

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

CLARISSA TASSINARI

**A SUPREMACIA JUDICIAL CONSENTIDA:
UMA LEITURA DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A
PARTIR DA RELAÇÃO DIREITO-POLÍTICA**

**São Leopoldo
2016**

Clarissa Tassinari

A SUPREMACIA JUDICIAL CONSENTIDA:
UMA LEITURA DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR
DA RELAÇÃO DIREITO-POLÍTICA

Tese apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Doutora em
Direito, pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade
do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS
Área de concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo

2016

T213s Tassinari, Clarissa

A supremacia judicial consentida: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política / Clarissa Tassinari. – 2016.

262 f. : il. ; 30cm.

Tese (doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2016.

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

1. Supremo Tribunal Federal - Brasil. 2. Supremacia judicial. 3. Separação de poderes. 4. Judiciário. 5. Política. I. Título. II. Streck, Lenio Luiz.

CDU 347.991 (81)

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “**A SUPREMACIA JUDICIAL CONSENTIDA: UMA LEITURA DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR DA RELAÇÃO DIREITO-POLÍTICA**”, elaborada pela doutoranda **Clarissa Tassinari**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTORA EM DIREITO.

São Leopoldo, 19 de dezembro de 2016.

Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Georges Abboud

Membro: Dr. André Karam Trindade

Membro: Dr. José Luis Bolzan de Moraes

Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

Aos meus pais, **Luiz e Terezinha**,
e à minha irmã **Jacqueline**, por
vivenciarem de mãos dadas comigo as
intensidades da união entre uma mente
inquieta e um coração descompassado.

A **Ele**, pela linda travessia do
amor, poesia única e eterna para mim.

A **Márcio Moraes**, por fazer parte
da redação de cada palavra da tese.

AGRADECIMENTOS

Não sou mãe ainda, e, portanto, não provei das dores do parto. Mas já senti a angústia de ver partir para longe de mim muitas coisas e pessoas. De todas elas, talvez neste momento sejam mais relevantes as ideias que de mim escaparam, partiram batendo asas risonhamente, abandonaram o meu imaginário e caíram no mundo, materializadas em textos escritos, como parte de mim, como parte daquilo que fomos, você – que agora tem paciência e vontade de (me) ler – e eu, juntos.

As palavras partiram; eu as deixei seguir caminho. Houve um tempo quando eu as queria só para mim, guardadas nas gavetas do pensamento, até transbordar. Alice caiu na toca, as palavras escorregaram. Emília tomou a pílula, as perguntas se formularam. Pandora abriu a caixa, os problemas se apresentaram. Palavras cresceram em frases; ideias se organizaram em tese. O ápice da minha trajetória, um momento especial. Uma jornada bem vivida, que não termina com ponto final...

Os laços que fiz deixaram tudo mais bonito. Existem pessoas especiais, que tornam minha existência melhor. A elas dedico estas páginas e minhas palavras, manifestando meus carinhosos agradecimentos:

aos meus pais, **Terezinha e Luiz**, minhas raízes, os braços (e os abraços) onde encontro força e repouso;

às minhas irmãs, **Ana Paula, Luciana e Jacqueline**, e ao meu irmão, **Luiz Marcelo**, pelo amor que sentimos e pela união que suporta ausências; e aos meus cunhados, **Marcelo e João Eduardo**, pela alegria de nosso convívio;

aos meus sobrinhos, **Larissa, João Luiz, Anna Laura e João Lucas**, que, em diversos momentos, carregaram a paz no olhar que eu precisava sentir;

aos meus padrinhos, **Edi e Carlos Chagas**, pelas boas energias e pensamentos positivos que me fortaleceram;

à **Dânia M. Barbieri Scheneider**, fonte inesgotável de carinho e amparo;

ao prof. **Lenio Streck**, meu orientador, por ter guiado e impulsionado a minha trajetória acadêmica. Sou muito grata pelo tanto que contribuiu para o meu crescimento pessoal e profissional;

aos professores que conheci, em especial, ao prof. **Jose Luis Bolzan de Moraes**, por sua amizade e pelas valiosas contribuições ao desenvolvimento da

tese; e ao prof. **Anderson V. Teixeira**, por sua disponibilidade para participar de momentos tão decisivos desta jornada;

à **Vera Loebens**, minha querida amiga, em nome de quem agradeço à secretaria do PPGD, por sua disponibilidade e, acima de tudo, por fazer eu me sentir apoiada nesses dez anos;

a **Márcio Moraes**, por ter me feito voltar a sentir as emoções das palavras, provocando, através de seu olhar desafiador e de seu perspicaz antagonismo, a multidão que me habita;

à **Elisa Cardoso Reis**, por ter me acolhido e ter me conduzido a uma busca espiritual que reacendeu em mim a chama do amor universal;

à **Paula e Bete**, por deixarem as portas da casa sempre abertas, nunca faltando apoio;

a **Carlinhos, Rosane e Cássia**, porque navegaram comigo nas profundezas do mar, mostrando que jamais estive sozinha;

a **Giancarlo Montagner Copelli**, por ter sido tão *presente*, despertando, através de nossos diálogos e de nossos muitos *cafés*, o meu melhor;

a **Luis Rosenfield**, pelos incentivos à tese, pela referência bibliográfica (que nunca faltou) e pela leitura atenta;

aos meus amigos-irmãos, **Danilo Pereira Lima, Ziel Ferreira Lopes e Lanaira Silva**, porque perto de vocês eu sou mais feliz;

à **Maria Eduarda Vier Klein**, pela cumplicidade e por ter dado leveza aos meus dias;

a **Adriano Obach Lepper**, por ser meu interlocutor digital e o oráculo infalível para assuntos diversos;

às minhas *soul sisters*, **Bruna e Geovana Estorgato**, pelo amparo fraterno que me deu forças – nossos corações caminham juntos, tatuados em nosso passo;

à **Isadora Neves**, minha grande-melhor amiga, meu porto seguro, a personificação da palavra confiança;

a **Fabício Borges**, *vossa excelência*, por ter sido exemplo de dedicação e vitória, e pelo companheirismo;

às amigas **Marina Ramos Dermamm, Julia Lafayette, Daiane Moura Aguiar e Lidiana Nunes**; e aos amigos **Fabiano Müller, Ariel Koch Gomes, Felipe Mello e Francisco Nunes**, porque vocês são a prova de que o tempo pode passar, mas os verdadeiros laços são eternos;

a **Rafael Tomaz de Oliveira e Carolina Reis e Silva**, pela palavra amiga que nunca faltou;

a **André Karam Trindade** e a **Franciso José Borges Motta**, *velha guarda hermenêutica*, pelo compartilhamento de ideias e caminhos;

a **Rosivaldo Toscano Jr. e Giovanna Petrucci**, porque eles me ensinam diariamente o sentido de amizade, mesmo à distância;

à **Tatiele Prudêncio** e família, por sua sensibilidade, seus gestos de carinho e por ter me feito sorrir em diversos momentos;

à **Gabriela Barreto e Demóstenes Ferreira Neto**, pelos corações generosos, que tantas vezes me fizeram sentir especialmente querida, mesmo muito longe de casa;

a **Rafael Giorgio Dalla Barba**, na pessoa de quem agradeço ao *Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos, pela parceria e pelo aprendizado constante;

aos amigos e também colegas de UNISINOS, **Willame Mazza, Carlos Eduardo Fortes Rego, Rafael Radke, Leonardo Zehuri Tovar, Suelen Webber, Henrique Abel, Fernando Tonet, Marcelo Oliveira de Moura, Júlio Stürmer, Vinicius de Mello Lima, João Luiz Rocha Nascimento, Fernando Hoffman, Karina Macedo**, pela cumplicidade nas angústias;

ao escritório **Tassinari Advogados**, pelo suporte e pela compreensão de minha ausência no período de doutoramento;

por fim, sou grata aos que oraram por mim, cuja fé me fez forte.

Escrever é também não falar. É calar-se. É gritar sem ruído.

Marguerite Duras

– *Não existe terra, existem mares que estão vazios.*

Dentro de mim, vão nascendo palavras líquidas, num idioma que desconheço e me vai inundando todo inteiro.

Mia Couto

RESUMO

Nos últimos dez anos, começa a ser difundida no Brasil uma hipótese teórica que torna supremacia judicial um conceito naturalizado, ou seja, algo inerente às prerrogativas funcionais do Supremo Tribunal Federal – um modo específico de compreender sua atuação, que é extraído do argumento constitucional (daquilo que se afirma estar previsto pela constituição). O objetivo da tese é desconstruir esse imaginário, demonstrando que não existe um vínculo pressuposto (natural) entre supremacia judicial e controle de constitucionalidade. Para alcançar tal objetivo, observa-se que a supremacia judicial do STF é fruto de um contexto político, que emerge da incorporação da leitura que é feita no Brasil sobre o papel do judiciário em duas tradições: do constitucionalismo norte-americano (em especial, da dimensão política da atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos) e da experiência constitucional alemã (que atribui ao Tribunal Constitucional Federal o dever de concretização de direitos). Conjugando esses dois elementos, observa-se que a supremacia judicial se manifesta no contexto brasileiro através da concessão de três autoridades ao STF – interpretativa, política e simbólica –, o que está ligado à criação dos seguintes pressupostos: de que o Tribunal possui a última palavra na construção do direito, de que sua atuação sobrepõe-se a das instâncias majoritárias e de que ele é o poder mais habilitado (capaz) de traduzir os anseios sociais. A tese contesta a possibilidade de dar amparo constitucional a esse tríptico modo de visualizar a o exercício da jurisdição constitucional, problematizando a relação entre os poderes do estado sob os aportes da relação direito e política, o que significa a imersão na diferença existente entre a esfera jurídica e o campo político, na análise da interação entre os três poderes do estado, bem como na distinção entre decisão judicial e escolha política. Chega-se, assim, à conclusão da existência de uma supremacia judicial consentida (não decorrente do texto constitucional), isto é, construída teoricamente (através do reconhecimento da supremacia judicial pelos juristas) e institucionalmente (pelos incentivos dos poderes eleitos ou pela auto-investidura do STF). A tese foi desenvolvida através do método hermenêutico-fenomenológico, estando inserida

no eixo temático que a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck proporcionou ao direito.

Palavras-chave: Supremacia judicial. Separação de poderes. Judiciário. Política.

ABSTRACT

From the last tens years on, a theoretical hypothesis that naturalises judicial supremacy began to be disseminated in Brazil, or, that it is something inherent to the functional prerogatives of the Federal Supreme Court – a specific way of understanding its role, which is extracted from a constitutional argument (that is claimed to be provided by the Constitution). The purpose of the thesis is to deconstruct this idea, demonstrating that there is no presupposed (natural) relationship between judicial supremacy and constitutionality control. In order to do so, it has been observed that the judicial supremacy of the STF is the result of a political context, which emerges from the incorporation of the reading made in Brazil on the role of the judiciary from two traditions: American constitutionalism (in particular, the political dimension of the role of the Supreme Court of the United States) and the constitutional experience of Germany (which gives the Federal Constitutional Court the duty to enforce rights). Combining these two elements, it has been observed that the judicial supremacy manifests itself in the Brazilian context through the granting of three authorities to the STF – interpretative, political and symbolic –, which is then linked to the creation of the following assumptions: that the Court has the last word on the construction of law, that its duty overlaps with those of the majority bodies, and that it is the most enabled (able) branch to translate social desires. The thesis disputes the possibility of granting constitutional protection to this triple way of visualising the exercise of constitutional jurisdiction, problematising the relationship between the branches of government under the contributions of the relationships between law and politics, which means an immersion in the existing difference between the legal sphere and the political field in the analysis of the interaction between the three branches of government, as well as in the distinction between judicial decision and political choice. This leads to the conclusion of the existence of a consented judicial supremacy (not derived from the constitutional text), that is, theoretically (through the recognition of the judicial supremacy by lawyers) and institutionally (by the incentives of elected officials or self- investiture of the STF) constructed. The thesis was developed through the hermeneutic-phenomenological method, being inserted in the thematic axis that Lenio Streck's Hermeneutic Critique of Law provided to Law.

Key-words: Judicial supremacy. Separation of powers. Judicial branch. Politics.

RESUMEN

Desde los últimos diez años se empieza a difundir en Brasil una hipótesis teórica que hace la supremacía judicial un concepto naturalizado, es decir, inherente a las prerrogativas funcionales del Supremo Tribunal Federal – de una manera específica de entender su papel, que se extrae del argumento constitucional (lo que se afirma estar previsto por la constitución). El objetivo de la tesis es deconstruir este imaginario, demostrando una suposición de presupuesto (natural) entre la supremacía judicial y control de constitucionalidad. Para lograr este objetivo, se observa que la supremacía legal del STF es el resultado de un contexto político que se desprende de la lectura de la incorporación que se hace en Brasil sobre el papel del poder judicial en dos tradiciones: el constitucionalismo norteamericano (en particular, la dimensión política de la actuación de la Corte Suprema de los Estados Unidos) y la experiencia constitucional alemán (que atribuye a la Corte Constitucional Federal el deber de concretización de derechos). De la combinación de estos dos elementos se observa que la supremacía judicial se manifiesta en el contexto brasileño mediante la concesión de tres autoridades de la Corte Suprema – interpretativa, política y simbólica –, vinculada a la creación de los siguientes supuestos: que la Corte tiene la última palabra en la construcción del Derecho, que su acción anula los casos de la mayoría y que es el poder más habilitado (capaz) para traducir las ansiedades sociales. La tesis se opone a la posibilidad de dar protección constitucional a esto tres maneras de ver el ejercicio de la jurisdicción constitucional, cuestionando la relación entre los poderes del Estado bajo los aportes de la relación Derecho y Política, lo que significa inmersión en la diferencia entre el ámbito jurídico y el campo político, en el análisis de la interacción entre los tres poderes del estado, así como la distinción entre decisión judicial y elección política. Suficiente es, pues, a la conclusión de la existencia de una supremacía judicial consentida (no debido al texto constitucional), es decir, construida teóricamente (a través del reconocimiento de la supremacía judicial por los juristas) e institucionalmente (por los incentivos de las autoridades elegidas o por la auto investidura del STF). La tesis se ha desarrollado a través del método

hermenéutico-fenomenológico, que se inserta en el tema principal de que la *Crítica Hermenéutica del Derecho* que Lenio Streck ha proporcionado al Derecho.

Palabras clave: la supremacía judicial. La separación de poderes. Poder judicial. Política.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	16
2 APRESENTAÇÃO. A SUPREMACIA JUDICIAL NA HISTÓRIA: AS INFLUÊNCIAS NORTE-AMERICANA E GERMÂNICA NA CONSTRUÇÃO DO MODELO BRASILEIRO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	24
2.1 SUPREMACIA JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS: A DIMENSÃO POLÍTICA DE ATUAÇÃO DA SUPREMA CORTE.....	33
2.2 O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO E O DEVER DE CONCRETIZAÇÃO	55
2.3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ATUAÇÃO POLÍTICA E DEVER DE CONCRETIZAÇÃO	74
2.4 CONVERSA FINAL: O ROMANCE DO STF.....	91
3 DESENVOLVIMENTO. QUAL O SENTIDO DE SUPREMACIA JUDICIAL? O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TRÊS ATOS	93
3.1 ATO I – O JUDICIÁRIO COM A ÚLTIMA PALAVRA: O STF COMO O INTÉRPRETE AUTORIZADO	99
3.2 ATO II – JUDICIÁRIO E PODERES ELEITOS: O STF COMO O GOVERNANTE BEM INTENCIONADO	117
3.3 ATO III – A ESPECIALIDADE DO JUDICIÁRIO: O STF COMO O PODER MAIS ADMIRADO	135
3.4 ATO FINAL: UMA GRANDE PEÇA?.....	149
4 CLÍMAX. A DESCONSTRUÇÃO DO <i>MÉTODO COBB</i> POSSIBILITADA PELO DESPERTAR DA DÚVIDA – PROBLEMATIZANDO O DISCURSO NATURALIZADO DE SUPREMACIA JUDICIAL SOB OS APORTES DA RELAÇÃO DIREITO-POLÍTICA.....	155
4.1 DIREITO E POLÍTICA	162
4.2 SISTEMA DE JUSTIÇA E PODERES ELEITOS.....	183
4.3 DECISÃO JUDICIAL E ESCOLHA POLÍTICA.....	196
5 DESFECHO. A SUPREMACIA JUDICIAL CONSENTIDA – A TRAGÉDIA DE PANDORA	211
5.1 PRIMEIRO SONO: QUANDO OS POSICIONAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PASSAM A VINCULAR COMO PRECEDENTES.....	214

5.2 SEGUNDO SONO: QUANDO AS PRERROGATIVAS POLÍTICAS COMEÇAM A SER EXERCIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	218
5.3 TERCEIRO SONO: QUANDO O SISTEMA DE JUSTIÇA NÃO ACEITA SER CONTROLADO	223
6. CONCLUSÃO	234
REFERÊNCIAS.....	245

1 INTRODUÇÃO



Fonte: Alice... (2010)

[...] “Você poderia me dizer, por favor, qual caminho eu deveria seguir a partir daqui?”
 “Isso depende muito de onde você quer chegar”, disse o Gato.
 “Não me preocupo muito com onde”, disse Alice.
 “Então não importa qual caminho você vai”, disse o Gato.
 “Desde que eu chegue a algum lugar”, acrescentou Alice como uma explicação [...].”¹

O diálogo acima, extraído de *Alice's Adventures in Wonderland* (Alice no País das Maravilhas), escrito por Lewis Carroll, assemelha-se muito à angústia de quem escreve: não importa qual seja o assunto, toda primeira página surge envolta pela névoa que paira sobre a pergunta pelo caminho a ser seguido a partir do que pode ser considerado o *marco zero*² de um texto – o *aqui* de Alice. A parte interessante disso tudo é perceber que é exatamente através dessa *indagação primeira*, que

¹ Tradução livre. No original: “[...] The Cat only grinned when it saw Alice. It looked good-natured, she thought: still it had very long claws and a great many teeth, so she felt that it ought to be treated with respect. ‘Cheshire Puss’, she began, rather timidly, as she did not at all know whether it would like the name: however, it only grinned a little wider. ‘Come, it’s pleased so far’, thought Alice, and she went on. ‘Would you tell me, please, which way I ought to go from here?’ ‘That depends a good deal on where you want to get to’, said the Cat. ‘I don’t much care where’ said Alice. ‘Then it doesn’t matter which way you go’, said the Cat. ‘ – so long as I get somewhere’, Alice added as an explanation. [...]”. CARROLL, Lewis. **Alice’s adventures in Wonderland**. Chiago/Illinois: A Book Virtual Digital Edition, 2000. p. 89. Disponível on line: <https://www.adobe.com/be_en/active-use/pdf/Alice_in_Wonderland.pdf> Acesso em: 27 out. 2016.

² Informa-se ao leitor que o uso de itálico será feito em substituição à função de realce que também pode ser atribuída às aspas. No decorrer do texto, aspas serão utilizadas *exclusivamente* para citações diretas ou para títulos de obras.

tanto desperta no autor a ausência de clareza – associada à falta de preocupação de Alice com o *onde* –, que se torna possível a travessia até algum lugar. Alice deseja chegar a um destino; ela se predispõe a questionar por uma rota, mas, justamente por isso, porque ainda pergunta pelo caminho, não sabe – e não se importa – com o ponto de chegada.

É com essa ambiguidade que se deseja dar início à tese. Ao mesmo tempo que sua redação compartilha com Alice da ausência de preocupação com o *onde*, deixando espaço para o *que pode ser e ainda com certeza não é*, também está carregada da inquietação da vontade de se chegar a algum lugar. Para isso, na tentativa de construção de um caminho, é importante reconhecer que o *marco zero* nunca é totalmente, absolutamente zero, o que significa afirmar que alguns pressupostos necessitam ser esclarecidos. Em outras palavras, há certos elementos prévios que podem guiar o olhar do autor, mas, ainda assim, nessa caminhada rumo à alguma direção, permanece, sempre, como elemento de perturbação, o benefício da dúvida, porque as diferentes curvas do trajeto podem conduzir a respostas inusitadas. Talvez, ao final do texto, sobre muito pouco de Alice. Mas tudo isso é só uma questão de tempo, até se começar outra vez.

No mesmo tom do diálogo de Alice, o melhor modo de introduzir uma tese é expressando, com a fidelidade que a língua portuguesa auxilia manifestar, a angústia que desacomoda o escritor no repouso tranquilo das certezas teóricas que insistem em povoar o ambiente jurídico: o discurso naturalizado de supremacia judicial, que não é exclusivamente veiculado no contexto brasileiro, pode ser extraído (ou derivado) da função que a constituição atribui ao judiciário, em especial, ao Supremo Tribunal Federal, de realizar o controle de constitucionalidade? É uma longa pergunta. Tentando sintetizar: o texto constitucional brasileiro, por si só, autoriza o exercício da supremacia judicial? Existem elos naturais e indissociáveis entre supremacia, judiciário e constituição? Uma grande inquietação materializada através de três pontos de interrogação. Alguma réplica pensada, que brota como intuição?

É preciso responder ao problema, preferencialmente com uma única hipótese – faz parte da introdução, da dinâmica metodológica. A negação é o percurso planejado, desde o primeiro esboço. Uma sequência de muitos *nãos*, convem

deixar tudo exposto. Então, não: não há nenhuma função constitucional que seja sinônimo de supremacia judicial; não existe leitura do texto constitucional que autorize o exercício da supremacia judicial; não há nenhum discurso que seja natural, tampouco possa existir entre supremacia, judiciário e constituição uma relação umbilical. Conclusões antecipadas equivalem a viajar para a Europa só olhando o *Google Earth*: qualquer pessoa pode conhecer o *Big Ben*, mas ninguém tropeçará na pedra que em frente a ele ocupou espaço. Quem sabe seja a hora de dizer sim?

