotada, dizendo: “Cada geração de estadistas olha para a Suprema Corte a fim de que ela forneça a interpretação que servirá às necessidades de cada época”. (op. cit, página 253/254).

poderes), ou pela deturpação das normas constitucionais por parte dos juízes (juristocracia por iniciativa do próprio judiciário, que pode ter ou não a convivência dos demais poderes).

No Brasil, ganhou ares de grande academicismo o instituto da *abstrativização do controle difuso*, que confere ao judiciário o poder de ignorar solenemente o disposto no artigo 52, X da Constituição Federal no caso de declaração de inconstitucionalidades em casos concretos. Esse instituto, mencionado em manuais de direito constitucional, não costuma ser contestado pelos professores e operadores do direito, sendo visto, não raro, como grande avanço civilizacional.⁸

Dworkin, em sua doutrina do direito como integridade, acabou por fornecer bases filosóficas para a elevação dos princípios à categoria de principal parâmetro interpretativo. Assim, houve uma justificação doutrinária para a concentração de demasiado poder nas mãos dos juízes, presumindo que estes

⁸ No Curso de Direito Constitucional da lavra de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, e Paulo Gustavo Gonet Branco, há expressa menção acerca da “obsolescência” do artigo 52, X da Constituição Federal: “A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal (...) perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência” (Editora Saraiva e IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público, 2ª edição, 2008, página 1082).

deteriam uma atribuição de definir as interpretações mais vantajosas à sociedade, em um suposto processo judicial de “aperfeiçoamento do direito”. É evidente que, quando se utiliza da primazia dos princípios, incrementa-se formidavelmente o grau de abstração da norma, facilitando a imposição das preferências pessoais do julgador. E da mesma forma que Dworkin sustenta a ampla utilização dos princípios, sustenta também a adoção de uma constituição para a proteção das minorias contra a “tirania da maioria”.

Hirschl diz, expressamente, compreender o posicionamento de Dworkin no sentido de que a melhor estrutura institucional é aquela que culmina em um resultado mais próximo do sentido da “justiça social”. Entretanto, coloca em dúvida o fenômeno da constitucionalização de direitos e do fortalecimento da revisão judicial como forma de se atingir aquele objetivo, trazendo vários casos concretos em que tal não ocorreu. Considera que há um equívoco na percepção geral de que a adoção de uma carta de direitos significaria uma manifestação do *progressismo social*, afirmando que as constituições são costumeiramente percebidas como instrumentos aptos a promover valores igualitários – o que, segundo ele, nem sempre ocorre.

Em suma, a pesquisa de Hirschl joga necessárias luzes em pontos obscuros que, até então, não haviam sido objeto de debate. A tese da constitucionalização para: 1) garantia da preservação hegemônica das elites com poder ameaçado; 2) atender às elites econômicas interessadas na limitação do Estado e no fortalecimento do ambiente favorável ao livre mercado; 3) atender às elites judiciais que buscam o aumento de sua influência política. É também de grande relevância a discussão sobre se a adoção dessas cartas constitucionais culminou, de fato, em evolução social.

Os fartos casos concretos trazidos pelo autor devem ser conjugados com a conclusão fundamental de que, independentemente do espectro político ou filosófico adotado pela Suprema Corte de um país, a transferência dos poderes típicos de executivo e legislativo ao judiciário – a *juristocracia* – não é salutar em ambientes democráticos. Significa, na prática, a amputação dos poderes dos representantes eleitos pelo povo, e, no caso do Brasil, a entrega do controle absoluto da nação a 11 indivíduos não eleitos.

Unai, setembro de 2020.