Por isso, sim. Sim para as várias perguntas que a ideia sabe formular. Sim para compreender o que está envolvido neste momento singular. Se o começo não é o espaço para questionamentos, onde mais será o seu lugar? Agora sim: qual o sentido de supremacia judicial? O que significa afirmar a existência de um discurso que torna a supremacia judicial um conceito naturalizado às atribuições jurisdicionais? Qual o papel dos poderes eleitos na construção da supremacia judicial? Como o modo de pensar a relação direito e política influencia na concessão de supremacia ao judiciário? Quais as implicações e consequências do reconhecimento de que a supremacia judicial é construída pela dinâmica da relação direito-política? Quais os problemas democráticos decorrentes da afirmação da supremacia judicial? São todos bons questionamentos, elementos para desestabilizar.

Em meio a tanta instabilidade, é chegada a hora de pousar. Se não existe *grau zero*, o ponto de partida é possível fixar. Existe algum local visitado, uma experiência para contar? A tese é fruto de um ciclo de estudos sobre poder judiciário, constitucionalismo, democracia e hermenêutica realizado junto à linha de pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos” do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, sob orientação do prof. dr. Lenio Luiz Streck. Assim, a definição de seu tema e as preocupações que lhe dão contorno emergem das provocações despertadas pelas leituras realizadas ao longo desse percurso. Isso significa o desenho de um caminho (nem sempre linear e progressivo), que tem como característica momentos investigativos – de levantamento bibliográfico e aprofundamento teórico –, mas também, criativos –

representados pelos diferentes resultados apresentados na forma dos trabalhos de conclusão de curso.

Existem premissas teóricas, que são como placas de orientação. Com tantos trajetos possíveis, é importante apontar para a direção. Quais foram as pegadas deixadas, o que já pode ser considerado conclusão? O movimento constitucionalista do pós-Segunda Guerra Mundial proporciona a redefinição do papel do judiciário, que passa a ser compreendido como a instância de resolução das principais controvérsias políticas da sociedade. Em decorrência disso, a atuação jurisdicional começa a ser visualizada sob duas perspectivas: ativismo judicial e judicialização da política, fenômenos que devem ser distinguidos, sendo o primeiro caracterizado por uma postura arbitrária (discrecionária) do judiciário, e o segundo, um fator decorrente de condições políticas (como, por exemplo, a ausência de concretização dos direitos assegurados).³

As transformações ocorridas na relação entre os três poderes impulsionam o alargamento das funções jurisdicionais até se chegar à ideia de supremacia judicial. No Brasil, isso ocorre a partir da promulgação do texto constitucional de 1988, que dá início a um processo de amadurecimento constitucional e democrático no país, voltado à efetividade. Nos Estados Unidos, o debate sobre como compreender o papel da Suprema Corte existe desde 1776, data de formação do estado nacional americano, tendo seu ápice a partir de 1803, quando a Corte pratica um ato, pela primeira vez, de controle de constitucionalidade (surgimento do *judicial review*). Supremacia judicial é, portanto, uma expressão que nasce no contexto norte-americano, onde são produzidos os principais aportes teóricos sobre o tema, que, por isso mesmo, servem de inspiração para a elaboração da tese, mas também porque a leitura que o direito constitucional brasileiro fez da doutrina estadunidense influenciou o modo de visualizar a atuação do Supremo Tribunal Federal.

Considerando tudo isso, esta proposta, que foi desenvolvida ao longo do curso de doutoramento (com bolsa financiada pelo Conselho Nacional de

³ Essa distinção (entre ativismo judicial e judicialização da política) foi explorada na obra que é resultado da conclusão do curso de mestrado em direito (junto ao PPG Direito-UNISINOS): TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Desenvolvimento Científico e Tecnológico, CNPq-BR), não apenas se vincula a esses apontamentos, como também os reforça, a partir de seu aprofundamento. Supremacia judicial ganha destaque, assim, na crítica que pretende ser feita ao modo como surge na história constitucional brasileira: a partir de um discurso naturalizado (isto é, considerado inerente às atribuições constitucionais; autorizado pela constituição). Esse enfrentamento será realizado através da propositura de três perguntas fundamentais: como se chega até supremacia judicial; qual o imaginário pressuposto à supremacia judicial; e como é possível colocar tudo isso sob questionamento.

Ao elaborar mentalmente essas indagações, foram projetados três movimentos à tese – *histórico*, *conceitual* e *problematizador* –, que, por sua vez, correspondem, não de modo rígido, a três dimensões de abordagem do texto, respectivamente: de teoria constitucional, de teoria do direito e de teoria política. E, assim, a estrutura do trabalho de certa forma já começa a aparecer. Contudo, é preciso deixar ainda mais claro como essas questões levantadas há pouco, bem como as que foram registradas parágrafos acima, podem ser respondidas. Em outras palavras, é conveniente, já na introdução, demonstrar quais são as inclinações de cada uma das partes.

Cada capítulo aberto é uma oportunidade de dar movimento às palavras – ou seria uma nova chance de dar vida ao tema? Uma boa alternativa é buscar apoio para resolver esse dilema. Ronald Dworkin foi genial quando trouxe para o direito a metáfora do “romance em cadeia” (“*chain novel*”)⁴, talvez uma das melhores formas de fazer o leitor compreender através de uma experiência não jurídica, mas cotidiana (a literatura), sua complexa concepção de coerência: pensar o conjunto de decisões judiciais como se fosse narrativa, que, escrita por vários autores, exige uma releitura (interpretação) do passado para criar futuro. Isso tudo faz ainda mais sentido neste momento. Afinal, a estrutura de uma tese não seria o constante esforço de se posicionar, simultaneamente, a cada novo capítulo, diante de um início, mas adiante do que já foi escrito? Parece que sim.

⁴ DWORKIN, Ronald. How law is like literature. In: _____. **A matter of principle**. New York: Oxford University Press, 2001. p. 146-166. (Part five)

Mais uma pergunta, provocada pelo pensamento de Dworkin: a tese não poderia ser pensada como um texto com *foco narrativo* (um narrador por vezes apenas observador, outras tantas onisciente, mas que, controladamente, manifesta-se em terceira pessoa, quanta dificuldade!), *enredo* (nem sempre tão linear), *personagens* (protagonistas, antagonistas e coadjuvantes), elaborado a partir de uma dinâmica espaço-tempo? Não há dificuldades em acenar positivamente para isso – e esses são os elementos do texto narrativo. Em continuidade ao raciocínio, é por esse motivo que a organização desta proposta foi inspirada nas quatro partes do que a língua portuguesa definiu como a estrutura do gênero literário narrativa: *apresentação*, *desenvolvimento*, *clímax* e *desfecho*.

A *apresentação* (primeiro capítulo – 2) será elaborada através de uma intenção histórico-contextual. Nela, serão aprofundados os alicerces para o desenvolvimento do tema: a análise da atuação dos tribunais/cortes constitucionais em três países – Estados Unidos (2.1), Alemanha (2.2) e Brasil (2.3). Seu propósito, portanto, é compreender como a supremacia judicial se caracteriza nos sistemas jurídicos dessas nações, observando, especialmente, se existem leituras específicas sobre o exercício da jurisdição constitucional que influenciam e inspiram o modo de compreender o papel do Supremo Tribunal Federal. A pergunta que o capítulo visa a responder é: como as tradições estadunidense e germânica contribuem para a naturalização do discurso de supremacia judicial no Brasil?

O *desenvolvimento* (segundo capítulo – 3) pretende promover uma discussão sobre o sentido de supremacia judicial, o que corresponde a uma abordagem conceitual do tema. Importa referir que, nesta parte, serão levantadas hipóteses teóricas sobre os elementos que dão conteúdo ao discurso de supremacia, o que é conduzido especialmente pela doutrina norte-americana. Através da apresentação de alguns posicionamentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, chega-se aos três subcapítulos, pela visualização de papéis assumidos pelo Tribunal, cada qual produzindo um tipo de autoridade exercida em supremacia: o *intérprete autorizado* e sua autoridade interpretativa (3.1), o *governante bem intencionado* e sua autoridade política (3.2) e o *poder mais admirado* e sua autoridade simbólica (3.3). Diante disso, o questionamento que

movimenta o capítulo é: quais os componentes que, teoricamente, possibilitam a existência ao discurso naturalizado de supremacia judicial, que acaba sendo colocado em prática?

O *clímax* (terceiro capítulo – 4), por sua vez, é o momento mais provocativo da tese, pois direcionado a desconstruir tudo o que foi proposto no capítulo anterior, denunciando a artificialidade do discurso de supremacia judicial. Isso é obtido pela atribuição de um viés problematizador, que encontra seu ápice na discussão *lato sensu* entre direito e política. Nesse sentido, a relação entre essas duas esferas sociais (4.1), os diálogos entre o sistema de justiça (em especial, o STF) e as instâncias majoritárias (4.2) e as diferenças entre a decisão judicial e a escolha política (4.3) serão a tônica do capítulo. A indagação que percorre o texto é: como a relação direito e política influencia para a construção do discurso de supremacia judicial?

O *desfecho* (quarto capítulo – 5) é a parte com caráter propositivo. O ponto de chegada; as palavras que respondem a pergunta fundamental, aquela que provavelmente será inquirida no dia da defesa do trabalho: qual a tese da tese? Sobre esta última parada, pouco se tem a informar. Os caminhos que serão trilhados apenas apontam para o fim da naturalização do discurso de supremacia judicial através do reconhecimento de que a caracterização do judiciário como um poder supremo é criação do imaginário social por meio dos incentivos da política – trata-se de uma supremacia judicial *construída*, que se transforma em *consentida*.⁵

Cada um dos capítulos é composto por aproximadamente cinco páginas de introdução, a exceção do último, cuja organização é diferenciada das dos demais. Essa ideia micro respeita a lógica macro: de que a introdução é um texto mais autoral e, por conseguinte, mais livre. Por esse motivo, está previsto um caráter dialógico e questionador para os momentos iniciais de cada uma das três partes.

⁵ Originalmente, a oposição à supremacia judicial *naturalizada* foi pensada apenas através do uso da palavra *construída*, que indica movimento, empenho (a negação a algo natural, pressuposto; o enfrentamento de uma ideia pronta, que é a via pela qual supremacia judicial, como hipótese teórica de compreensão do papel do judiciário, aparece veiculada no contexto brasileiro). Como fundamento, isso foi mantido, porque dá consistência ao núcleo da tese. O acréscimo do termo *consentida* surgiu através do diálogo com Jose Luis Bolzan de Moraes, que, na reunião do grupo de pesquisa “Estado e Constituição” em que esta tese foi colocada sob discussão, sugeriu o uso da terminologia, objetivando melhor expressar o conteúdo da proposta. *Consentida* adquire mais relevância a partir do capítulo que problematiza o tema sob os aportes da relação direito-política.

Como o átrio de qualquer hotel, é possível que essas pequenas introduções sejam os elementos mais convidativos do texto. Optou-se, também, por, no final dos capítulos, apresentar considerações intermediárias, sendo feito um encerramento que retoma as principais ideias de forma sintetizada (menos nos dois últimos, por ter sido avaliado conveniente dar-lhes outro ritmo).

Para finalizar, o método de abordagem que conduz a pesquisa é o fenomenológico-hermenêutico, que possui amparo nas obras filosóficas de Martin Heidegger (mas também conta com as contribuições do filósofo Hans-Georg Gadamer). O ponto central da adoção desta metodologia consiste na ruptura com as tradicionais estruturas metodológicas da modernidade, que indicam a ideia de certeza e segurança próprias da matematicidade do pensamento moderno, sendo, portanto, acabadas e definitivas, isto é, fórmulas (ou procedimentos) previamente determinadas que, se seguidas corretamente, irão garantir o resultado pretendido.

Por outro lado, não são apenas estes aportes filosóficos que possibilitaram a investigação ora apresentada, mas, fundamentalmente, o referencial teórico do direito que primeiro demonstrou a necessidade de incluir no discurso jurídico a reflexão filosófica de matriz heideggeriana e gadameriana: a Crítica Hermenêutica do Direito, capitaneada por Lenio Streck. A partir desta proposta – possibilitada pelos aportes da filosofia (compreendida não como uma filosofia ornamental ou de orientação, mas como standard de racionalidade⁶) –, inaugura-se um modo diferente de conceber o fenômeno jurídico – estruturado pela crítica.

O roteiro da introdução já foi cumprido, e não foi por obrigação. Cada caractere inserido na página em branco já vinha repleto de inspiração. A tese está anunciada, mas não como hipótese ou afirmação. Que pensamentos se renovem, ideias se movimentem, leituras se reinventem, perguntas sejam frequentes... Porque o sentido maior deste texto, em suas partes e em seu todo, é produzir reflexão. Boa leitura.

⁶ Ernildo Stein é o filósofo que aborda os três modos de compreender a aproximação entre a filosofia com as demais esferas do saber. Em resumo, pode-se afirmar que o modo “ornamental” indica um uso “cosmético” da filosofia, que se manifesta através de citações de conveniência; a filosofia de orientação aponta para um critério de utilidade, no sentido de busca por uma ética ou por uma filosofia moral; e, por fim, a filosofia standard de racionalidade consiste em um projeto filosófico, que constitui um novo paradigma, sendo, portanto, a verdadeira filosofia. STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 135-157.

2 APRESENTAÇÃO. A SUPREMACIA JUDICIAL NA HISTÓRIA: AS INFLUÊNCIAS NORTE-AMERICANA E GERMÂNICA NA CONSTRUÇÃO DO MODELO BRASILEIRO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Ao experimentar as sensações da inicial página em branco da mente misturada com o batimento cardíaco acelerado do cursor na tela do computador, uma das poucas certezas que se tem é a de que a elaboração de uma tese pode ser metaforicamente representada por desdobramentos de um incansável e indomável pensamento itinerante. Aproveitando um pouco mais disso, é possível afirmar ainda que, se existe um percurso a ser percorrido – que acaba sendo, pouco a pouco, vivenciado na forma de(ste) texto –, seu combustível, ou seja, aquilo que lhe dá condições de sair do estado de inércia e ganhar aceleração, apresenta-se na forma das inúmeras indagações que surgem em torno do tema. Indo mais além para deixar bem claro – e veja que já se começa a dar os primeiros passos nesta caminhada –, pode-se dizer que, em cada uma das curvas deste trajeto, que consistem em importantes desvios e/ou paradas reflexivas, o assunto supremacia judicial será problematizado sob diferentes luzes.

Mas qual seria, então, a proposta inaugural que surge como faísca? A de um convite ao leitor para um olhar panorâmico, isto é, o estabelecimento de um horizonte aberto a experiências de outros países, sem deixar para trás, entretanto, aquele ponto de partida permanentemente enxergado pelo retrovisor – o cenário local que impulsiona a abordagem. Especificando ainda mais, uma análise que ganha certa dimensão histórica, porque pretende investigar como as duas tradições jurídicas ocidentais – *common law* (Estados Unidos) e *civil law* (Alemanha) – podem ter influenciado o modelo de jurisdição constitucional brasileiro. Assim, estrategicamente, direciona-se o foco de luminosidade neste momento para os elementos que podem ter contribuído à construção dos caminhos que conduzem à naturalização de um discurso que atribui supremacia ao judiciário, predominante no contexto brasileiro (aspecto que ficará justificado mais adiante).

O título foi elaborado a partir de abertura de duas ramificações específicas, que, por ora, convém sejam referidas em ordem inversa a que aparece lá no topo

da página de abertura (ou, em sua *copa*, flertando com a visualização de ramos que saem do tronco chamado capítulo): *construção do modelo* brasileiro de jurisdição constitucional e *influências* norte-americana e alemã. Como isso se relaciona? Sem perder de vista o fio condutor da eletricidade da escrita, luz alta agora – numa tradução literal de *highlight*, que foi o pensamento original – para o uso das palavras *construção*, *modelo* e *influências*, porque foram cuidadosamente escolhidas para fazer parte do título (quão fascinante é concluir pelo acerto da palavra inglesa para o que se traduziria como *destaque* na língua portuguesa, não é mesmo?).

Sob uma perspectiva abrangente, isto é, que dialoga com o objeto de estudo da tese, a ideia de *construção* parece ser chave, porque (a) atuação do tribunal constitucional, da corte de última instância ou, até mesmo, do judiciário e (b) supremacia são elementos que podem aparecer vinculados de forma naturalizada, como se supremacia fosse um componente inerente ao exercício da jurisdição constitucional (consequência direta da própria constituição), aspecto que caracteriza especialmente o imaginário jurídico brasileiro. Pausa agora sobre aquilo que versa sobre os motivos que conduzem à *construção*, a fim de que seja discutido uma *peça* bem relevante da *planta baixa* desta *arquitetura jurídica*: a diversidade terminológica empregada no item (a) provoca a elaboração de um importante parênteses.

Na tradição do constitucionalismo ocidental, há dois modos de visualizar a instituição judicial responsável por exercer controle de constitucionalidade: como órgão de cúpula do poder judiciário (caso da Suprema Corte norte-americana) e como tribunal constitucional *ad hoc* (cujo exemplo é o Tribunal Constitucional Federal alemão).⁷ Assim, não seria suficiente relacionar supremacia judicial apenas com o papel de última instância jurisdicional (concluindo, desse modo, por uma espécie de responsabilidade em apresentar a *síntese do pensamento constitucional*, que já teria sido alvo de discussão nos demais graus de jurisdição), pois, na Alemanha, a decisão que envolve a análise do caso sob os parâmetros presentes na constituição não é última nem primeira, mas única. O Supremo

⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 156 (nota de rodapé n. 11).

Tribunal Federal, por sua vez, segue o modelo dos Estados Unidos (insere-se na estrutura do poder judiciário), agregando funções que o Tribunal Constitucional germânico possui (controle concentrado). A questão que se coloca diante disso é saber: como cada um desses países, em suas diferentes modalidades de jurisdição constitucional, constroem a supremacia judicial?

De volta à *empreitada* que foi iniciada um parágrafo acima, considerando tudo isso, como um ponto de ancoragem central (ou nuclear) da proposta, compreender supremacia judicial como *construção* seria, então, um modo de se opor a esse discurso naturalizado (ou a essa naturalização do discurso), oposição criada pela via de observação dos diversos influxos (contribuições ou concessões) da relação direito e política na manutenção da ideia de um tribunal/corte constitucional com poderes supremos, que é justamente a hipótese levantada como uma espécie de mapa para guiar essa jornada acadêmica (já que este é o argumento que se proliferou no cenário jurídico brasileiro).

Neste momento, talvez seja apropriado permitir que Mario G. Losano traga suas contribuições⁸, através de uma pausa cênica estratégica: em certos atos da escrita, também é importante deixar que alguém assuma o papel de ventríloquo. E o que o boneco, cujos dedos neste exato instante são movidos à digitação, tem a anunciar, guiado pelas sábias mãos do autor italiano? Ele nos conta que *construção*, no interior da “atividade do jurista”, remete a uma “visão de mundo” distinta da de dogma, da de fundamento teológico ou, ainda mais pertinente para as questões que aqui se colocam, da de autoridade. Uma visão distinta, mas não contraposta, porque o direito convive com o dever de “respeito à norma positiva como limite intransponível”. Portanto, trata-se da hipótese de, apesar disso, ser possível o desenvolvimento de um “espírito crítico”, algo que se projeta para uma “reelaboração filosófica de todo o direito”; “uma contribuição à filosofia do direito”.⁹ Nesse sentido, se a naturalização do discurso de supremacia judicial no Brasil

⁸ No volume 01 da obra “Sistema e estrutura do direito”, que ganha o subtítulo “Das origens à escola histórica”, Mario G. Losano escreve um capítulo (XIII) chamado “A construção jurídica”. É dessa parte do livro que se extrai a exposição de ideias acima apresentada. LOSANO, Mario. G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008. v. 1: das origens à escola histórica.

⁹ As expressões entre aspas são todas transcrições do livro acima mencionado de Mario G. Losano. Ibid., p. 320-323.

ocorre imersa numa atmosfera praticamente sagrada, percebê-la como *construção* é um dos modos de despertar para o pensamento crítico, que é o objetivo da tese.

Ocorre que, entre bonecos, autores e criadores de tese, neste cenário, os papéis se confundem e se alternam, não é mesmo? Quem é ventríloquo; quem é boneco? Retomando a manejar as cordas do espetáculo, como reflexo do que foi dito acima, o uso da palavra *construção* na especificidade da proposta que se apresenta é ainda mais relevante, porque pretende indicar *movimento*, *atividade*, *transformação* (não uma sólida edificação; não sedimentação). Ou seja, é possível dizer que a trajetória da atividade jurisdicional, em diferentes contextos e sistemas jurídicos – em especial, pelo propósito do texto, no Brasil –, não obedece a um critério determinado (ou pré-estabelecido e estável), que seja, portanto, próprio à instituição judicial ou capaz de identificá-la.

Nos três países mencionados, não se figura uma linearidade, mas, sim, uma oscilação no que diz respeito ao modo de observar as intervenções judiciais ao longo de sua história constitucional, por motivos distintos. Estados Unidos possuem uma Suprema Corte ativa¹⁰, influente no contexto político? O Tribunal Constitucional alemão é interveniente, trazendo definições sobre questões políticas controversas da sociedade alemã? É possível responder sim e não para ambas as perguntas, *construções* empreendidas através de diferentes compassos – exprimindo a exata noção de pulsos e repousos que a música pode emprestar de modo providencial à análise da atuação das cortes/tribunais. Na verdade, a melhor resposta talvez seja *depende*: nessa situação, mais importante do que perguntar por sua definição, é questionar *quando (sob quais condições)* e *por que* algo passa a ser.

É na linha desse tipo de investigação que as influências das experiências de outros países para a *construção do modelo* brasileiro de jurisdição constitucional tornam-se relevantes, justamente porque é uma tentativa de avançar através de um processo de retroceder – de releitura, do direcionamento do olhar para um passado presente¹¹. Mas, se o objetivo é voltar, significa que

¹⁰ “Ativa” aparece aqui sem qualquer ligação com dos debates teóricos que envolve o tema ativismo judicial.

¹¹ Há diversos autores que estudam a noção de temporalidade no direito. Há dois deles que influenciam diretamente a tese, pelas leituras que foram realizadas: François Ost e Giacomo Marramao. Nesse ponto, importa a abordagem de Ost, para quem o direito é concebido como um contínuo processo

serão retomados caminhos já transitados? Também. Afinal, não é nenhuma novidade afirmar que o controle de constitucionalidade brasileiro foi fundado a exemplo do que a Alemanha e do que os Estados Unidos construíram para seus respectivos sistemas judiciais. Aliás, por isso mesmo esses foram os países escolhidos – não há nada aleatório aqui (a não ser as sombras que aparecem cada vez que se ilumina algum ponto).

Ainda, recuperando o percurso que vinha sendo traçado no terceiro parágrafo, o fato de a palavra *influências* fazer parte do título também não é obra do acaso – ela ganha espaço na medida em que se reconhece, nos Estados Unidos e na Alemanha, a caracterização de duas *tradições* distintas, cujo ponto de encontro é proporcionado por sua receptividade no direito brasileiro. Assim, além da concepção de teoria do direito que dá significado a *tradição* – assumindo-se aqui a perspectiva de John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, que substituem a ideia de sistema jurídico por tradição jurídica, qualificando esse tipo de abordagem a partir de um elemento cultural historicamente situado¹² –, interessa ainda mais associar a isso seu sentido filosófico. Com Hans-Georg Gadamer¹³, é possível pensar *tradição* como legado, e ter isso presente é fundamental:

A cultura do passado (*tradição*) está sempre afetando o presente e deixando suas marcas no futuro. Isso vai contra a ideia de que nossa compreensão do mundo somente é possível quando o sujeito descarnado é separado da tradição e se regula pela razão pura. Ao contrário, para Gadamer, a possibilidade de compreensão pressupõe um engajamento ativo com a tradição.¹⁴

de ajustamento, que ocorre através do elo existente entre um passado que ainda não se esgotou, mantendo suas promessas, e de um futuro que, por mais indeterminado que possa parecer, também não é aleatório. OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. (Coleção Direito e direitos do homem). p. 19-31.

¹² MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 23.

¹³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**. 12. ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2007.

¹⁴ Tradução livre. No original: “The culture of the past (*tradition*) is always affecting the present and making its mark on the future. This runs counter to the idea that our understanding of the world is only possible when the unencumbered self is divorced from tradition and regulated by pure reason. On the contrary, for Gadamer, the possibility of understanding presupposes an active engagement with tradition”. (grifos dos autores) LAWN, Chris; KEANE, Niall. **The Gadamer dictionary**. London: Continuum, 2011. p. 142.

Portanto, em uma linguagem gadameriana, *tradição* implica transmissão, até porque o vocábulo tem sua origem no verbo entregar (que, em latim, se escreve *tradere*). Ao mesmo tempo, isso não significa a existência de algo pronto, estático, fixo ou imutável; pelo contrário, porque possibilitada pela linguagem, corresponde a “[...] uma força criativa, que a todo momento determina e é determinada”.¹⁵ Isso fica muito mais evidente se observado que os sistemas jurídicos, compreendidos como *tradições*, criam identidades que, ao longo dos séculos, vão passando por mudanças a partir das quais são construídos novos sentidos para o direito. Claro que seria inapropriado afirmar que a noção de tradição jurídica corresponde diretamente a essa *categoria* gadameriana; contudo, é através dela que se consegue refinar a compreensão sobre *como* o direito brasileiro sofre influências de outros sistemas jurídicos. Então, voltando ao tema, o que essas duas tradições – americana e germânica – ofereceram ao direito constitucional no Brasil?

Seria correto, mas não seria suficiente informar que o controle de constitucionalidade difuso, introduzido no sistema brasileiro durante o período republicano, possui sua origem no *judicial review* estadunidense, explicando detalhadamente seu funcionamento em comparação com o caso brasileiro. Tampouco agradaria tão somente fazer uma longa exposição acerca da importância do controle concentrado alemão, um mecanismo que surge em um ambiente jurídico caracterizado pela existência de vasta produção legislativa, à semelhança de como acontece no Brasil. Esse modo de abordagem pouco dialogaria com o tema ou traria apenas mínimas contribuições, que provavelmente podem ser encontradas em quaisquer livros especializados sobre jurisdição constitucional. Como esse capítulo contribui, então, ao desenvolvimento da tese?

É possível dizer que a atuação do judiciário brasileiro, em especial do Supremo Tribunal Federal, que acaba atingindo ares de supremacia na atual conjuntura, foi possibilitada pela mistura dessas duas tradições, uma vez que reuniu em sua mais alta instância jurisdicional, isto é, em um único órgão, o poder de decidir sobre disputas judiciais envolvendo sujeitos de direito, gerando efeitos exclusivamente entre as partes – controle difuso, de origem norte-americana; mas também de promover a discussão sobre a constitucionalidade das leis, um debate

¹⁵ Ibid., p. 141.

que visa a colocar o ordenamento jurídico sob a proteção da constituição, que produz efeitos para todos (*erga omnes*) – controle concentrado, influência germânica. Só que, a partir desta mescla, pode-se pensar em um outro interessante desdobramento, que se aproxima diretamente com a linha de desenvolvimento da tese: no que diz respeito à *dimensão política* de sua atuação, a postura do STF reflete, ao mesmo tempo,

a. por inspiração de uma *leitura* que se faz do modelo norte-americano: um papel progressista estratégico na disputa política – um tribunal propulsor político de novos direitos e promovedor de liberdades no julgamento de controvérsias subjetivas (então a decisão judicial passa a ser meio de movimentação/modificação/transformação política);

b. por assimilação de um *olhar* que recai sobre o modelo germânico: uma função política deslocada para o âmbito de concretização (ou efetivação) de direitos – um tribunal que se volta à implementação de expectativas normativas, através de um perene dever de revisão constitucional que se direciona a um projeto político já existente – seja por disposições constitucionais ou por previsão legislativa – e, por isso mesmo, de cunho universalizante.

As duas primeiras paradas (2.1 e 2.2) que compõem o capítulo buscam colocar sob discussão a *leitura* e o *olhar* acima esboçados. Seria uma abordagem semelhante ou bem próxima da que faz García de Enterría quando afirma que o direito norte-americano progride através de “golpes de sentenças”, à diferença do que acontece no continente europeu, cujos avanços ocorrem “a golpe de códigos e leis”?¹⁶ Talvez – é provável que seja *nem tanto isso*¹⁷, porque essa afirmação pode ser considerada um ponto de vista especificamente situado no duplo ângulo que reflete a imagem das tradições jurídicas de cada um destes países, o que é fundamental para a compreensão do problema, mas insuficiente; e pode ser simultaneamente *muito mais que isso*, pelo andar da investigação que explora a

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1982.

¹⁷ É possível que isso fique ainda mais claro no capítulo dois, quando o sentido de supremacia judicial será problematizado sob os aportes teóricos norte-americanos. Por hora, talvez seja apenas necessário colocar assim: é correto afirmar que a atuação da Suprema Corte foi determinante para os avanços/definições do constitucionalismo estadunidense? Sim, mas nem tanto: é possível dizer que, em verdade, ela ocorreu dentro de seus limites políticos, isto é, em diálogo com os demais braços do estado.

rota da dimensão política que recai sobre a atuação dos cortes de última instância/tribunais constitucionais.

Está bem claro – e pode ficar ainda mais nas próximas páginas – que o Brasil conjuga elementos de *common law* e de *civil law*, em especial por influência do que foi elaborado nos Estados Unidos e na Alemanha. O sistema híbrido de controle de constitucionalidade seria um dos modos mais fáceis de visualizar este aspecto, porque institucionalmente já estabelecido. Difuso e concentrado – parece mesmo tudo muito claro e delimitado. Mas e as teses de “abstratização do controle difuso”, “transcendência dos motivos determinantes”, que cogitam a extensão dos efeitos para todos (cunho universal) de uma decisão proferida no julgamento de um caso que envolve uma disputa jurídica entre sujeitos de direito? Controle difuso com ampliação de efeitos (fora das hipóteses textualmente previstas)?¹⁸

Perguntas foram criadas para confrontar certezas e, então, neste caso, pode ser importante refletir sobre o fato de que a conjugação mencionada acima acaba indo muito além da ideia de coexistência que a palavra exprime: é um amálgama, no sentido que a linguística empresta ao vocábulo; uma tentativa de unidade na duplicidade – e, por isso mesmo, uma estratégia de duvidosa repercussão quanto a seus benefícios. Mais do que uma discussão sobre efeitos da decisão em sede de controle de constitucionalidade, que é um exemplo que se enquadra perfeitamente e que provoca um relevante debate técnico, o capítulo busca ilustrar as influências destas duas tradições no contexto brasileiro sob outra perspectiva: a do perfil dos tribunais/das cortes de última instância, lançando a proposta de que, na história recente, o Supremo Tribunal Federal imprime em sua atuação uma função política progressista da decisão judicial, um papel preponderante e determinante na definição das principais controvérsias da sociedade (que pode ser vista como característica da Suprema Corte norte-americana), o que acaba se

¹⁸ A assimilação definitiva dessas teses ocorreu através do julgamento da reclamação n. 4335-4/AC, que voltará a ser discutida em outra oportunidade. O artigo de Rafael Tomaz de Oliveira é esclarecedor sobre o tema: TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. O papel do Senado no controle de constitucionalidade. **Consultor jurídico**, coluna Diário de Classe. Publicada em: jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-01/diario-classe-papel-senado-controle-constitucionalidade>> Acesso em: jun. 2016. Ainda, a leitura crítica sobre a modulação dos efeitos também pode ser encontrada em duas principais obras: STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 526 e ss.; e ABBoud, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

legitimando a partir de um discurso de concretização, compreendida não como aplicação da norma ao caso¹⁹, mas, exatamente por estar unida a essa espécie de objetivo político do judiciário que se sobrepõe inclusive às esferas majoritárias de poder, como promoção judicial (que, em muitas situações, ganha ares de apelo e simpatia social, certo populismo).

A grande questão é: quais os impactos disso para o direito brasileiro? Assunto para outro capítulo, verdade. Mas este também tem sua preciosidade e suas perguntas fundamentais – como reconstruir os caminhos que conduziram à naturalização da supremacia judicial no Brasil? Quais os percursos que conduziram à construção desse imaginário? Está rascunhado o primeiro roteiro, elaborado a partir das experiências de outros dois países, que são as fagulhas históricas do pensamento. O mais importante: foi pensado à lápis. Não para que possa fazer uso da borracha – é para tornar a escrita leve e fluida o suficiente para evitar atalhos. Em frente! Com toda ambiguidade que a leitura em voz alta dessa expressão pode causar.

¹⁹ A diferença ontológica entre texto e norma, tese criada por Lenio Streck a partir da conjugação da proposta de Friedrich Müller e da fenomenologia heideggeriana, é fundamental para a compreensão do sentido que está sendo dado à *concretização*, na medida em que, para o jurista, a norma é produto da interpretação de um texto, o que implica reconhecer que a interpretação judicial – portanto, a aplicação – está relacionada ao sentido que é possível ser construído a partir de algo já previsto (texto). Este é um conceito central que atravessa toda sua produção bibliográfica. Entretanto, para situar o leitor, referencia-se a seguinte obra: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

2.1 SUPREMACIA JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS: A DIMENSÃO POLÍTICA DE ATUAÇÃO DA SUPREMA CORTE

“Dred Scott nasceu aproximadamente em 1799; morreu em 17 de setembro de 1858. Dred Scott, assunto da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos em 1857, que negou cidadania aos negros, invalidando o *Missouri Compromise Act*, tornou-se um dos eventos que resultou na Guerra Civil”²⁰. Frase impactante o suficiente para ser gravada em um túmulo – e assim foi feito. Um acontecimento para não ser esquecido: depois de muito tempo após o surgimento do *judicial review* via caso *Marbury versus Madison* (1803), passados mais de cinquenta anos sem uma atuação que lhe desse destaque, no caso *Dred Scott versus Sandford* (1857), a Suprema Corte norte-americana profere uma decisão que, pela segunda vez, afirmaria sua autoridade, chamaria para si a responsabilidade de dar a solução para um dos temas mais polêmicos no contexto histórico daquela época (escravidão) e consagraria definitivamente a sua supremacia sobre o controle dos atos do congresso. Esse é apenas um modo de visualizar os acontecimentos.

O texto reproduzido na íntegra logo no início foi extraído da lápide de Dred Scott. Em que pese sua redação faça referência à controvérsia que ele instaurou perante o judiciário estadunidense, apelando até seu órgão de última instância, sua morte não tem direta relação com isso; foi por tuberculose. Na verdade, com o julgamento de *Dred Scott versus Sandford*, paradoxalmente à tentativa de fortalecimento e/ou redimensionamento de seus poderes há algum tempo amortecidos ou esquecidos, o que ocorreu mesmo foi o sepultamento do prestígio da Suprema Corte. Então qual poderia ser o epitáfio deste sepulcro que acaba de ser anunciado na forma de metáfora? Talvez o mais apropriado seja: aqui jaz a supremacia envergonhada da Suprema Corte norte-americana (ou: sua

²⁰ Tradução livre. No original: “Dred Scott born about 1799 died sept. 17, 1858. Dred Scott subject of the decision of the Supreme Court of United States in 1857 which denied citizenship to the negro, voided the Missouri Compromise Act, became one of the events that resulted in the civil war”. TRACHTMAN, Michael G. **The Supremes’ greatest hits: the 37 Supreme Court cases that most directly affect your life.** Revised & updated edition. New York: Sterling Publishing Co. Inc., 2009. p. 27.

envergonhada *pretensão* de supremacia). É preciso fazer uma breve retrospectiva para que se possa entender melhor o tom dramático da redação desta parte.

Quando Dred Scott recorreu à Suprema Corte, Estados Unidos era uma nação dividida, um país caracterizado pela diferença, em diversos âmbitos (social, econômico e político). Mas havia uma questão que particularmente incendiava os debates em solo norte-americano, colocando sul e norte em extrema polarização, cenário para grandes disputas: a manutenção do regime escravocrata²¹. Tentando equilibrar forças entre opostos e diminuir o conflito através de concessões para ambos os lados (criando, negocialmente, autorizações e impedimentos, que adiavam e mascaravam cada vez mais a crise que depois eclodiria em guerra civil), o governo federal, pela atuação de seu congresso, expediu diversos “compromissos” (leis), que davam amparo legal ou não à existência de escravos em determinadas regiões. Um dos mais importantes foi o *Missouri Compromise Act* (1820), que criou uma linha que proibia a escravidão nos territórios ao norte das fronteiras do estado de Missouri.

Em 1830, Dred Scott, escravo, foi levado por seu proprietário, John Emerson, para viver por um longo período em território livre, porque localizado ao norte da linha do *Missouri Compromise*. Passados alguns anos, retorna juntamente com seu dono ao seu local de origem, onde a escravidão era legalmente aceita (Missouri). Como havia morado onde a escravidão era proibida – e algumas cortes já vinham decidindo que, nessa hipótese, o escravo poderia ser considerado emancipado –, depois da morte de Emerson, tendo sido herdado pela esposa do falecido, decide começar uma luta para tornar-se livre. Dá-se início, então, a uma longa jornada judicial.

As sucessivas negativas das cortes inferiores o conduziram até a Suprema Corte. Embora a constituição norte-americana tenha trazido em seu preâmbulo o intuito de “garantir tranquilidade doméstica/interna”²², nada foi dito em relação a

²¹ Há um livro, chamado “Battle cry of freedom: the Civil War Era”, escrito pelo historiador James M. McPherson, que faz uma abordagem minuciosa sobre a escravidão nos Estados Unidos e sua relação com liberdade, crescimento econômico e religião. McPHERSON, James M. **Battle cry of freedom: the Civil War Era**. New York: Oxford University Press, 1988. 904 p.

²² Tradução livre. Prêmbulo, no original: “We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America”.

um dos temas que mais causou instabilidade política na relação dos estados entre si, bem como desses com a União. A constituição não havia acomodado em seu texto a tensão entre abolicionistas e escravagistas; havia silenciado, até porque, no momento de sua ratificação, a escravidão era pressuposto e as disputas não eram vivenciadas com o fervor que posteriormente foi atingido. Contudo, a ausência do que pode ser considerado um *vetor de constitucionalidade textual* a ser seguido aparentemente não exigiria grandes exercícios reflexivos à Suprema Corte no caso envolvendo Dred Scott, porque já havia sido fixado um precedente, em *Strader versus Graham* (1851), hipótese análoga; bastaria, portanto, aplicá-lo, negando o apelo sob mesmo fundamento. Mas não foi assim que aconteceu.

Uma decisão que “cobrisse todos os aspectos do caso” – este foi o argumento que fez de Dred Scott *versus* Sandford uma das disputas judiciais mais emblemáticas dos Estados Unidos, justamente pelo modo como a Suprema Corte se posicionou: inesperado, por desviar do precedente já existente; impactante, pelo teor do que ficou decidido.²³ Para além da análise sobre se era possível tornar Dred Scott um homem livre a partir do tempo que passou em locais onde o trabalho escravo não era legalmente autorizado, o papel da Suprema Corte se fez maior (ou seus juízes assim o quiseram fazer): a discussão também se desloca para saber se ele poderia ou não recorrer às instâncias federais de jurisdição, cujo pressuposto é ser considerado um cidadão – e a grande pergunta que se colocou foi: homens negros são cidadãos? Ainda, houve o direcionamento para outra controvérsia: o congresso tem o direito de produzir legislação tal como *Missouri Compromise Act*, que extingue a escravidão em alguns territórios?

Em resumo, porque o objetivo não é se dedicar exclusivamente a este case: Dred Scott não se tornou um homem livre, ao contrário, morreu escravo; não foi considerado um cidadão, mas propriedade de John Emerson; por isso, não estava sob a proteção da constituição, no sentido de que não teria legitimidade para acessar as cortes federais; e o congresso foi julgado incompetente para criar legislação que abolisse a escravatura em certos territórios, o que repercutiu na anulação do *Missouri Compromise Act*. Ou seja, a um só tempo, a Suprema Corte

²³ McPHERSON, James M. **Battle cry of freedom**: the Civil War Era. New York: Oxford University Press, 1988. p. 171.

deu dupla abrangência para seus poderes: *a.* uma de cunho político – decidir sobre questões sociais controversas (com a pretensão de última palavra); *b.* outra de fundo técnico – definir sobre limites e competências em relação aos atos de governo (na especificidade, do congresso).

E assim a corte de última instância dos Estados Unidos da América exerceu convictamente seu ativismo judicial, apresentando definições sobre o elo existente entre liberdade, cidadania e questão racial. Assim ela resolveria o principal impasse que fragmentava a sociedade norte-americana, manifestando um posicionamento que avocava para si um caráter *unificador, final*: escravos deveriam permanecer escravos – e o governo federal não estava autorizado a mudar isso. Ou seja, assim a Suprema Corte afirmava sua supremacia, em amplo espectro. Conclusão de quem?

Certamente, não do congresso norte-americano. 19 de maio de 1862, mais ou menos cinco anos depois da decisão no caso envolvendo Dred Scott: “[...] A partir e depois da promulgação deste ato, *não deverá existir*, nem escravidão, nem servidão involuntária em quaisquer dos territórios agora existentes dos Estados Unidos ou naqueles que possam, a qualquer tempo, futuramente, ser formados ou adquiridos pelos Estados Unidos [...]”.²⁴ Mas a Suprema Corte não tinha definido que o congresso não tinha autoridade para acabar com a escravidão? Exatamente. Quão definitiva pode ser uma decisão judicial proferida por um órgão de última instância? Provocativo o questionamento, e, por isso, a dedicação para se construir uma boa resposta deve durar o tempo de outro capítulo – e assim será feito (especificamente, o último).

Mesmo com tudo isso, com essa série de contradições, é inegável que a Suprema Corte fez história neste caso: anunciou uma decisão de grande repercussão – de tamanha grandeza que foi capaz de incentivar o desenvolvimento de uma guerra civil iminente. Por isso mesmo, Dred Scott *versus* Sandford é um caso simbólico para colocar o tema supremacia judicial sob discussão. Não só por isso, mas por muitos outros elementos que trazem

²⁴ Tradução livre. No original: “Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled, That from and after the passage of this act there shall be neither slavery nor involuntary servitude in any of the Territories of the United States now existing, or which may at any time hereafter be formed or acquired by the United States, otherwise than in punishment of crimes whereof the party shall have been duly convicted”.

incômodos (ou, no mínimo, provocações) a teses que podem relacionar supremacia judicial, por exemplo, com posturas progressistas, concretização de direitos, representação de minorias, dentre outros aspectos que acoplam a este conceito uma *visão salvadora* das cortes/tribunais de última instância, isto é, uma versão exclusivamente positiva, que acaba servindo como justificação para o exercício de uma *autoridade suprema*.

Isso de certo modo está relacionado à ideia que eleva o judiciário – em especial, as cortes/tribunais de última instância – a “representante do povo ausente”, expressão que foi muito divulgada no Brasil por José Adércio Sampaio Leite²⁵, numa remissão às discussões que foram feitas originalmente por Bruce Ackerman²⁶. Sem criar qualquer vínculo com a proposta dos autores mencionados acima, ou seja, numa reflexão propositalmente não orientada pelo que possam ter produzido, o termo “representante do povo ausente” parece fazer sentido se ligado à função contramajoritária da jurisdição constitucional; algo aquém do sentido de supremacia. O pensamento que associa jurisdição e representatividade configura uma superação do contramajoritarismo, o que pode ser visualizado através do que afirma Luís Roberto Barroso, para quem o judiciário, em certos contextos, seria o “melhor intérprete do sentimento majoritário”²⁷. No fundo, é isso, conjugado a outros elementos, que está por trás da defesa da supremacia do Supremo Tribunal Federal (assunto que será retomado mais tarde).

Considerando a popularidade desse tipo de argumento, que usualmente vem associado ao que pode ensinar a tradição estadunidense, é bom lembrar que, em *Dred Scott versus Sandford*, a Suprema Corte teve uma atuação surpreendente, procurou afirmar sua supremacia, mas o fez através de uma decisão que mantinha o regime escravocrata, ou seja, a última instância jurisdicional dos Estados Unidos pretendeu ser *corte suprema* disseminando a desigualdade, negando cidadania a uma parcela da sociedade norte-americana, definindo quem são aqueles que não

²⁵ LEITE, José Adércio Sampaio. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 65.

²⁶ ACKERMAN, Bruce. **We the People: foundations**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1993. Lido em sua Kindle Edition.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. A função representativa e majoritária das cortes constitucionais. In: MORAIS DA ROSA, Alexandre et al (Orgs.). **Hermenêutica, constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 159-175.

estariam *under the constitution*. Ela objetivava se impor, estabelecer o seu lugar como autoridade final, e, na verdade, quase conseguiu, não fosse a posterior atuação do congresso contrariando sua decisão por completo. Poderia ser o elemento de unificação de um país em chamas, agindo para isso, mas em grande medida instigou a Guerra Civil, um conflito com direito a derramamento de sangue, e que, fundamentalmente, serviu para produzir, como resultado, o oposto de sua decisão – trouxe a libertação dos escravos.

Como se pode perceber, este case é instigante, porque suscita questionamentos diversos – alguns até para os quais não se consegue encontrar uma resposta muito concreta ou convicta, a não ser probabilidades, como, por exemplo, o que diz respeito aos motivos que levaram os *justices* a proferir uma decisão com aquele conteúdo: seriam inclinações políticas pessoais? Ou seria a Suprema Corte norte-americana alvo de *lobby* político e de pressões partidárias?

James M. McPherson faz uma interessante construção neste sentido. Para o historiador, poderia ser dito que, sendo a Corte composta por uma maioria sulista, houve um momento que os dois *justices* não Democratas (John McLean e Benjamin Curtis) manifestaram a intenção de apresentar posicionamento contrário à decisão que já estava sendo elaborado pelo *Justice* Samuel Nelson, que tendia a recusar o apelo (o que significava que eles poderiam não apenas tornar Dred Scott homem livre, como também colocar a escravidão sob discussão). Por outro lado, a postura da Corte no caso também pode ser fruto da tentativa do poder político de passar a responsabilidade para as instâncias judiciais. Ainda, por isso mesmo, seu conteúdo também pode ser resultado das tensões existentes entre as pretensões políticas e a interferência judicial, no sentido de que havia uma preocupação da Suprema Corte norte-americana de que seu mandamento fosse cumprido, o que exigia certa harmonização com o poder político.²⁸

Como McPherson mesmo afirma, os elementos que compõem o caso são complexos. Diante disso, o que interessa neste momento é perceber que a Suprema Corte marcou uma posição, trouxe definições importantes e, assim, por

²⁸ A análise detalhada do caso aparece no capítulo 6: "Mudsills and Greasy Mechanics for A. Lincoln". McPHERSON, James M. **Battle cry of freedom: the Civil War Era**. New York: Oxford University Press, 1988. p. 170-188.

conta própria, exalou supremacia. Este é apenas um, mas seria possível pensar em muitos outros casos:

a. *Lochner versus New York* (1905), quando a Suprema Corte fixou o entendimento que o governo federal não poderia interferir nas relações comerciais privadas, invalidando medidas presidenciais (Roosevelt) relacionadas à fixação de direitos trabalhistas (limitação de jornada de trabalho, salário mínimo, proteção à saúde etc.);

b. *Brown versus Board of Education* (1954), cujo resultado foi a determinação de que, independente da raça, todas as crianças deveriam ser admitidas em escolas públicas, contrariando o posicionamento proferido em *Plessy versus Fergusson* (1896), que autorizou a segregação nas escolas (e fez vigorar a doutrina “separados, mas iguais”);

c. *Miranda versus Arizona* (1966), quando, honrando a quinta emenda²⁹, a Suprema Corte definiu que, durante a investigação criminal, o acusado deve ser informado pelas autoridades de que possui os direitos de permanecer em silêncio e de ter a assessoria de advogado, tomando efetivo conhecimento disso, sob pena de nulidade da confissão (o que ficou popular como *Miranda's rights*);

d. *Roe versus Wade* (1973), em que foi fixada a inconstitucionalidade da proibição do aborto por lei estadual, autorizando a interrupção da gravidez, desde que o feto ainda não tenha condições de viver fora do útero materno;

e. *US versus Nixon* (1974), cuja decisão pôs fim a uma *guerra* entre congresso e presidência, afirmando que o presidente não está acima da lei, e, conseqüentemente, determinando, então, que Nixon entregasse as fitas com as

²⁹ Quinta Emenda, traduzida: “Ninguém será chamado a responder por um crime capital, ou infamante, a menos que sob denúncia ou indiciamento oriundo de um grande júri, exceto em casos que se apresentem nas forças terrestres e navais, ou na milícia, quando chamadas a serviço ativo em tempo de guerra ou perigo público; ninguém poderá ser acusado duas vezes pelo mesmo crime com risco de perder a vida ou parte do corpo; ninguém será obrigado, em qualquer caso criminal, a testemunhar contra si mesmo, nem ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido procedimento legal; nenhuma propriedade privada será tomada para um uso público sem uma justa compensação”. Essa tradução está disponível *on line* no seguinte sítio: <http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>. No original: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”. Tradução livre:

gravações obtidas através de um sistema de escuta que ele mesmo havia implantado na Casa Branca;

f. *District of Columbia versus Heller* (2008), que abriu discussão sobre o conteúdo da segunda emenda³⁰, cuja conclusão aponta para o direito individual de portar armas (algo não vinculado ao fato do cidadão fazer ou não parte de milícia).

Liberdade nas relações privadas, raça e discriminação, direitos do acusado, autonomia da mulher sobre seu corpo, poderes da presidência, porte de arma – talvez esses sejam alguns dos principais temas sobre os quais a Suprema Corte se posicionou ao longo dos anos; atuou com um papel estratégico, como se costuma dizer. Lembrar de tudo isso conduz ao pensamento de que, através do julgamento de diversos casos, a história do constitucionalismo norte-americano foi, aos poucos, se delineando. Com o som pesado da batida do martelo da Suprema Corte, foi sendo delimitado o conteúdo do direito na América do Norte, suas permissões e proibições. E mais uma vez surge a indagação: será? Ainda essa pergunta permaneça (até o final da tese) – não por gosto, mas por inquietação mesmo –, em algum momento histórico, devido a algum motivo, sob certa nuance – e a proposta é que esses elementos se tornem cada vez mais claros –, é possível se posicionar de acordo com a afirmação de José António Teles Pereira: a Suprema Corte dos Estados Unidos “tornou realidade a *ideia* de um poder judicial verdadeiramente independente” (grifo meu).³¹

Quando o autor escreveu a frase acima, ele estava se referindo especificamente à atuação do *Chief of Justice* John Jay – fazer esta observação também é relevante para ilustrar como o direito norte-americano e sua corte de última instância têm sua história sendo escrita com ênfase nas diversas personalidades (algo próximo à identificação direta do perfil da Suprema Corte com o de seu presidente, através da análise de suas inclinações/posicionamentos), questão para a qual se voltará mais tarde. Mas o melhor da declaração de Teles

³⁰ Segunda Emenda, traduzida: “Sendo necessária uma milícia bem organizada para a segurança de um Estado livre, não poderá ser infringido o direito do povo de conservar e portar armas”. Essa tradução está disponível *on line* no seguinte sítio: <http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>. No original: “A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed”.

³¹ TELES PEREIRA, José António. Apresentação. **Sub judice**: justiça e sociedade. *Judicial Review – o sonho americano*. Lisboa, n. 12, p. 1-2, jan./jun., 1998. p. 1.

Pereira, que fez com que ela esteja aqui reproduzida – e que, em certa medida, vincula-se ao ponto de interrogação colocado no parágrafo anterior –, está relacionado ao fato de que ela lança o argumento que percorre este caminho – a independência (como quis Teles Pereira) ou a supremacia do poder judiciário estadunidense (como quer esta tese), sob a perspectiva de *ideia*: uma, dentre as várias possíveis *leituras*, terminologia já empregada na introdução deste capítulo, que recaem sobre a atuação do órgão judicial de última instância dos Estados Unidos.

Dizer que a Suprema Corte norte-americana é a “corte máxima do país” (*highest court in the land*), a instituição responsável por interpretar as leis, tendo a palavra final nas disputas judiciais, é o mesmo que “descrever champanhe como suco de uva ou o Grand Canyon como um desfiladeiro [river valley] – correto sob certa perspectiva, mas superficial e incompleto”. Uma tradução livre das palavras de Michael G. Trachtman, autor do livro “The Supremes’ greatest hits: the 37 supreme court cases that most directly affect your life”.³² Genial a metáfora do escritor, porque conjuga muito bem com o título de sua obra. Como a atuação da Suprema Corte afetou a vida dos cidadãos estadunidenses? Respondendo a isso, talvez se cumpra com o objetivo desta parte – demonstrar, na verdade, como ela pode ter repercutido na dos brasileiros.

Pense na história do constitucionalismo norte-americano. Seria possível resumir esse pensamento em pelo menos três palavras relacionadas ao tema? Há um triângulo que tradicionalmente se desenha na mente dos juristas quando se busca por algo capaz de identificar ou caracterizar o direito estadunidense através de seus elementos mais importantes – um núcleo: constituição, liberdades e Suprema Corte (ou *judicial review*). Pensar em *constituição* está relacionado à força do constitucionalismo nos Estados Unidos, isto é, à importância que ganha o argumento constitucional a partir do processo de independência das 13 colônias e de sua consequente unidade na forma de estado-nação. Lembrar de *liberdades*

³² No original: “As for Supreme Court, they know that it is the highest court in the land – the final word on legal disputes. So far as it goes, all of this is true. But to describe the Supreme Court in this way is to describe champagne as grape juice, or the Grand Canyon as a river valley – accurate to a point, but so shallow and incomplete as to be grotesquely misleading”. TRACHTMAN, Michael G. **The Supremes’ greatest hits: the 37 Supreme Court cases that most directly affect your life**. Revised & updated edition. New York: Sterling Publishing Co. Inc., 2009. p. 1.

parece ser o pensamento mais recorrente, o que, por sua vez, surge acompanhado da preocupação histórica em honrar a democracia, com todas as lutas travadas e as dificuldades existentes para se construir não apenas uma sociedade democrática livre, mas também igualitária. Por fim, *Suprema Corte* e, associado a isso, *judicial review*, apontam para a tradição estadunidense (*common law*), ou seja, para a engenharia que funda o sistema judicial norte-americano, na qual a análise pontual de casos ganha relevância.

“Esta Constituição, e as Leis dos Estados Unidos que tiverem sido promulgadas de acordo com ela; [...] deverão ser *Lei suprema* do País [...]”.³³ “Os Senadores e os Representantes [...], e os Membros de todas as Legislaturas Estatais, e todos os Gabinetes executivos e judiciais [...] estão obrigados a subscrever esta Constituição [...]”.³⁴ É o que está escrito no artigo sexto da constituição norte-americana, sendo praticamente as palavras que encerram seu texto (porque o resto, isto é, o sétimo – e último – artigo, apenas trata de formalidades sobre a ratificação). Ao conjugar a leitura dessas duas partes de um mesmo dispositivo, a impressão que se tem é de que se está diante de um grande e importante final, que, na verdade, mais parece anunciar um começo. E não é isso mesmo?

Pode-se dizer que sim, afinal, o *melhor da constituição* veio mesmo depois, sob duas perspectivas distintas: *primeiro*, porque, embora a constituição norte-americana tenha surgido em 1787 como resultado da Convenção de Filadélfia, sua riqueza – em termos de garantias/proteção aos cidadãos – está nas emendas criadas logo após seu surgimento, especialmente nas dez primeiras, consideradas o *Bill of Rights* da América do Norte (implantadas em 1791); *segundo*, porque o

³³ Grifo meu. No original: “Article VI. 2. This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding”. Tradução livre: Esta Constituição, e as Leis dos Estados Unidos que tiverem sido promulgadas de acordo com ela; e todos os Tratados firmados ou que poderão ser firmados sob a Autoridade dos Estados Unidos deverão ser Lei suprema do País; e os Juízes de cada Estado deverão estar a isso vinculados, sem que nada conste ao Contrário na Constituição ou Leis de qualquer Estado”.

³⁴ No original: “Article VI. 3. The Senators and Representatives before mentioned, and the Members of the several State Legislatures, and all executive and judicial Officers, both of the United States and of the several States, shall be bound by Oath or Affirmation, to support this Constitution; [...]”. Tradução livre: Os Senadores e os Representantes anteriormente mencionados, e os Membros de todas as Legislaturas Estatais, e todos os Gabinetes executivos e judiciais, dos Estados Unidos e dos diferentes Estados, estão obrigados a subscrever esta Constituição por Juramento Solene”.

artigo sexto, em uma visão integrada de seus dois momentos (que foram acima transcritos em tradução livre), inspira a criação de um modelo de sistema jurídico, inaugurando um capítulo na história do direito moderno: aquele cuja personagem principal passa a ser a constituição. Esta é uma das grandes marcas da formação do estado norte-americano – elevar seu texto constitucional à condição de lei suprema, aspecto que acaba sendo qualificado pela ideia de constituição como *paramount law*.

A primeira observação feita acima demonstra claramente o quanto o contexto de elaboração da constituição nos Estados Unidos relaciona-se com a análise que faz Nicola Matteucci sobre o nascimento do constitucionalismo – um movimento político, que culmina em reflexos jurídicos, voltado à organização do poder e à sua limitação (promovendo, também, a proteção das liberdades).³⁵ A constituição americana ilustra bem esse posicionamento, na medida em que seu conteúdo *original* (fazendo referência apenas aos sete artigos) possui caráter mais regulamentar e, assim, burocrático – de estabelecimento de limites, através da fixação de competências e de responsabilidades aos poderes. Por outro lado, suas emendas logo trouxeram o componente material que, como complementação, nutre substantivamente o que já havia sido previsto, apresentando garantias, promovendo as mais diversas liberdades.

Ligado a isso, há outro aspecto importante a ser considerado sobre os elementos que envolvem o processo constituinte nos Estados Unidos. Os caminhos trilhados para se chegar à unificação do país foram muito conturbados: as colônias já possuíam um modo de organização próprio (já existiam, por assim dizer, *constituições locais*, que, evidentemente, não possuíam a dimensão simbólica que atingem posteriormente os textos constitucionais no mundo todo), pretensões políticas específicas e, assim, a tarefa de conjugar todos os interesses em um único *estatuto*, sem anular, com isso, a autonomia e independência de cada território livre (pressuposto para o federalismo), era muito árdua. A estratégia encontrada pelos *founding fathers* para tornar possível a formação da União partiu do reconhecimento de que, diante de projeções políticas tão diversas, “[...] era

³⁵ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Madrid: Editora Trotta, 1988.

necessário despolitizar” a constituição; torná-la “[...] um acto jurídico (e não político)”.³⁶

Embora esse modo de conceber a constituição tenha feito parte de um plano direccionado a aliviar tensões, a negativa de seu carácter político não se traduziu apenas num *discurso de harmonização*, mas trouxe impactos para o constitucionalismo norte-americano de uma forma muito significativa: estabeleceu contornos para as reflexões que se voltam a observar a relação direito-política, e, por consequência, gerou repercussões diretas no modo de compreender o papel de cada um dos poderes constituídos (legislativo, executivo e judiciário). Diante disso, se, como proposto acima, o direito constitucional norte-americano funda uma matriz de pensamento constitucional, um modelo, o que se sugere que ocorra através da triangulação de três principais elementos – que agora, comparando com o que foi anunciado no início, passam a ser incrementados pelas seguintes palavras em destaque: *respeito* à constituição, *luta* pelas liberdades e *protagonismo* da Suprema Corte –, considerar o texto constitucional estadunidense um documento jurídico implicou colocá-lo no vértice superior desse triângulo. Em outras palavras, a constituição não é considerada apenas lei suprema (*supreme law*), algo que está previsto em sua redação, mas agrega a isso o status de *paramount law*.

Duas maneiras diferentes de referir-se à constituição: *supreme law* e/ou *paramount law*. Pode até parecer preciosismo elaborar qualquer distinção, mas a grande verdade é que se trata mesmo de uma questão de óptica³⁷ – a leitura de um dos capítulos da obra de Gerald Stourzh³⁸ colocou um feixe de luz sobre o

³⁶ ZOLLER, Élisabeth. Esplendores e misérias do constitucionalismo. **Sub judice**: justiça e sociedade. Judicial Review – o sonho americano. Lisboa, n. 12, p. 3-12, jan. /jun., 1998. p. 3.

³⁷ Para explicar as metáforas de conteúdo não jurídico, permite-se o auxílio da *Wikipedia*: Óptica (do grego *optiké*: que significa visão) é um ramo da física que estuda a luz e seus mecanismos de propagação, abrangendo a radiação eletromagnética, visível ou não. A óptica explica os fenômenos de reflexão, refração e difração, a interação entre a luz e o meio, entre outros fenômenos. ÓPTICA. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. 28 nov. 2016. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Óptica>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

³⁸ É da obra de Gerald Stourzh que se retira a análise da concepção de constituição como *paramount law*, que ele relaciona com o fundamento para o exercício do *judicial review*. Como refere o autor: “James Madison evocou uma ‘máxima constitucional ao governo’. E isso, de fato, é a inovação mais significativa do constitucionalismo na América”. No original: “[...] James Madison extolled a ‘constitution paramount to the government’. And this, indeed, is most significant innovation of constitutionalism in America”. STOURZH, Gerald. Constitution: Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century. In: _____. **From Vienna to Chicago and**

assunto. A concepção de lei suprema atribui importância à constituição, uma grandeza que a torna fundamental e imprescindível; por sua vez, a expressão *paramount law*, parte desse reconhecimento, mas parece somar a isso o direcionamento do olhar para o modo como é exercido esse caráter supremo, criando-se, assim, uma ideia de verticalidade – uma *verticalidade unificadora*, que acontece a partir de um *movimento uno de dupla força*: de cima para baixo, *por irradiação*, no sentido que o texto constitucional passa a servir como parâmetro para o agir estatal (um objetivo a ser perseguido, que se perpetua ao longo dos séculos); e de baixo para cima, *por fundação*, na medida que funda, edifica, a arquitetura organizacional do estado e, por conseguinte, torna legítimo o exercício do poder através de seus três braços, legislativo, executivo e judiciário (um pressuposto).

É possível dizer, então, que, ao se associar o sentido de *paramount law* com o de lei suprema, está-se qualificando ainda mais o papel da constituição, nos termos como desenvolvido acima. Indo além, lembrando que a atribuição dessa verticalidade tem como pano de fundo o caráter não político da constituição no contexto norte-americano, pode-se considerar que ela surge como limite jurídico, e, assim, em decorrência disso, no debate que envolve a relação direito-política, o direito é colocado no topo (ou no centro), isto é, acima da racionalidade política, seja porque funda as instituições para as quais será atribuído o exercício do político majoritário (e, assim, sua autoridade, por meio da fixação de competências, é concedida pela constituição, um documento considerado jurídico), seja porque sua atuação é por este mesmo documento condicionada (o poder político, compreendido aqui como legislativo e executivo, devem agir de acordo com o texto constitucional, isto é, a partir das prerrogativas ali previstas). Ou seja, o poder político (em especial, o legislativo, já que a presidência dos Estados Unidos possui margem maior para sua atuação, embora jamais possa agir contra o que estabelece o texto constitucional) é colocado sob a guarda da constituição, sob diversas perspectivas.

back: essays on intellectual history and political thought in Europe and America. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. Capítulo 03. Lido em sua Edição Kindle. Posição 1148.

Como se pode observar, a elaboração de um documento jurídico, colocado acima das disputas políticas, dotado de uma verticalidade capaz de unificar interesses a partir do objetivo comum de limitação do poder, dá condições para o surgimento da supremacia constitucional, que, aliás, Élisabeth Zoller considera como acontecimento indispensável e necessário para o federalismo (porque centralizou o poder, mas deu autonomia política aos estados federados).³⁹ Resumindo o argumento, no triângulo desenhado alguns parágrafos atrás, é possível dizer que do vértice *respeito à constituição* emana um tipo de supremacia – nesse caso, uma *supremacia por unidade*. Existe melhor exemplo de unidade do que a junção do *eu* mais o *outro* que vira *nós*? Não para este texto, justamente porque o fundamento dessa *supremacia por unidade* pode estar nas palavras que introduzem a constituição americana: *Nós, o Povo* (*We, the People*).

E, então, já que foi falado em *óptica* (como metáfora há alguns parágrafos atrás), talvez aqui se encontre um ponto de *difração*⁴⁰ – um *obstáculo* ao argumento, que poderia gerar *ondas* diversas de considerações a partir dele. Para começar, a pergunta sobre quem seria o povo naquele contexto (o *nós* ali de cima) certamente renderia uma densa imersão na história americana, que denunciaria a desigualdade que constituía a concepção de cidadão à época. Do mesmo modo, interrogar sobre qual o intuito dessa unidade, sobre seu conteúdo e seus impactos e sobre quem eram os favorecidos com ela também poderia causar certas frustrações para o *sonho americano* de democracia. Para acabar com a *poesia* e o *romantismo* – e desnudar a *falsa ingenuidade* na redação –, nada mais impactante do que a leitura de Gilberto Bercovici: com a Convenção de Filadélfia, a elite norte-americana desejava mesmo era “preservar o equilíbrio econômico-social ameaçado”, impedindo uma “abertura democrática do poder político”. Golpe final: “A Constituição de 1787 não foi criada pelo povo, nem pelos Estados, mas

³⁹ ZOLLER, Élisabeth. Esplendores e misérias do constitucionalismo. **Sub judice**: justiça e sociedade. Judicial Review – o sonho americano. Lisboa, n. 12, p. 3-12, jan. /jun., 1998. Especialmente, p. 3.

⁴⁰ Difração é um fenômeno que acontece quando uma onda encontra um obstáculo. Em física clássica, o fenômeno da difração é descrito como zoller uma aparente flexão das ondas em volta de pequenos obstáculos e também como o espalhamento, ou alargamento, das ondas após atravessar orifícios ou fendas. Esse alargamento ocorre conforme o princípio de Huygens. O fenômeno da difração acontece com todos os tipos de ondas, incluindo ondas sonoras, ondas na água e ondas eletromagnéticas (como luz visível, raios-X e ondas de rádio). DIFRAÇÃO. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. 03 dez. 2016. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Difração>>. Acesso em: 03 dez. 2016.

por um grupo consolidado de interesses econômicos, que era nacional em seus objetivos”.⁴¹

A abordagem feita por Bercovici é pertinente, todavia, é preciso abandoná-la seletivamente (e, por causa disso, não completamente) para dar autoria – e autonomia – a este texto. A *supremacia por unidade* que exala da constituição norte-americana pode ser preservada na medida em que for relacionada com a estratégia criada para lidar com aspirações políticas divergentes entre os territórios livres, as ex-colônias, repercutindo na ideia de centralização do poder a partir de um componente jurídico (o texto constitucional). Por outro lado, *unidade* é uma palavra que, traduzida para uma linguagem de teoria política e, até mesmo, jurídica, pode se aproximar de democracia. Inclusive nessa situação? Para ficar mais claro: é possível identificar um componente democrático em processos constituintes? Em especial, no contexto estadunidense?

É sabido que as constituições são a materialização do contramajoritarismo, embora muitas delas instituem a democracia como regime. Por isso, Jon Elster elenca o constitucionalismo como um dos dispositivos contramajoritários (junto com a separação dos poderes, o sistema de freios e contrapesos e a jurisdição constitucional)⁴². Indo além, na tentativa de tentar esboçar uma resposta à indagação apresentada, talvez nunca tenha sido possível pensar em democracia a partir de seu componente igualitário pleno durante processos constituintes, na medida em que o surgimento de um novo texto constitucional é um momento de ruptura que se caracteriza pela existência de um choque de intenções, sendo que nem sempre toda sociedade acaba sendo autorizada a se manifestar nesse grande embate de pretensões, o que resulta num saldo que, na maioria das vezes, fracassa no intuito de conciliar as demandas de todos os setores (como já foi dito, Estados Unidos é um ótimo exemplo disso, basta observar que os negros, à época da ratificação da constituição, não eram livres – eram escravos –, tampouco considerados cidadão). Entretanto, não seria possível pensar o texto constitucional

⁴¹ BERCOVICI, Gilberto. A constituição invertida: a Suprema Corte americana no combate à ampliação da democracia. **Lua Nova**, São Paulo, n. 89, p. 107-134, 2013. p. 111-115.

⁴² ELSTER, Jon. Regla de mayoría y derechos individuales. **La Política**: revista de estudios sobre el estado y la sociedad, Barcelona, n. 4, p. 23-58, oct. 1998.

sob uma perspectiva simbólica de representatividade? Ou seja, não teriam as constituições uma pequena carga democrática que as instituem?

Não há dúvidas de que democracia se conecta com a premissa majoritária, que, materialmente, envolve a integração de objetivos comuns sob o pressuposto da igualdade, e, procedimentalmente, a ampla participação da sociedade (e, então, poderia ser dito que, durante seu movimento constitucionalista inaugural, os Estados Unidos falharam em ambos os aspectos, especialmente pela exclusão relacionada às questões raciais, patrimoniais e de gênero – relembrando: Dred Scott não viveu muito tempo, mas ainda assim fez história, não é mesmo?). Contudo, se é pelo contramajoritarismo que se coloca freios ao governo da maioria, o que poderiam ser os limites senão justamente aquelas conquistas (garantias, direitos) resultado desse processo com pretensão de unificação dos interesses comuns da sociedade em uma só voz, a da constituição?

Com isso, chega-se ao outro vértice do triângulo: *garantia das liberdades*. Por mais que se possa dizer que, nas discussões que dão origem ao texto constitucional estadunidense, observa-se o prevalecimento de certas prioridades que tendem a abafar o pressuposto *democracia como igualdade*, também é possível afirmar que elas despertam e impulsionam no seio social a ideia de um *mínimo comum inegociável*, que está relacionado à limitação do poder. Assim, se a revolução norte-americana fomenta o estabelecimento de contenções ao arbítrio do governo, as liberdades são uma parcela do conteúdo desses limites. Não por acaso a constituição insculpe como objetivo em seu preâmbulo: “garantir as Bênçãos da Liberdade”⁴³.

Levando em consideração a análise que faz Gilberto Bercovici sobre o movimento constitucionalista nos Estados Unidos, que ele denomina como “eminentemente conservador”, porque voltado apenas à garantia da liberdade e da propriedade⁴⁴, é possível dizer que a busca pela proteção das liberdades em sentido amplo acaba se tornando a tônica da história do constitucionalismo estadunidense ao longo dos séculos. E, então, do vértice *luta pelas liberdades* pode se extrair outro tipo de supremacia, uma *supremacia “por princípio”*, em

⁴³ No original: “[...] secure the Blessings of Liberty”.

⁴⁴ BERCOVICI, Gilberto. A constituição invertida: a Suprema Corte americana no combate à ampliação da democracia. **Lua Nova**, São Paulo, n. 89, p. 107-134, 2013. Especialmente, p. 111.

apropriação da linha teórica desenvolvida por Ronald Dworkin quando trata da diferença entre decidir por política e por princípio, que foi trazida à discussão no Brasil por Lenio Streck.

O que isso significa? Para Dworkin, basicamente uma das conclusões de uma teoria que, no fundo, sob essa perspectiva, traça elementos para a construção das relações entre direito, política e moral, impulsionado pela pergunta sobre como decidir⁴⁵; para Lenio Streck, o modo de evitar decisões judiciais discricionárias (aquelas pautadas por escolhas, não por critérios jurídicos)⁴⁶. Muito mais poderia ser dito sobre o posicionamento de cada um desses autores, evidentemente. Mas faltou tratar do mais importante: *para esta tese, a supremacia “por princípio”* exprime o reconhecimento de que, no contexto americano, existe uma dimensão de supremacia que exsurge da constituição, relacionada à materialização de um objetivo comum inegociável (limitação do poder), sustentado pelo caráter de inviolabilidade que carrega a proteção das liberdades, que, por sua vez, *por princípio*, funda qualquer sociedade que se pretenda democrática. Ou seja, há um vínculo muito forte entre constituição e preservação das liberdades, e, embora sejam duas vertentes distintas através das quais é possível desenvolver o tema *supremacia* no contexto norte-americano, são elementos complementares.

Acontece que desde o começo foi anunciado que a tese era sobre supremacia, supremacia *judicial*. Então, qual a justificativa para a perspectiva histórica apresentada acima? Momento *reflexão*, na dupla dimensão significativa da palavra – um *pensamento* relacionado à *óptica*: seria adequado afirmar que o terceiro e último vértice do triângulo, *protagonismo da Suprema Corte*, surge como resultado, ou melhor, como *movimento reflexo* da integração entre essas duas outras pontas (respeito à constituição e luta pelas liberdades)? Na verdade, essa

⁴⁵ Ronald Dworkin afirma que “[...] a Corte deveria tomar decisões por princípio do que por política – decisões sobre quais direitos as pessoas têm a partir de nosso sistema constitucional ao invés de decisões sobre como o bem-estar geral é melhor promovido [...]” (tradução livre). No original: “[...] the Court should make decisions of principle rather than policy – decisions about what rights people have under our constitutional system rather than decisions about how the general welfare is best promoted [...]”. DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985. p. 69.

⁴⁶ Lenio Streck, sob os aportes da Crítica Hermenêutica do Direito, cria uma Teoria da Decisão Judicial, pela qual traça uma diferença entre decidir e escolher. A decisão caracteriza um julgamento por princípio; a escolha, por sua vez, por critérios variáveis de pessoa para pessoa. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme à consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 112.

é uma leitura possível sobre os motivos pelos quais a atuação da Suprema Corte (e a ideia de protagonismo que acaba sendo a ela associada) aparece aqui como parte da triangulação criada, algo que merece ser explorado.

“A supremacia judicial acompanha a supremacia constitucional como sua sombra”.⁴⁷ Talvez essa seja uma das melhores representações do que foi afirmado no parágrafo acima em forma de sentença única. Se a frase tivesse a origem de seu componente de autoria nesta tese – as aspas contam ao leitor que foi *dita* por outra pessoa (Zoller) –, por certo *sombra* seria substituído por *reflexo*. Mas, deixando para trás os apegos terminológicos, e assumindo agora o lugar da autora na continuidade do texto, há pelo menos dois modos de compreender esse posicionamento.

Em um primeiro momento, através de um retorno à importância dos elementos históricos que circundam o surgimento da constituição norte-americana, pode ser questionado: se o texto constitucional atinge sua supremacia a partir do *argumento pacificador* de torná-lo um documento exclusivamente jurídico (e a proposta de uma *supremacia por unidade* está conectada a isso), para onde se desloca a política? Talvez uma boa resposta seria pensar que, como um país composto por entes federados, a política encontra seu lugar na autonomia dos estados, que passam a se posicionar legislativamente nas brechas do que a constituição não disse e que eles podem dizer/definir em relação a seus territórios. Entretanto, como uma nação dotada de um poder recém centralizado, uma das hipóteses também seria atribuir à atuação da Suprema Corte uma dimensão política, tornando-a responsável por se manifestar sobre aquilo que a constituição diz, ou seja, sobre o conteúdo do direito.

Nesse caso, o protagonismo da Suprema Corte e/ou a magnitude de suas intervenções estariam justificados por um propósito de estabilidade que o contexto histórico de surgimento da constituição, devido às intensas disputas políticas entre as ex-colônias, não possuía, mas que a criação de uma corte de última instância, através de suas decisões judiciais, poderia proporcionar. Se o texto constitucional assume um caráter que se pode chamar de *relativamente neutro*, porque técnico

⁴⁷ ZOLLER, Élisabeth. Esplendores e misérias do constitucionalismo. **Sub judice**: justiça e sociedade. Judicial Review – o sonho americano. Lisboa, n. 12, p. 3-12, jan. /jun., 1998. p. 4 (nota de rodapé n. 15).

de modo estratégico, a atuação da Suprema Corte seria destinada a trazer definições sobre questões sensíveis da sociedade norte-americana, fazendo com que seus posicionamentos ecoassem (ou repercutissem) de um modo político. De fato, o conjunto de casos já referidos neste texto demonstram que sua trajetória foi sendo escrita assim, através de seu pronunciamento sobre temas controversos e centrais para a sociedade americana, o que confirma a existência de certo componente político que dá contornos ao papel que é assumido pela Corte; contudo, quando se remete a argumentos como este, que, no fundo, tendem a atribuir expectativas políticas para a esfera judicial, é importante que não se transfira a concretização do *sonho americano* para a Suprema Corte, percebendo que dúvidas podem ser levantadas sobre a estabilidade que possam ter transmitido suas decisões (o julgamento proferido no caso de Dred Scott contribuiu para a guerra civil, por exemplo), bem como sobre os motivos (políticos) que motivam suas definições, elementos que desafiam e incentivam a elaboração desta tese – e, por isso mesmo, serão recorrentes.

Por outro lado, o vínculo entre supremacia constitucional e supremacia judicial pode ser pensado a partir de um discurso de reforço à constituição (ao estilo de: “[...] a Suprema Corte empodera a constituição [...]”⁴⁸). E, então, o sentido quase obscuro que se produz em torno da palavra *sombra* (empregada por Zoller) pode contribuir ainda mais neste segundo momento, pois a supremacia judicial seria algo que se esconde atrás do argumento constitucional, sendo por ele mesmo produzido. Assim, se os poderes supremos da Suprema Corte são *sombra*, a luz estaria direcionada ao texto constitucional – e como ocorreria essa irradiação? Através da ideia de que a legitimidade da Suprema Corte e o exercício de sua supremacia decorrem do dever de honrar o texto constitucional, não se admitindo qualquer ato contrário a ele, e, ligado a isso, do poder que possui a corte de última instância do país para, por meio de suas decisões, materializar o conteúdo da constituição pelas interpretações criadas/construídas a partir de seu texto.

⁴⁸ Tradução livre. No original: “[...] The Supreme Court empowers the Constitution”. TRACHTMAN, Michael G. **The Supremes’ greatest hits**: the 37 Supreme Court cases that most directly affect your life. Revised & updated edition. New York: Sterling Publishing Co. Inc., 2009. p. 2.

Assim, nas diversas relações que se estabelecem entre supremacia constitucional (e aqui está incluída a preocupação com as liberdades) e o papel da Suprema Corte, seria possível identificar um discurso de *supremacia judicial por autoridade*, o que suscita grandes questões. A primeira delas implica o reconhecimento de que afirmar que a corte de última instância dos Estados Unidos é suprema porque possui autoridade é apenas uma leitura possível – e em certa medida justificada, como foi desenvolvido acima. Todavia, não se pode esquecer que um dos objetivos da tese é justamente colocar interrogações em torno desse tema. Arelado a isso, um segundo ponto que poderia ser problematizado diz respeito ao fato de que não é tão simples afirmar que a *supremacia judicial por autoridade*, vinculada à legitimidade de atuação da Suprema Corte, decorra da constituição, afinal, a mera possibilidade de controlar a constitucionalidade dos atos do governo (o surgimento do *judicial review*), por si só, já foi elemento suficiente para render discussões históricas no direito constitucional estadunidense. Em resumo, essas são apenas duas amostras (há muito mais que poderia ser referido); para sair do âmbito das conjecturas, o capítulo seguinte versará justamente sobre isto – o sentido da supremacia judicial.

Mas ainda não é tempo de encerrar este capítulo. Diante de tantas inquietações que perseguem a proposta de uma *supremacia judicial por autoridade*, talvez exista algo que seja unanimidade na história da Suprema Corte norte-americana: há um elemento político muito forte que orienta sua atuação. Não se está fazendo referência à dimensão política que atinge qualquer corte/tribunal de última instância, responsável, perante à sociedade, pelo cumprimento da constituição; tampouco do papel político que pode se extrair da atividade de dar sentido ao texto constitucional, apresentando definições para questões sociais controversas; ou, indo mais longe, da função política de concretizar direitos (algo que, especialmente no Brasil, ficou conhecido como judicialização da política). Nada disso é tão importante quanto perceber que o componente político intrínseco à Suprema Corte americana se traduz no viés personalista de sua atuação, que gera a ênfase dada para sua composição, bem como para a formação de perfis, associados à figura de seu presidente – alguém já ouviu falar em *Warren*, *Burger*

e *Rehnquist Courts*? Se não, o caso *West Coast Hotel versus Parish* (1937) pode contar um pouco dessa história.

A partir de 1900 tem-se início uma onda protetiva aos trabalhadores no Estados Unidos. Desde 1905, no julgamento do caso *Lochner versus New York*, em nome da liberdade contratual (ou da não intromissão do governo em assuntos privados), a Suprema Corte vinha julgando inconstitucional as tentativas dos estados de criar legislações de cunho mais social. Quando Franklin D. Roosevelt assume a presidência, surge o *New Deal* e, então, um pacote composto por diversos atos protetivos, que objetivavam recuperar o país da crise de 1929 (salário mínimo, limitação da jornada de trabalho etc.). No entanto, evocando o posicionamento firmado em *Lochner versus New York*, a Suprema Corte invalidou todas as medidas presidenciais.

Não conseguindo governar, o que fez Roosevelt? Lobby junto ao congresso, propondo um “*Court-Packing Plan*”, segundo o qual, para cada juiz da Suprema Corte que tivesse mais de 70 anos, seria nomeado um juiz extra, o que faria com que a Corte passasse de nove para dezesseis juízes. Quando os *justices* tiveram conhecimento do projeto de Roosevelt, dois meses depois, no julgamento do caso *West Coast Hotel versus Parish* (1937), que envolvia a polêmica do estabelecimento do salário mínimo, mudaram o entendimento por um voto, *justice* Owen J. Roberts. O episódio ficou conhecido como: “the switch in time that saved nine”⁴⁹ (“a mudança em tempo que salvou nove”, mantida primeiro em inglês para preservar a sonoridade).

Este caso possui dupla importância para a tese. Por um lado, revela que a interação entre os poderes pode determinar os posicionamentos e, por conseguinte, a postura da Suprema Corte, concedendo-lhe supremacia ou não (se Roosevelt não tivesse se articulado politicamente, as decisões judiciais que barravam sua medidas governamentais seriam *supremas* e seu projeto presidencial fracassaria). Por outro lado, isso também demonstra a sensibilidade da Corte a pressões políticas (e a condução dos julgamentos por critérios não constitucionais ou não jurídicos), pois, quando se sentiu ameaçada

⁴⁹ TRACHTMAN, Michael G. **The Supremes’ greatest hits**: the 37 Supreme Court cases that most directly affect your life. Revised & updated edition. New York: Sterling Publishing Co. Inc., 2009p. 106-108.

estruturalmente pelo poder político, alterou seu entendimento sobre a controvérsia. *West Coast Hotel versus Parish* (1937) deixa claro uma realidade que tanto R. C. van Caenegem quanto Ingeborg Maus já denunciavam, cada um a seu modo: na *common law*, o judiciário possui rosto⁵⁰ (os juízes ganham visibilidade a partir de orientações pessoais), significando que “os pressupostos para uma decisão racional e justa residem na formação da personalidade dos juízes”, basta que se observe o interesse norte-americano pela biografia de seus juízes.⁵¹

A situação explorada acima ilustra o que é afirmado por muitos autores: a trajetória da Suprema Corte foi se delineando a partir de um equilíbrio em sua composição entre liberais e conservadores⁵². Assim, a indicação que faz o presidente sempre foi feita levando em consideração essa proposta de harmonização de interesses. E é justamente isso que possibilita a existência de oscilações no comportamento da Suprema Corte, que dizem respeito à análise no modo como ocorre sua interferência (se através de uma postura contida ou mais interventiva), o que também está relacionado aos fundamentos da decisão, na linha do que desenvolve, por exemplo, Christopher Wolfe⁵³, quando trata da existência de eras da jurisdição norte-americana. Essa percepção se torna importante se questionado o quão perigoso pode ser para uma sociedade que se pretende democrática conceder supremacia a uma instituição que coloca orientações políticas acima da constituição ou da legislação.

Não se pode esquecer que tudo o que está sendo estudado aqui tem o objetivo de demonstrar o modo como o modelo norte-americano de jurisdição e, mais especificamente, a atuação da Suprema Corte inspirou e influenciou a construção de um discurso naturalizado de supremacia judicial no Brasil. Seria exagero afirmar que só pela lente do observador brasileiro seja possível criar o

⁵⁰ CAENEGER, R. C. van. **European law in the past and the future**: unity and diversity over two millennia. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 44.

⁵¹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, pp. 183-202. nov. 2000. p. 185.

⁵² TRACHTMAN, Michael G. TRACHTMAN, Michael G. **The Supremes’ greatest hits**: the 37 Supreme Court cases that most directly affect your life. Revised & updated edition. New York: Sterling Publishing Co. Inc., 2009. p. 189-191.

⁵³ São três as “eras da jurisdição” criadas por Wolfe: tradicional (1803-1890: mais voltada à constituição), de transição (1890 até mais ou menos 1937: mais conservadora, porém ativista) e moderna (atual momento: ativista, com poderes ilimitados). WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**: from constitutional interpretation to judge-made law. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994. p. 3-11.

triângulo acima desenhado, mas se pode dizer que se torna mais fácil de visualizá-lo, especialmente no que diz respeito ao conteúdo que se atribui à dimensão de supremacia relacionada à Suprema Corte. Todavia – e tudo o que foi elaborado nesse texto se destinou a justificar esta conclusão –, não há dúvidas sobre o fato de que o direito brasileiro acabou transformando o triângulo em um funil, colocando no vértice inferior seu tribunal de última instância, direcionando para ele todas as expectativas constitucionais, do que decorre sua supremacia.

Se é possível dizer que a supremacia da Suprema Corte norte-americana foi forjada em sua ausência de luz – como sombra da supremacia constitucional –, a pretexto dessa afirmação, pode-se dizer que o contexto brasileiro, de uma forma idealizada, colocou exagerados holofotes em cima da atuação da Corte. E o pior: tomando como exemplo para seu tribunal de última instância, iluminou a parte mais dispensável – a atuação descriteriosa pautada por orientações políticas.

2.2 O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO E O DEVER DE CONCRETIZAÇÃO

O Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) foi criado pela constituição (*Grundgesetz*) em 1949. Muito mais jovem do que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América (1776); um pouco mais velho do que o Supremo Tribunal Federal brasileiro (1988, se, para o Brasil, for considerada a data de criação de um tribunal à semelhança do alemão, isto é, como fruto de um contexto voltado à efetividade democrática – à materialização de direitos e à garantia de inviolabilidade das garantias constitucionais). Mais de cinquenta anos de história. Alguém consegue imediatamente pensar em um ou mais casos emblemáticos que foram por ele julgados? Alguma decisão que mudaria radicalmente os rumos do direito constitucional germânico? Ou melhor, uma discussão que tenha inspirado o direito brasileiro como orientação para o julgamento de seus casos?

É evidente que existem julgados importantes, nos quais sua atuação possa ter sido suficientemente impactante para ser enfatizada; não se está negando seu

prestígio, que fique muito claro. Aliás, na Alemanha, foi elaborada até uma obra em homenagem ao seu quinquagésimo aniversário, traduzida e publicada no Brasil pela Fundação Konrad Adenauer, sob título: “Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão”⁵⁴. Então o Tribunal fez jurisprudência? A resposta é positiva, mas talvez o ponto importante a ser mencionado seja o fato de que suas decisões não tiveram plena receptividade, acompanhamento ou repercussão no Brasil, a exemplo de como ocorre com os posicionamentos da Suprema Corte norte-americana (são raros os livros de direito constitucional que não começam pelo menos contando a história do *Marbury versus Madison* – pode-se imaginar o motivo). Ou seja, quando se pensa na tradição alemã, é possível que *poder judiciário* não seja a lembrança que primeiro apareça em relevo; mas, em movimento oposto, isto é, em *caixa alta*, logo se desenham as palavras *constituição*, *garantia dos direitos fundamentais* e, lamentavelmente, *nacional-socialismo*.

Uma ideia recorrente, a proposta de um novo triângulo a exemplo da estratégia de abordagem que foi criada para tratar da Suprema Corte norte-americana? É provável que sim, mas ainda não, porque, no intuito de dar uma identidade à tradição alemã em três vértices, intui-se que ele não se forme exatamente assim, através da conjugação das três expressões acima elencadas. Todavia, neste primeiro momento, o interesse mesmo é entender por quê. Na verdade, três iniciais porquês: (1) por que *constituição*, *garantia dos direitos fundamentais* e *nacional-socialismo* são componentes tão emblemáticos para compreender o contexto político-jurídico germânico; (2) por que a atuação do Tribunal Constitucional acaba não sendo a primeira aparição quando se direciona o olhar (brasileiro?) para o direito alemão, mas, sim, os três elementos mencionados acima; e, em sendo assim, fundamentalmente, (3) por que o sistema jurídico alemão é importante o suficiente para figurar como influência na construção da supremacia judicial no Brasil, ou seja, para um tema que objetiva problematizar algo que, a princípio, pode parecer não ser tão relevante naquele

⁵⁴ A obra original, em língua alemã, foi escrita por Jürgen Schwabe. No Brasil, foi organizada por Leonardo Martins, que também redigiu sua introdução. MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Tradução de Beatriz Hennig *et alli*. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

país – o exercício da jurisdição e os poderes que dele emanam. As aparências às vezes enganam e, então, já é possível perceber onde, mais à frente, se pretende chegar.

“A vida é muito curta para aprender alemão”, palavras que foram atribuídas à literatura de Oscar Wilde.⁵⁵ De fato, as dificuldades de ordem linguística podem ter impedido uma aproximação mais profunda entre Brasil e Alemanha, o que poderia justificar a resposta negativa às perguntas que foram lançadas logo nas primeiras linhas deste subcapítulo. Entretanto, deixando de lado esse aspecto por conveniência, porque não interessa diretamente à tese, é possível pensar que a cada um dos três pontos fixados no parágrafo anterior poderia ser agregada uma dimensão de temporalidade – passado (1), presente (2) e futuro (3). Talvez seja quase impossível traçar uma *rígida* linha fronteira para cada uma delas – afinal, quanto de passado tem no presente? Ou: de que maneira o presente condiciona o futuro? –, mas também não é difícil criar laços entre essas concepções temporais e a elaboração de respostas aos porquês já adicionados ao texto – na verdade, isso pode até facilitar a compreensão, na medida em que proporciona um ritmo tripartite crescente para a exploração do tema.

O *passado* ganha sentido naquilo que a história pode contar. Em relação à Alemanha, o que ela tem a informar? Para fins desta análise, a experiência pretérita remete o leitor à lembrança de um dos acontecimentos dramáticos que trouxe mais consequências para o direito: a ascensão do *partido nacional-socialista* ao poder, que teve em Adolf Hitler sua maior representação. Através de uma onda violenta de restrição de direitos (ao povo judeu), seu governo desacelerou completamente – até atingir a inércia, pode-se dizer – o processo de maturidade constitucional que, ao menos sob a perspectiva textual, a Constituição de Weimar (1919) havia inaugurado.

Aliás, um dos grandes impulsos para a consolidação do projeto de Hitler foi justamente o fracasso vivenciado – e fomentado – pela Alemanha em relação ao seu texto constitucional de 1919. Como afirma R. C. van Caenegem, a “morte discreta” da Constituição de Weimar pode ser considerada um dos caminhos para

⁵⁵ Tradução livre. No original: “Life is too short to learn german”. A autoria dessa frase é incerta, mas comumente é atribuída a Oscar Wilde.

justificar as facilidades encontradas por Hitler para governar.⁵⁶ Ou seja, por mais que sua redação fosse promissora – pela inclusão de direitos sociais de modo inédito –, o contexto político gerava grandes dificuldades em sua aceitação, pois prosperava a sensação de que o povo alemão vivia sob “[...] a consolidação de um imperialismo gerido por EUA e Inglaterra às custas dos vencidos na guerra”⁵⁷. Como resultado de tudo isso, prevalecia a tendência de considerá-la, exatamente nessa parte, como inaplicável, especialmente sob o argumento de que “[...] o Parlamento e as leis não poderiam disciplinar direitos de propriedade”⁵⁸, o que foi uma das teses defendidas por Carl Schmitt, bem como por outros teóricos.

Foi diante dessas fragilidades que o nacional-socialismo firma sua proposta de governo. Contudo, avançando um pouco na história, quando se dá início à ruptura com essa experiência vergonhosa, ela gera sua própria antítese como superação, afastamento e negação: uma nova *constituição*, riquíssima em garantias destinadas à preservação dos *direitos fundamentais*, que, por sua vez, passam a ser defendidos radicalmente. Há muito mais a ser dito sobre esse assunto, mas, até agora, é possível compreender por que *constituição*, *garantia dos direitos fundamentais* e *nacional-socialismo* ganham tanto destaque no direito alemão? Porque, estando diretamente entrelaçados, foram o começo da (re)construção do estado constitucional na Alemanha. Mais adiante essa questão poderá ficar ainda mais evidente.

Ainda dando ênfase às observações que podem ser feitas sobre os reflexos do nazismo, pode-se perceber as tentativas teóricas de criação de uma clara e rígida delimitação entre a esfera de escolha política e a de decisão jurídica. A instituição do Tribunal Constitucional Federal, que também é fruto dessa complexa teia de episódios, e o modo de compreender seu papel objetivam reforçar o sentido

⁵⁶ CAENEGER, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental**. Tradução de Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 323-330.

⁵⁷ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a significância do pensamento de Carl Schmitt para a teoria constitucional do século XXI? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. n. 12. p. 9-18. Especificamente, p. 10.

⁵⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Sociedade contra o Estado – duas ondas de democratização radical no Brasil. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. n. 12. p. 83-96. Especificamente, p. 88.

do direito como limite ao poder (que tem uma de suas manifestações no campo político). Se durante o terceiro *Reich* a política havia esvaziado o conteúdo jurídico, impondo-se inclusive sobre a atividade judicial (na medida que a interpretação das leis orientava-se pela vontade do *Führer*)⁵⁹, para afastar por completo o fantasma da manutenção de um poder judiciário sem autonomia, era fundamental a existência de uma leitura da atuação do Tribunal Constitucional desvinculada de seu componente político (ou seria mais adequado afirmar o seu distanciamento das interferências dos agentes de governo?).

Quanto mais amplo o rol de direitos fundamentais e de mecanismos para preservar sua inviolabilidade, maior o compromisso do órgão judicial com efetividade. Por isso, uma das rotas que pode ser trilhada para analisar o exercício da jurisdição constitucional na Alemanha é pela observação de que a importância de seu Tribunal Constitucional é deslocada para o âmbito da *concretização*, isto é, da responsabilidade perene que possui essa instituição no cumprimento das expectativas normativas que se extraem do texto constitucional. Ficou claro por que decisões específicas do Tribunal Constitucional não são a primeira lembrança ao se pensar no constitucionalismo alemão? Porque, antes disso, existe a carga histórica que condiciona sua legitimidade, diretamente vinculada à *concretização*, ou melhor, ao papel de “defensor da constituição”⁶⁰ (os desdobramentos disso, com todas as dúvidas que o tema suscita, serão retomados ao longo deste subcapítulo).

De imediato, é importante perceber que *concretização* é uma palavra que possui significado específico para a teoria do direito alemã. Foi Friedrich Müller quem primeiro desenvolveu, sob aportes filosóficos, o sentido para o termo, partindo do reconhecimento de que “um texto deve ser visto como forma linguística de uma norma”⁶¹. Ou seja, rompendo com o positivismo legalista, Müller cria uma

⁵⁹ Mario G. Losano afirma que, durante esse período, o poder judicial passa “[...] da servidão da norma para se subjugar ao poder político”. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução de Luca Lambertini, revisada por Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2: o século XX. p. 185.

⁶⁰ MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Tradução de Beatriz Hennig et alii. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005. p. 29-30.

⁶¹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann (capítulos I-VI) e de Eurides Avance de Souza (capítulos VII-XIV). 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 187.

“metódica estruturante” para o fenômeno jurídico que se afasta da metodologia positivista de interpretação e aplicação do direito (procedimento silogístico; subsunção). Estabelecendo como ponto de partida a diferença entre texto e norma (e, assim, negando a correspondência entre lei e direito), distinção da qual comunga Lenio Streck (qualificando-a sob os aportes heideggerianos da diferença ontológica)⁶², o jurista alemão está inserido no movimento pós-positivista, mas, ao mesmo tempo, se afasta das posturas neoconstitucionalistas⁶³ por refutar a arbitrariedade dos pronunciamentos judiciais:

Como concepção sistematicamente pós-positivista, a teoria estruturante do direito não aposentou apenas a redução da norma a seu texto, do ordenamento jurídico a uma ficção artificial, da solução do caso a um processo logicamente inferível por meio do silogismo, mas desenvolveu, partindo da estruturação de normas jurídicas, a proposta de um modelo de teoria e práxis que abrange a dogmática, a metódica, a teoria do direito e a teoria constitucional e não continua devendo a resposta ao positivismo.⁶⁴

É neste sentido que *concretização* passa a ser um elemento importante para compreender o papel do Tribunal Constitucional Federal alemão: como o despertar para um problema fundamental da ciência jurídica, a aplicabilidade, colocando a ênfase no “papel construtivo do caso prático”⁶⁵, sem que se perca o horizonte de sentido que a literalidade textual da constituição proporciona, compreendida como a “proibição de rompimentos constitucionais na Lei Fundamental”.⁶⁶ Os impactos disso para a discussão sobre supremacia judicial na Alemanha são importantes, porque *concretização* pode ser um *conceito chave* para visualizar em que termos ocorreu a expansão da interferência do Tribunal. Considerando o que foi proposto

⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 278.

⁶³ MÜLLER, Friedrich. Prefácio. Tradução de Edson Kiyoshi Nacata Junior. In: ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial:** o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 19-22. Especificamente, p. 19.

⁶⁴ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito:** introdução à teoria e à metódica estruturantes. Tradução de Ana Paula Barbosa-Fohrmann et al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 121.

⁶⁵ MÜLLER, Friedrich. Prefácio. Tradução de Edson Kiyoshi Nacata Junior. In: ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial:** o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 19-22. Especificamente, p. 20.

⁶⁶ MÜLLER, Friedrich. **Metódica jurídica e sistema político:** elementos de teoria constitucional II. Revisão científica e organização de Rodrigo Meyer Bornholdt. Tradução de Michael Kosubek. Joinville: Bildung, 2014. p. 119.

por Müller, percebe-se a intenção – pelo menos acadêmica – de honrar os compromissos que foram firmados pela constituição alemã.

Seguindo essa cadeia de raciocínio, surge, então, a pergunta: como isso irá repercutir no contexto brasileiro para a naturalização do discurso de supremacia judicial que acompanha a atuação do Supremo Tribunal Federal? E mais: pode-se afirmar que, na tradição jurídica alemã, desenvolve-se alguma concepção de supremacia judicial? Para responder a esses questionamentos, é preciso observar que a ideia de *concretização* foi capaz de produzir um paradoxo para o constitucionalismo na Alemanha, pois, ao possibilitar uma mudança significativa sob a perspectiva teórica de fundamentação das decisões judiciais, recupera o argumento constitucional como limite para o agir do poder judiciário, mas, por outro lado, articulando esse pressuposto teórico, dá origem à chamada jurisprudência dos valores, que repercute numa maior intervenção judicial em questões políticas até se chegar a uma “hipertrofia do sistema jurídico sobre o político”⁶⁷.

Apesar disso, é duvidoso e arriscado dizer que *supremacia judicial* seja um elemento que possa ser facilmente associado à atuação do Tribunal Constitucional Federal (a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos e no Brasil, como ficará mais claro a seguir – item 2.3 da tese). Por outro lado, compreendendo que suas decisões “vinculam os três poderes, são inimpugnáveis e possuem, nos casos particulares, força de lei objetiva”, isso não significa que se está lhe atribuindo a última palavra? E, assim sendo, se, por hipótese teórica, esse é um dos modos de fomentar e sustentar a supremacia judicial (porque decide por último), não se estaria abrindo espaço para considerar o Tribunal Constitucional uma instituição com poderes supremos?

É possível que sim; mas nem tanto. A resposta positiva pode ser elaborada na exata medida em que esse modo de observar a importância do Tribunal conviva com a percepção de que sua autoridade se desdobra em “força normativa da Constituição, efetividade da proteção dos direitos fundamentais e uniformidade da jurisprudência”. Conjuguar essa visão – de órgão judicial dotado de última palavra e, por consequência, de supremacia judicial – com a noção de autoridade

⁶⁷ MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Tradução de Beatriz Hennig *et alli*. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005. p. 39.

vinculada ao cumprimento da constituição é complicado? Fica incompatível ou pode ser perigoso? Afinal, de onde se extrai a supremacia?

É difícil elaborar a pergunta certa; mais ainda é encontrar uma boa resposta. Talvez seja melhor buscar socorro na crítica que foi desenvolvida pela doutrina germânica aos riscos que estão envolvidos na concessão da última palavra ao Tribunal Constitucional, sendo um deles a “transmutação” do papel “de ‘defensor’ a ‘senhor’ da Constituição”.⁶⁸ Entre tantas dúvidas, uma certeza: a Alemanha teme exageros – e o que é supremacia senão o sinônimo de um poder – substantivo – intensificado em seu superlativo? Que a pergunta ecoe, pelo menos até o final da tese.

Considerando tudo isso, o que acontece no Brasil? Em apenas um *drops* (pois existe momento destinado especialmente a essa abordagem – será no 2.3): inspirados pelo cenário alemão, juízes e membros de órgãos colegiados (especialmente, os ministros do Supremo Tribunal Federal) irão transformar o argumento constitucional de *concretização de direitos* em discurso para justificar os excessos de seus posicionamentos, seja pelo rótulo, muitas vezes indevido, do que ficou conhecido como judicialização da política ou mesmo através de posicionamentos que, incentivados por um clamor populista, são contrários ao que está previsto no próprio texto da constituição, o que, num plano simbólico, acaba elevando o judiciário brasileiro à constituinte. E, assim, conclui-se a jornada de enfrentamento dos três porquês, com o que se pode apreender de seu último: o motivo pelo qual a leitura que pode ser feita sobre o Tribunal Constitucional Federal alemão importa para analisar a supremacia exercida no Brasil pelo seu tribunal de última instância – a *difusão* do discurso de *concretização* (ou, quem sabe, de sua manipulação, tal como acontece no caso da jurisprudência dos valores?)

Em mais de três parágrafos, a demonstração de como se visualiza – nem sempre tão claramente, é verdade – três tempos: a experiência vergonhosa (nazismo) que condicionou a história da Alemanha e ainda traz repercussões (passado); um tribunal constitucional com a função primordial de concretizar a constituição, preservando os direitos fundamentais de um modo radical (presente);

⁶⁸ MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Tradução de Beatriz Hennig et alii. Montevidéu: Fundação Konrad Adenauer, 2005. p. 29; p. 36; p. 38.

um conjunto que forma um contexto que influencia outras tradições, como a brasileira (futuro). Essa estrutura de pensamento faz voltar, também, a uma ideia já conhecida. Agora, sim: se fosse possível imaginar um triângulo para identificar o direito constitucional alemão, tal como foi desenhado para o modelo norte-americano, como ele seria? Talvez ele fosse formado pelas seguintes arestas: *nacional-socialismo, constituição e concretização*.

O que muda em relação à tríade apresentada logo no começo? A ordem das palavras (porque, de fato, a experiência nazista é a primeira lembrança), a realização de uma fusão entre *constituição* e *direitos fundamentais* (pela conectividade que existe entre esses elementos), bem como o acréscimo do principal objetivo para instituição do Tribunal Constitucional Federal alemão – a *concretização* do texto constitucional, através de sua competência exclusiva para realizar o exercício do controle da constitucionalidade. Muitas aproximações já foram feitas sobre os principais temas que circundam cada uma das pontas desse triângulo, sendo que algumas questões foram deixadas em aberto, com a promessa de retorno a elas. É chegado, então, o momento de aprofundá-las, colocando a ênfase sempre naquilo que mais interessa à tese: o perfil que assume o órgão responsável por garantir o cumprimento da constituição.

O constitucionalismo alemão é um exemplo peculiar e muito expressivo das interações ocorridas entre direito, política e suas instituições. A Alemanha passou de um período considerado referência no mundo todo na previsão constitucional de direitos sociais aos cidadãos (Constituição de Weimar, 1919) a outro marcado pela negação dessas conquistas, a experiência nazista. Dentre as diversas repercussões da tomada de poder empreendida por Adolf Hitler para o direito, é possível afirmar que uma das mais relevantes é a que está relacionada à imagem do poder político, que passa a ficar sob suspeita perante à sociedade (e, assim, à comunidade jurídica), uma vez que suas medidas produziram um cenário que tornou inócua as concepções de controle, limite do poder, garantias fundamentais, que correspondem ao sistema jurídico, gerando, assim, sua fragilização.

O clima de desconfiança existente mesmo após a queda do partido nacional-socialista pode ser justificado. Afinal, durante o terceiro *Reich*, o executivo, através do *Führer*, de sua figura carismática e de seus incentivos a um

sentimento nacionalista extremo capaz de gerar sensação e certeza de superioridade, havia causado uma distorção na dimensão pública de estado (vinculada à impessoalidade, à igualdade e à garantia de direitos básicos) para dar lugar ao personalismo – um sistema jurídico fundado na vontade, que se tornava uníssona por imposição, isto é, pela força. O legislativo, por sua vez, tornava legítimo o regime, endossando juridicamente, isto é, foi regulamentando de modo rigoroso todas as medidas cruéis necessárias para mantê-lo, sendo também controlado por Hitler. Inexistia, portanto, separação de poderes (muito menos sistema de freios e contrapesos), mas apenas uma divisão burocrática de competências, porque a fonte de poder era uma, uma única pessoa, que se travestia pelo discurso de representante do desejo da nação (quem era a nação seria uma boa pergunta). Então como voltar a acreditar nessas instituições? Ou ainda, como não mais colocá-las sob dúvida?

Talvez essas questões sejam, ainda hoje, insuperáveis. À época, a alternativa foi criar estratégias de controle ou, em outras palavras, fortalecer o argumento jurídico (constitucional). Assim, ao final de tudo, se a Alemanha precisava se reerguer (ou necessitava ser reerguida) de forma emblemática, que demonstrasse de modo efetivo a ruptura com o período de atrocidades, era importante, então, a criação de um tribunal constitucional. Um órgão aparentemente isento – já que pretensamente desvinculado do regime anterior – seria o melhor modo de proporcionar segurança e prevenir retrocessos, especialmente porque os atos do poder político passariam a estar sob sua revisão permanente mediante parâmetros de constitucionalidade.

Um parêntese merece ser aberto: esse tipo de acontecimento não é exclusivo da história alemã. O surgimento dos tribunais constitucionais eclodiu em toda Europa como herança do fim da Segunda Guerra Mundial, sendo concebidos com papel estratégico para o desenvolvimento e consolidação do projeto democrático de sociedade em uma perspectiva de materialidade. É por isso que, nas palavras de Luigi Ferrajoli, assumem a função de “instituições de garantia” – responsáveis pela aplicação substancial da lei na tutela dos direitos

fundamentais.⁶⁹ Aliás, é junto a isso que, com abrangência quase mundial, surge na Itália e na Espanha a proposta de um novo modelo constitucional, o fenômeno chamado “neoconstitucionalismo”, que foi e ainda é muito influente no Brasil, caracterizado pela eclosão de *novas constituições* e por uma proposta de *renovação da teoria constitucional*, que inclui, como um de seus pilares, a alteração sobre a leitura do *papel das cortes/tribunais constitucionais*⁷⁰.

Em tese, o movimento neoconstitucionalista não ganhou espaço (ou adeptos) dentre os juristas alemães. Em outras palavras, não se tem notícias de que, na Alemanha, o neoconstitucionalismo tenha despontado como *matriz de pensamento constitucional* (assim como, convivendo com a ampla e crescente receptividade da proposta no Brasil, Lenio Streck se afastou dessa corrente, por não concordar e refutar o componente discricionário pressuposto à anunciação de uma nova postura jurisprudencial⁷¹, um dos três elementos acima referidos). Apesar disso, colocando em repouso a necessidade de se cunhar uma nomenclatura inédita ou de se vincular de algum modo a este fenômeno de alcance teórico (com reflexos práticos), o fim Segunda Guerra Mundial provocou, sob a perspectiva mundial, a percepção de que se fundava um novo paradigma no direito: o da constituição alçada à lei fundamental. Assim, a partir da ideia de defesa e de garantia intransigente dos direitos fundamentais, também o sistema jurídico alemão levou a sério a nova fase do constitucionalismo, trazendo repercussões sobre o modo de compreender a atuação de seu tribunal constitucional.

Nesse sentido, já estando fechado o parênteses que lembrou do neoconstitucionalismo e de sua relação com a criação dos tribunais constitucionais europeus, é importante observar o quanto a passagem do estado de direito

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2008. p. 106.

⁷⁰ Essa tríade de elementos do neoconstitucionalismo é construída por Miguel Carbonell. CARBONELL, Miguel. Presentación: el neoconstitucionalismo en su laberinto. In: _____ (org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 9-12

⁷¹ Lenio Streck reconhece que a contemporaneidade é marcada pelo amadurecimento constitucional, no sentido de que a constituição passa a ter uma importância jamais vivenciada. Contudo, porque não concorda que a nova postura jurisprudencial implique a ampliação de poderes ao judiciário, concedendo-lhe discricionariedade, abandona o uso da expressão neoconstitucionalismo, passando a chamar de Constitucionalismo Contemporâneo. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 45 e ss.

(*Rechtsstaat*) para o estado constitucional (*Verfassungsstaat*), concepções tão caras ao direito alemão, está relacionada com essa transição do regime nazista para uma democracia constitucional. Ainda, o quanto isso se conjuga com a análise que pode ser feita sobre o poder judiciário. Na verdade, o nazismo coloca um desafio ao estado de direito, na medida em que, em sua dimensão formal, está tão somente relacionado com legalidade (direito positivo) – e, então, seria possível afirmar que ascensão do nacional-socialismo ao poder ocorreu dentro dos limites do que pode ser chamado de estado de direito *formal*.

Por outro lado, porque o estado de direito não pode ser reduzido a essa perspectiva, agregar uma dimensão de materialidade implica adequar o direito às regras da justiça – mas, numa leitura desvirtuada, a ideia de justiça poderia ganhar conteúdo pela *justa vontade* do *Führer* e, tragicamente, o terceiro *Reich* seria alçado a estado de direito também por seu viés *substancial*. Tudo isso seria – e foi – uma grande artificialidade. Mas, ainda assim, em certo sentido, convincente. Para desconstruir logo essas ideias, melhor dar voz a R. C. van Caenegem diretamente: “um poder judicial independente das autoridades administrativas e políticas é um elemento essencial do *Rechtsstaat*. [...] Um poder judicial nas mãos do governo transformaria o *Rechtsstaat* numa farsa hipócrita”.⁷²

Sendo assim, qual a relevância de diferenciar estado de direito de estado constitucional em sua análise conjunta com o papel do judiciário? No caso da Alemanha, muita. O estado constitucional incorpora a noção de estado de direito, mas lhe atribui conteúdo específico, o previsto pela constituição – aquelas liberdades, cuja inviolabilidade está resguardada pelo texto constitucional; aqueles direitos fundamentais que vão se impor como limite ao exercício do poder. E por que isso é tão importante? Porque o Tribunal Constitucional Federal alemão é criado com competência para analisar se a constituição está sendo descumprida ou não (mais especificamente, se há violação a direito fundamental); e a nenhum outro órgão judicial ordinário é possibilitado negar a aplicabilidade de uma lei por um juízo de inconstitucionalidade⁷³. Em outras palavras, é exclusivamente a partir

⁷² CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental**. Tradução de Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 33-34.

⁷³ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. Tradução de Marcela Varejão, revisada por Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 83-84.

da noção de estado constitucional que se desenham os contornos da atuação do Tribunal Constitucional na Alemanha.

Há um bom exemplo que pode deixar tudo ainda mais claro. Sim, um oportuno caso – já foi dito uma vez aqui que as aparências enganam, não é? Julgado em 1964 (*BVerfGE* 18, 85 – *spezifisches Verfassungsrecht*), trata-se de uma Reclamação Constitucional movida contra decisão judicial do Tribunal Federal de Patentes. O teor da controvérsia pouco importa, mas, sim, o que ficou estabelecido a partir dela: o Tribunal Constitucional alemão se posicionou sobre os limites de sua intervenção, fazendo doutrina – esse julgado passou a ser invocado para fundamentar muitos outros casos nos quais foi chamado a decidir. O que ficou definido?

Em um rápido resumo: a. que a “missão especial” do Tribunal Constitucional não se assemelha a uma terceira instância, fazendo “uso ilimitado do exame jurídico de decisões judiciais”; b. que “a formação do processo, a constatação e apreciação do conjunto de fatos, a interpretação do direito ordinário e sua aplicação” não estão submetidos à análise do Tribunal; e c. que o Tribunal é competente para se manifestar apenas diante de “violação de direito constitucional específico (*spezifisches Verfassungsrecht*)”, ou seja, quando direitos fundamentais não estiverem sendo observados, não devendo intervir ainda que exista decisão incorreta à luz do direito ordinário (não constitucional).⁷⁴

O conteúdo dessa decisão demonstra, portanto, a preocupação do Tribunal Constitucional em fazer uma auto-delimitação seu papel, confirmando aquilo que anteriormente havia sido mencionado: a relevância de se considerar a passagem que ocorre do estado de direito para o estado constitucional, na medida em que o critério para analisar a legitimidade de sua intervenção passa a ser a constituição, em especial, os direitos fundamentais nela previstos. Aprofundando mais o assunto, há quatro detalhes relevantes para a caracterização do perfil do Tribunal Constitucional alemão ou que podem ter condicionado o modo de compreendê-lo. Na verdade, é possível atribuir intensidades contrapostas à atuação do Tribunal por meio da análise de alguns desses quatro elementos.

⁷⁴ MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Tradução de Beatriz Hennig *et alli*. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005. p. 142-144.

Primeiro, importa observar que o Tribunal Constitucional Federal não foi o primeiro órgão dotado de funções jurisdicionais da Alemanha. Já em 1919 a Constituição de Weimar havia criado o Tribunal de Justiça do Estado (*Staatgerichtshof*), atribuindo-lhe a responsabilidade de assegurar a hierarquia constitucional (em outras palavras, o respeito à constituição)⁷⁵. Ocorre que, inserida no contexto do fim da Primeira Guerra Mundial, a república alemã nascia repleta de debilidades, pois vivenciava as duras consequências de sua derrota militar, bem como crises de ordem econômica e política. Parcela considerável da sociedade rejeitava o projeto de estado que a Constituição de Weimar inaugurava, sendo que o judiciário não ficou imune a isso: os juízes nomeados para compor o Tribunal de Justiça eram refratários aos avanços que o novo texto constitucional apresentava, “nunca haviam aceitado aquela república”. Assim, por mais que existisse formalmente um órgão responsável por exercer o controle de constitucionalidade, como o texto constitucional não era aceito, *inexistia constituição a ser defendida*, pois não se sentiam a ela vinculados.⁷⁶

Segundo, existe uma peculiaridade no sistema de controle de constitucionalidade alemão: ainda que o Tribunal não seja, como referido anteriormente, uma instituição de última instância (um *terceiro grau*), a Reclamação Constitucional pode ser interposta por qualquer pessoa diante de pretensa violação a direito fundamental (seja por ato de autoridade, sentença de tribunal ou lei). Conjugando isso ao fato de que o pressuposto para sua admissibilidade é a existência implícita de “um significado constitucional fundamental”, é preciso que o Tribunal apresente uma postura muito criteriosa sobre quais casos irá se pronunciar.⁷⁷ Desse modo, é possível pensar que, na medida em que a constituição alemã possibilita um amplo acesso ao Tribunal, isso poderia ter favorecido sua maior intervenção e interação com a sociedade, mas, considerando o que foi visto com o julgado referido anteriormente, a atuação do

⁷⁵ SWEET, Alec Stone. **Governing with judges**: constitutional politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 194 e ss.

⁷⁶ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução de Luca Lamberti, revisada por Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2: o século XX. p. 236-238

⁷⁷ MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Tradução de Beatriz Hennig *et alli*. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005. p. 30.

Tribunal também ocorre acompanhada da preocupação em estabelecer os limites de sua interferência.

Terceiro, recentemente, através de pesquisas realizadas por historiadores, foi constatado que muitos dos juristas que endossaram o nazismo foram aproveitados em órgãos da República Federal Alemã (como no Ministério da Justiça), contribuindo para a impunidade de agentes diretos do nacional-socialismo (executores de penas de morte, por exemplo). Isso ocorreu por duas vias – através de lobby político para a promulgação de leis que anistiassem os criminosos nazistas ou de sua interferência junto ao poder judiciário alemão. Esse estudo revela que, por mais que o saldo do período de exceção tenha sido a pretensão de uma clara delimitação entre as esferas política e jurídica, por vezes, esse processo de transição pode ter sido apenas aparente, pois percebe-se que, mesmo as instituições judiciais, cuja marca no pós-Segunda Guerra Mundial passou a ser justamente a afirmação de sua autonomia e independência do poder político, foram afetadas.⁷⁸

Quarto, não se pode esquecer que a Lei Fundamental alemã foi imposta pelos aliados (por um Conselho Parlamentar), numa espécie de “assembleia constituinte de emergência”.⁷⁹ Assim, se a constituição era resultado de uma guerra perdida, e, portanto, não representava o povo alemão, a tarefa de traduzir os valores sociais nela presentes acaba sendo assumida pelo Tribunal Constitucional. Isso deu origem ao que ficou conhecido na Alemanha como jurisprudência dos valores, um modo de se posicionar sobre a interpretação/aplicação do direito que surge através das próprias manifestações do Tribunal nos julgamentos dos casos, atingindo dimensão teórica. Aqui, então, está-se diante de outro aspecto fundamental para compreender os caminhos construídos pelo Tribunal Constitucional para sua atuação. Novamente, é importante voltar um pouco no tempo para entender melhor os acontecimentos que

⁷⁸ DOSSIÊ expõe presença de nazistas na Justiça alemã do pós-Guerra. **Deutsche Welle (Brasil)**. Disponível em: <<http://m.dw.com/pt-br/dossiê-expõe-presença-de-nazistas-na-justiça-alemã-do-pós-guerra/a-36015630>>. Acesso em: 25 out 2016.

⁷⁹ JESTAEDT, Matthias. El positivismo jurídico aplica al Tribunal Constitucional alemán. In: MONTEALEGRE, Eduardo (coord.). **La ponderación en el derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 255-263.

condicionam, metodologicamente, a resolução de controvérsias judiciais no contexto alemão.

O nacional-socialismo também contribuiu sobremaneira para a formulação do quarto cenário acima exposto. Nesse sentido, visualiza-se uma *dupla movimentação*: primeiro, a criação de estratégias de compreensão do fenômeno jurídico destinadas a possibilitar a *ascensão* de Hitler ao poder, bem como, posteriormente, aquelas forjadas para garantir sua *manutenção*. No começo, o discurso existente conduzia à proposta de preservar os avanços da república de Weimar, promovendo a renovação da ordem jurídica através da interpretação do direito já existente. Ou seja, as alterações legislativas eram dispensáveis, porque seria possível dar outro conteúdo ao direito vigente através de sua aplicação à luz das orientações e dos interesses do partido, considerados manifestações do sentimento popular.

Ocorre que isso não foi suficiente para que o *Führer* pudesse se manter no poder. Assim, todas as medidas de seu governo passaram a ser legitimadas pelo crivo legislativo. E, então, é neste momento que ocorre uma grande mudança em relação à perspectiva de interpretação do direito: cria-se um imaginário de respeito total às regras, que passam a ser aplicadas por subsunção, por um processo silogístico. Assim, o cumprimento da lei é devido não em função de seu conteúdo (como se dizia no início), mas por sua autoridade. Como se pode perceber, sob ambas as perspectivas, os juristas foram capazes de fundamentar juridicamente o nazismo, destruindo o estado de direito, na medida em que ele estava instrumentalizado pelo poder do *Führer*, exercido sob dois pressupostos – autoritarismo e racismo.⁸⁰

Se o apego exagerado à lei foi um dos principais elementos que deu sustento ao nazismo, com o fim desse regime, também era preciso surgir uma alternativa metodológica que, em termos de aplicação do direito, rompesse com esse paradigma. E é assim que se chega ao ponto onde se estava antes dessa imersão histórica: ao surgimento da jurisprudência dos valores – um modo de desviar do formalismo legalista presente no período quando a Alemanha estava

⁸⁰ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução de Luca Lamberti, revisada por Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2: o século XX. p. 187 e ss.

sob os domínios do nacional-socialismo. Mas qual é a proposta? Pode-se dizer que “o mote dessa concepção de Jurisprudência de valoração é a argumentação extra-sistemática e o problema dos critérios supralegais de valoração”⁸¹.

O que isso significa? Em breve síntese, a concepção de que a constituição “não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico”. Em complemento a isso, que, a partir dos direitos fundamentais assegurados, também fica estabelecido um “ordenamento axiológico objetivo”. Além disso, que, existente um sistema de valores que deve impulsionar todo o sistema jurídico, está no seu centro a “personalidade humana e sua dignidade”. Quantas aspas foram utilizadas. Elas propositalmente foram parar nesse texto, pois sabe de onde foi extraído o conteúdo de cada duas delas? Só para contrariar as primeiras páginas desse subcapítulo: de um caso. Sim, tudo o que foi mencionado acima foi retirado do caso L $\ddot{u}$ th (*BVerfGE* 7, 198 – L $\ddot{u}$ th-Urteil)⁸², uma controvérsia jurídica que envolve nazismo, direito fundamental (liberdade de expressão) e constituição.⁸³

Metodologias de aplicação do direito e supremacia judicial são temas conexos? Pode-se dizer que sim, se for entendido que discricionariedade (que pode ser compreendida como a busca de critérios extrajurídicos como justificação para a solução de casos judiciais) é um modo de exercício de supremacia que implica aumento dos poderes dos órgão judiciais, gerando o ativismo judicial – e essa é uma leitura que pode ser feita junto com Lenio Streck.⁸⁴ A jurisprudência dos valores é um problema/um entrave para a concretização de direitos na Alemanha? Jürgen Habermas foi um grande crítico desse tipo de postura porque

⁸¹ LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**: análise de uma “recepção”. Lisboa: Fragmentos, 1990. p. 60.

⁸² Breve relato do caso: Erich L $\ddot{u}$ th era um cidadão alemão crítico de cinema. Nos anos 50, havia sido presidente do Clube da Imprensa da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo. Naquela época, Veit Harlan, conhecido por ser um incentivador das ideias nazistas e por ter produzido filmes que incitavam à violência contra os judeus (como “Jud Süß”, de 1941), lança uma nova película. Diante desse acontecimento, L $\ddot{u}$ th decide organizar um boicote junto às empresas distribuidoras e à sociedade alemã. Alegando a possibilidade de condenação com pagamento pecuniário para quem causar dano a outrem existente no direito alemão, prevista no § 826 BGB, Harlan (juntamente com a produtora e distribuidora) ajuizou ação contra L $\ddot{u}$ th. Sendo julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo, L $\ddot{u}$ th interpõe recurso para o Tribunal Superior de Hamburgo, mas também, sob fundamento de violação de sua liberdade de expressão, considerada direito fundamental, Reclamação Constitucional. O resultado? Procedência do pedido. *BVerfGE* 7, 198 – L $\ddot{u}$ th-Urteil.

⁸³ MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Tradução de Beatriz Hennig et alii. Montevidéu: Fundação Konrad Adenauer, 2005. p. 381 e ss.

⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. vol. 1. (Coleção O que é isto?), *passim*.

entende que a ideia de valores coloca a jurisdição constitucional no papel de “legislação concorrente”, podendo tornar o Tribunal uma “instância autoritária”.⁸⁵

Tudo isso é importante, sim; não fosse, passaria ao largo dessa análise. Mas talvez o ponto fundamental seja observar que, em sendo nocivo recorrer a uma ordem objetiva de valores conjugando com o dever de concretização do texto constitucional, o direito brasileiro não percebeu os riscos dessa dimensão valorativa, endossando-a. Por outro lado, seria possível dizer que isso seja um problema para o contexto alemão? Não se tem notícias de decisões judiciais extravagantes no direito germânico. Desconhecimento ou inexistência? Certas dúvidas podem ser eternas. Nesse caso, Friedrich Müller dá algumas pistas sobre o assunto:

[...] aqui esse poder [o discricionário – acréscimo nosso] – de modo particular, por influência da doutrina estruturante do direito, e graças ao trabalho do Tribunal Constitucional Federal – é bastante limitado e racionalizado, a fim de ser ainda compatível com o Estado de Direito e com o Estado Constitucional Democrático.

[...]

Na verdade, esses modelos de argumentação [ponderação, proporcionalidade – acréscimo nosso] existem também na Alemanha, mas – tal como o “poder discricionário” – de forma já muito mais criticamente elaborada e mais limitada. As formas ainda um pouco ingênuas e simplificadoras da recepção no discurso brasileiro manifestam-se como recepções defeituosas do discurso alemão.⁸⁶

É importante retornar à leitura que mais interessa ao núcleo da abordagem. Então, seria possível pensar do seguinte modo: se, no contexto estadunidense, a pergunta que se faz diante de uma controvérsia jurídica é *o que a Suprema Corte já disse sobre o tema ou o que ela vai decidir?*, no direito alemão, o questionamento é outro: *o que informa a constituição ao Tribunal Constitucional? Há violação há direito fundamental?* A justificativa para essa contraposição no modo de se posicionar diante de um caso poderia ser pensada a partir de elementos diversos, que vão desde a diferença entre os textos constitucionais de ambos os países (sintético e analítico, respectivamente, respeitando a ordem dos

⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia I: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 321-322.

⁸⁶ MÜLLER, Friedrich. Prefácio. Tradução de Edson Kiyoshi Nacata Junior. In: ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 19-22. Especificamente, p. 20-21.

questionamentos feitos acima), passando pelo argumento histórico que circunda o surgimento das duas instituições (em especial, a força do federalismo nos Estados Unidos), até se chegar ao que talvez resuma tudo isso – a existência de tradições jurídicas distintas (no sentido já apresentado na tese, através do posicionamento de John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, item 2.1). Contudo, a ênfase que se pretendeu dar para essa abordagem está muito mais relacionada ao modo como ocorre a interação entre direito e política ou, mais especificamente, entre política e judiciário, e como isso condiciona a leitura sobre o papel da corte ou do tribunal constitucional em ambos os países.

Sob essa perspectiva, então, pode-se dizer que, assim como nos Estados Unidos, as ideias de independência e autonomia do órgão judicial responsável por garantir a integração do sistema jurídico a partir de parâmetros de constitucionalidade foi muito importante para a Alemanha também. Entretanto, essa relevância possui especificidades: desde a formação do estado norte-americano, as disputas políticas, vivenciadas em sua potência máxima (guerras civis), foram capazes de produzir grandes avanços constitucionais, momentos de glória. Em certo sentido, o perigo da política, no contexto estadunidense de sua fundação constitucional, residia nas dificuldades encontradas para gerar consenso, motivo pelo qual a função de garantir uma espécie de unidade entre as diferentes pretensões foi transferida à Suprema Corte, do que decorre a dimensão política de sua atuação, já que a constituição, concebida como documento jurídico, havia sido sucinta (ou até mesmo silente) sobre vários temas polêmicos.

Em contrapartida, num dos momentos mais impactantes para a história do constitucionalismo alemão, isto é, durante o regime nazista, a política havia produzido certo tipo de consenso. Nessa circunstância, a Alemanha vivenciou uma espécie de harmonização política – imposta através do uso da força e da violência, mas, ao mesmo tempo, construída sob um discurso de convencimento populista (a defesa do sentimento nacionalista). Como tudo isso minou a atuação dos três poderes, cuja atuação estava condicionada e determinada pela política do *Führer*, para superar essa fase desastrosa da história alemã, era fundamental que houvesse uma cisão entre direito e política, tornando o judiciário, em especial o

Tribunal Constitucional, uma instituição “sem rosto”⁸⁷ (veja-se, nesse ponto, a oposição ao que acontece nos Estados Unidos, onde a figura do presidente da Suprema Corte, com suas orientações políticas, ganha importância, bem como sua composição, indicada no interesse de manter o equilíbrio entre liberais e conservadores, como já foi mencionado na tese). É por isso que o Tribunal Constitucional alemão vai se valer da constituição (e de sua concretização pela via da proteção aos direitos fundamentais) como fundamentos para sua autoridade.

Desse modo, para finalizar: valores constitucionais; concretização de direitos; implementação das expectativas normativas; primazia dos direitos fundamentais; efetividade constitucional. Não há como discordar dessas e de outras expressões que comunicam juridicamente com a sociedade e que se relacionam com o sistema jurídico alemão. Impossível encontrar qualquer cidadão que a elas se opusesse. Mas a questão é o passo seguinte – o que se faz com isso, ou melhor, como esses elementos condicionam a atuação das cortes/tribunais constitucionais. O que os juristas brasileiros talvez possam não ter percebido – ou se deram por conta e fazem uso disso – é que a ideia de concretização ou de exercício do controle de constitucionalidade pode servir a justamente ao que as três primeiras linhas desse parágrafo representam: apenas a um grande discurso.

2.3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ATUAÇÃO POLÍTICA E DEVER DE CONCRETIZAÇÃO

“País descobre que, ao constitucionalizar todos os direitos, a Carta de 1988 delegou ao STF poderes amplos, gerais e irrestritos. E o Tribunal governa” (capa

⁸⁷ “On the Continent, the Courts tend to be faceless, and the judges, instead of being highly visible individuals, have been described as fungible persons (a reference to the *res fungibilis* in Roman law, i. e. goods that are replaceable and interchangeable in contrast to particular objects with a distinct value of their own)”. Tradução livre: “No Continente, as Cortes tendem a ser sem rosto, e os juízes, ao invés de serem indivíduos com alta visibilidade, são concebidos como pessoas fungíveis (uma referência a *res fungibilis* do direito romano, por exemplo, artigos que são substituíveis e intercambiáveis, em contraste objetos particulares que possuem um valor distinto em si mesmos)”. CAENEGEM, R. C. van. **European law in the past and the future: unity and diversity over two millennia**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. 175 p. p. 44.

do Anuário da Justiça de 2009).⁸⁸ “O STF tem a última palavra” (Celso de Mello).

⁸⁹ O Judiciário “é o poder moderador, é o que tira a sociedade de seus impasses” (José Antonio Dias Toffoli).⁹⁰ “A Constituição é aquilo que o STF, seu intérprete e guardião, diz que é” (Teori Zavascki).⁹¹ “A interpretação do Supremo vincula o legislador, gostemos ou não” (Gilmar Mendes).⁹² “Para além do papel puramente representativo, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra” (Luís Roberto Barroso).⁹³

A atuação do Supremo Tribunal Federal vem acompanhada de sua supremacia? Existe supremacia judicial no Brasil? Os pronunciamentos acima transcritos resolveriam as inquietações nesse sentido, comprovando a tese: através deles, consegue-se visualizar o STF como um ator (social) muito requisitado, exercendo, em um só ato da encenação, pelo menos três personagens da *estória* que vem sendo escrita sobre vida e morte das sociedades democráticas – o governante bem intencionado, o intérprete autorizado e o poder mais admirado (essa tríade voltará a aparecer em outro cenário). Uma grande *peça*, não é mesmo? Considere bem o uso da palavra *peça*, com todos seus possíveis significados, e responda mentalmente dando o sentido que quiser para essa

⁸⁸ O Ano da Virada: País descobre que, ao constitucionalizar todos os direitos, a Carta de 1988 delegou ao STF poderes amplos, gerais e irrestritos. E o Tribunal governa. **Anuário de Justiça**. São Paulo: Conjur Editorial, 2009. pp. 23-25.

⁸⁹ Declaração do ministro Celso de Mello, em entrevista ao jornal Estadão. BRESCANI, Eduardo. Celso de Mello: STF tem ‘monopólio da última palavra’. **Estadão**, São Paulo, 17 dez. 2012. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,celso-de-mello-stf-tem-monopolio-da-ultima-palavra,974786>>. Acesso em 03 set 2014

⁹⁰ Manifestação feita pelo ministro José Antonio Dias Toffoli, em palestra no Instituto de Artes da Unesp, em São Paulo, sob o título: Poder Moderador no Brasil; os Militares e o Poder Judiciário. A notícia foi veiculada no jornal Estadão. ARRUDA, Roldão. STF é o novo poder moderador da República, defende Toffoli. **Estadão**, São Paulo, 08 abr. 2014. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/roldao-arruda/stf-e-o-novo-poder-moderador-da-republica-diz-toffoli/>>. Acesso em 03 set 2014

⁹¹ Sobre o tema, ver a coluna de Lenio Streck, na ConJur: O passado, o presente e o futuro do STF em três atos. **Consultor Jurídico**. 15 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-15/senso-incomum-passado-presente-futuro-stf-tres-atos>>. Acesso em: 03 set. 2014.

⁹² Esse foi o posicionamento de Gilmar Mendes no voto em que se discutiu sobre a possibilidade de existência de controle de constitucionalidade sobre projetos de lei (controle prévio). HAIDAR, Rodrigo. STF não pode fazer controle prévio de projetos de lei. **Consultor Jurídico**. 13 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/supremo-nao-controle-previo-projetos-lei>>. Acesso em: 03 set. 2014.

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. A função representativa e majoritária das cortes constitucionais. In: MORAIS DA ROSA, Alexandre et al (Orgs.). **Hermenêutica, constituição, decisão judicial**: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 159-175. Especificamente, p. 170.

pergunta – a tendência é que se acene positivamente a todos eles ao fazer a leitura sobre a posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal na atual conjuntura.

Depois de ler o primeiro parágrafo, por certo algum interlocutor (ou leitor) espirituoso poderia, inclusive, indagar sobre o caráter retórico das perguntas subsequentes. Muita calma nessa hora, porque também é possível duvidar se cada um dos autores daquelas frases, todos membros do judiciário, responderia *sim* tão facilmente aos questionamentos elaborados logo após – é provável até que não, especialmente considerando que, em nenhum dos posicionamentos apresentados, há clara manifestação favorável à supremacia (essa palavra nem aparece, por exemplo), uma tese pouco simpática em tempos de democracia. Parece contraditório? Acontece que o discurso de supremacia judicial no Brasil vem acompanhado de um fatalismo incontornável, um componente majestoso que lhe atribui quase uma missão inerente às suas funções – uma supremacia derivada de um dever constitucional, que, às vezes, pode ser oculta em afirmação teórica, mas exercida (embora sejam âmbitos inseparáveis, o imaginário jurídico brasileiro conseguiu promover o inconciliável distanciamento entre teoria e prática). Muito cedo para chegar a essas conclusões? Pode ser, mas há mais modos de demonstrar o que está sendo afirmado.

Talvez um dos grandes méritos do sistema constitucional brasileiro seja a quantidade de mecanismos previstos para a proteção dos direitos que foram assegurados pela constituição. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Mandado de Injunção, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – são apenas alguns dos exemplos que colocam os três poderes diretamente em diálogo ou, até mesmo, sob tensão, pois, por vias distintas (cada qual com suas peculiaridades), além de permitirem que o Supremo Tribunal Federal fiscalize se o texto constitucional está sendo cumprido, especialmente no caso dos dois últimos, exigem ação dos demais poderes se constatada inconstitucionalidade por ausência de conduta por parte do poder público que concretize as expectativas normativas do texto constitucional. Em resumo, um conjunto completo de medidas que autorizam a intervenção do judiciário em situações caracterizadas por inefetividades constitucionais.

Mas *completo* na opinião de quem? Parece que não na dos ministros do STF. Inspirados no direito colombiano (e, claro, provocados pelos argumentos do autor da arguição), incorporaram mais um elemento – adicionaram a esse conjunto de institutos referidos acima a tese do “estado de coisas inconstitucional” (no julgamento de medida cautelar em sede da ADPF n. 347, proposta pelo PSOL, representado no processo judicial pelo jurista Daniel Sarmento, abrindo discussão acerca da situação caótica do sistema prisional brasileiro). O que isso significa? A adoção de parâmetros (transportados do direito constitucional colombiano) que legitimam o STF a impor providências aos poderes públicos e supervisionar sua implementação; em linhas gerais, a existência de um quadro de violações massivas a direitos fundamentais que autoriza a interferência da instância judicial no modo como devem ser pensadas as estratégias políticas para resolvê-lo. É o STF apontando o problema, mas também sua solução – um “desafio” para o exercício da jurisdição constitucional, palavras de Jose Luis Bolzan de Moraes e Alfredo Copetti Neto.⁹⁴

Uma construção teórica capaz de gerar reformulações institucionais entre os poderes? Esse é apenas um dos aspectos que desenha uma grande interrogação quanto ao que já antecipou cautelarmente o STF sobre o tema – o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” e suas consequências. Há vários enfoques através dos quais se poderia problematizar essa decisão judicial. Antes de anunciar aquele que mais interessa ao trabalho, é preciso deixar bem claro que não há dúvidas de que a ADPF, ainda não julgada em seu mérito, deve prosperar, afinal, está certo José Rodrigo Rodriguez quando afirma que o Brasil vivencia um “estado de coisas surreal” quanto a seu sistema prisional, fazendo referência às péssimas condições em que sobrevivem os apenados no Brasil (e, por isso, o autor adere ao posicionamento de que situações extremas demandam atitudes de igual porte, acenando positivamente à invocação do “estado de coisas inconstitucional”). Contudo, em seu artigo também se encontra um trampolim para

⁹⁴ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; COPETTI NETO, Alfredo. REPEC 8: Garantismo Brasil e Sconfinato: unindo forças contra o Estado de Coisas Inconstitucional – notas à ADPF 347. **Empório do direito**, Coluna Sconfinato. Publicado em: 19 set 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/repec-8-garantismo-brasil-e-sconfinato-unindo-forcas-contra-o-estado-de-coisas-inconstitucional-notas-a-adpf-347-por-jose-luis-bolzan-de-moraes-e-alfredo-copetti-neto/>> Acesso: 12 jan 2016.

a inquietação que dá movimento a este texto: o reconhecimento da “inovação na maneira pela qual os poderes do Estado se relacionam entre si”⁹⁵

Em outras palavras, o que interessa para essa discussão – a que faz o “estado de coisas inconstitucional” ser parte da tese sobre supremacia judicial – é a relação entre decisão judicial e políticas públicas. É muito simpático advogar a pertinência do “estado de coisas inconstitucional” a partir desse caso, porque se trata de uma situação extrema – alguém se colocará contrário ao fato de que a atual conjuntura penitenciária exige que sejam tomadas providências urgentes? Foi o que perguntou Lenio Streck em sua coluna semanal no ConJur, fazendo duras críticas à decisão.⁹⁶ Mas quão apto o Supremo Tribunal Federal se considera para elaborar políticas públicas? Ou melhor, como questionam Raffaele De Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo, “qual a competência de uma Corte Suprema para ‘compensar a incompetência’ do sistema político?”.⁹⁷ Direito e política é tema do terceiro capítulo – melhor retomar o rumo dessa parte.

Então, um último argumento: alguém lembrou aqui da Alemanha, da discussão sobre patentes que apareceu no 2.2? Seu Tribunal Constitucional Federal usou uma decisão judicial para tratar de suas competências; o Supremo Tribunal Federal fez a mesma coisa, não? Mais ou menos – pela mesma via (no julgamento de um caso) tomaram posições distintas: o tribunal germânico limitou sua atuação, isto é, manifestou-se sobre quando não poderia intervir; o tribunal brasileiro adotou uma tese de expansão de seus poderes, sob o manto de um discurso constitucional. O “estado de coisas inconstitucional” pode ser considerado um exemplo de supremacia judicial? Em diversos aspectos. Todavia, o assunto é mais complexo – é preciso compreender como se chegou até esse cenário, um tanto quanto composto por excessos.

⁹⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Estado de coisas surreal. **Jota**, Coluna Opinião. Publicado em: 25 set 2015. Disponível em: <<http://jota.info/estado-de-coisas-surreal>> Acesso: 12 jan 2016.

⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Consultor jurídico**, Coluna Observatório de jurisdição constitucional. Publicado em: 24 out 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso: 12 jan 2016.

⁹⁷ DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de coisas inconstitucional. **Estadão**, Coluna Opinião. Publicado em: 19 set 2015. Disponível em: <http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral_estado-de-coisas-inconstitucional,1000000004> 3> Acesso: 12 jan 2016.

Houve um momento no subcapítulo anterior (2.2) quando se afirmou que o principal ponto de contato entre o discurso de naturalização da supremacia judicial no Brasil, que é direcionado ao papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal, e o contexto político-jurídico da Alemanha, mais especificamente a atuação de seu Tribunal Constitucional Federal, ocorre através da *difusão* da ideia de concretização (da constituição e, assim, dos direitos fundamentais) – talvez essa seja uma das conexões originais proporcionadas pela tese. Tendo uma ótima memória ou voltando um pouco algumas páginas, é possível perceber que, assim como agora, naquela ocasião também foi dado destaque ao termo, redigindo-o em *itálico*. Na verdade, essa palavra poderia ter sido utilizada já nas páginas de abertura do capítulo e, por isso, até mesmo quando foram aprofundados os elementos do constitucionalismo norte-americano considerados importantes para o tema (2.1). Entretanto, cada pensamento tem um tempo próprio de gestação para nascer como ideia – essa, por exemplo, veio à luz na transição das últimas páginas do item anterior para a introdução desta parte. Mas o que foi trazido ao mundo (deste texto) por reflexão?

Difusão é um vocábulo polissêmico, e não foi empregado aleatoriamente. Pode significar algo a ser simplesmente substituído por propagação ou divulgação, por exemplo, o que o dicionário indica como sinônimo. Não estaria equivocado pensar também nessa dimensão de uso de *difusão* para o contexto; ficaria adequado do mesmo modo. Contudo, no instante quando passou a compor aquelas linhas, já não era disso que se tratava: o *itálico* atribuído remetia à exploração de um sentido específico aprendido nas aulas de biologia, articulado como metáfora – em uma visão um tanto quanto reducionista, *difusão* como um fenômeno físico, isto é, como o transporte de matérias entre duas soluções que possuem concentrações diferentes, que objetiva a instauração do equilíbrio, caracterizado pela absorção de nutrientes e excreção de resíduos.⁹⁸

O que isso tem a ver com supremacia judicial no Brasil? Duas alternativas, sem meio termo: para a criatividade de quem escreve, tudo; como conhecimento técnico, nada (afinal, o que física e/ou biologia pode importar para a teoria do

⁹⁸ O conceito de difusão pode ser encontrado aqui, com melhor aprofundamento: <http://www.infoescola.com/biologia/difusao-molecular/>

direito?). Não foi possível descartar a primeira: depois dessas imersões na história dos dois países (Estados Unidos e Alemanha), ao pensar sobre a experiência judicial brasileira, a imagem que se formou foi a representação do direito brasileiro como uma grande célula que, especialmente no que diz respeito ao papel exercido por seu tribunal de última instância, busca a recepção dos *materiais* dessas duas tradições, com uma ressalva – sem qualquer preocupação com *equilíbrio*. Assim, em relação ao papel do Supremo Tribunal Federal, ocorre no Brasil algo que poderia ser chamado de fenômeno de *difusão conceitual* – intencionalmente causado, na medida em que a matéria transportada *para o lado de cá* é seletivamente (ou convenientemente?) escolhida, e não equilibrado, porque grande parte do processo de incorporação dos materiais advindos dessas tradições estrangeiras conduzem à concentração de poderes nesta instituição judicial, sem que haja a excreção dos excessos ou dos resíduos (aquilo que, pela diferença entre contextos políticos-jurídicos distintos, com peculiaridades específicas, deveria não ser aproveitado, pois incompatível).

É uma leitura que se aproxima do que Lenio Streck chama de “recepções equivocadas”? Numa perspectiva de proposta crítica sobre as influências sofridas pelo sistema jurídico brasileiro, sim, mas não quanto ao conteúdo, porque o autor está tratando de três fenômenos específicos quando cria essa nomenclatura – ativismo judicial, jurisprudência dos valores e ponderação alexyana.⁹⁹ É um modo similar de fazer a análise que Diego Eduardo López Medina elaborou quando estabeleceu a distinção entre “lugares de produção” (“*sítios de producción*”) e “lugares de recepção” (“*sítios de recepción*”) para identificar as influências das culturas jurídicas europeia e norte-americana sobre os países latino-americanos?¹⁰⁰ Pode-se dizer que sim. Contudo, para que a finalidade do capítulo seja atingida, o argumento precisa ficar mais claro – sair de seu caráter abrangente e ir para a especificidade.

Há alguns elementos que aparecem na história do direito brasileiro e que influenciam a atuação do Supremo Tribunal Federal. Dentre eles, talvez seja

⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁰⁰ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. **Teoría impura del derecho**: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Legis, 2004. pp. 4-13.

interessante chamar atenção para duas principais vias de compreensão do fenômeno aqui chamado de naturalização do discurso de supremacia judicial, que geram repercussões institucionais (nas três esferas de exercício do poder do estado – executiva, legislativa e judiciária): o papel da doutrina – sua passividade de ficar à espera das definições do STF conjugada com os incentivos (ou estímulos) criados para justificar constitucionalmente o alargamento das funções jurisdicionais, atribuindo legitimidade à sua supremacia em nível teórico; e a relação direito, política e judiciário, uma tríade que se mostrou fundamental para compreender o assunto desde os primeiros momentos deste capítulo, quando se objetivou esboçar um roteiro para estudar as perspectivas de atuação da Suprema Corte norte-americana e do Tribunal Constitucional Federal alemão.

Por sua vez, esse recorte dúplice é atravessado por um componente histórico, que, simultaneamente, aproxima e distancia a experiência brasileira das demais analisadas, o que está relacionado, especialmente, ao modelo de constituição adotado e ao surgimento do controle de constitucionalidade. As contribuições dos juristas brasileiros ao discurso de supremacia (e a um imaginário favorável a ele), o modo de pensar a política em sua relação com as instâncias judiciais, a constituição e o controle de constitucionalidade – a possibilidade de estabelecer conexão entre tudo isso ajuda a compreender muita coisa. Então esse é o guia do que vai ser lido daqui pra frente, na perspectiva de construção de um amplo diálogo.

Supremacia judicial no direito brasileiro é um tema que deve produzir reflexões a partir do horizonte que compreende o Brasil como um dos países que são chamados de “novas democracias”, ou seja, como sugere Ran Hirschl, aquelas nações que fizeram em tempos recentes a transição de regimes quase democráticos ou autoritários para a formação de estados constitucionais fortalecidos (através da adoção de direitos fundamentais previstos em sua constituição e de um ativo sistema de controle de constitucionalidade, o que, para o autor, impulsionou o fenômeno abrangente da judicialização), localizados, especialmente, no sul da Europa (Grécia, Portugal, Espanha) e na América

Latina.¹⁰¹ De fato, a sociedade latino-americana vivenciou tardiamente a experiência democrática de modo pleno (não reduzida a mecanismos formais de seu exercício, como, por exemplo, o voto), porque teve sua história marcada pela eclosão de golpes militares, que representaram retrocessos ao que já havia sido construído no âmbito político-constitucional. Os regimes ditatoriais proporcionaram uma radical interrupção no amadurecimento da história democrática desses países, especialmente porque, pelo modo como articularam a interação entre o direito e a política, acabaram corrompendo a relação entre os três poderes do estado, o que torna a democracia hoje, em tempos de ruptura com este passado recente, um processo em permanente construção.

Assim, num aprofundamento da proposta de Hirschl, podem ser atribuídas duas dimensões significativas à expressão “novas democracias”: por um lado, a terminologia faz referência aos países que apenas há poucos anos conseguiram imprimir estabilidade ao modelo de estado que se fundamenta através do componente substancial de democracia; por outro lado, entretanto diretamente vinculado a isso, é possível identificar o termo com o direcionamento do olhar dos atores sociais e, em especial, dos juristas para uma concepção de democracia que ultrapassa a ideia de mero elemento de organização e/ou manifestação de poder (em seu elo com a representatividade), passando a agregar certos conteúdos, sendo o principal deles a igualdade, o que, por sua vez, acaba se desdobrando em um aspecto importante, mas, ao mesmo tempo, mais preocupante: o redimensionamento do papel do judiciário, cuja atuação passa a estar vinculada à concretização dos direitos (pelo menos como argumento para justificar sua legitimidade). Em resumo, a concepção de “novas democracias” implicaria mudanças em relação a um núcleo conceitual de democracia, bem como uma nova configuração das relações institucionais entre os poderes.

Brasil é, portanto, uma “nova democracia”. E seu sistema de controle de constitucionalidade articulado sob pressupostos democráticos surge exatamente nesse ambiente, com o processo constituinte de 1987-1988. Contudo, não é nesse momento histórico que ocorre sua origem – o Supremo Tribunal de Justiça é criado

¹⁰¹ HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 7-10.

pela constituição do império (1824); o controle difuso e o Supremo Tribunal Federal nascem em 1891; o modelo concentrado é inaugurado em plena ditadura militar – , mas é nesse período de efervescência constitucional que são criadas as condições políticas para sua efetivação, pois é quando o judiciário ganha autonomia e independência funcional.

Por que demorou mais de um século para o sistema de justiça funcionar no Brasil? Ocorre que a história constitucional brasileira é marcada pela sobreposição da política ao direito. Para ilustrar: o Supremo Tribunal de Justiça nasce sem poderes para exercer jurisdição constitucional (neutralizado pela atuação do Conselho de Estado e do Poder Moderador); seguindo o exemplo norte-americano (que teve em Rui Barbosa seu principal entusiasta), o Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade difuso são instituídos durante a república, mas isso não foi suficiente para romper com o conservadorismo herdado pelo império (a supremacia constitucional foi sufocada por interesses oligárquicos); o modelo concentrado de controlar a constitucionalidade das leis foi implantado, sendo que as atribuições do STF, entretanto, estavam condicionadas à manutenção do regime militar, instrumentalizando a instância jurisdicional em benefício do governo.¹⁰²

Durante o período republicano, a principal tentativa de *grito de independência* do judiciário foi dado por Rui Barbosa, ao defender “a supremacia da judicatura”, a exemplo da experiência vivenciada na América. E mais, dizia ele justamente o que até hoje é sustentado: que esse poder era reconhecido pela constituição, sendo, no Brasil, o maior “triunfo” do direito político, este mesmo que insistia em colocar o legislador acima do texto constitucional.¹⁰³ Talvez neste momento possa ser observado o nascimento do discurso de supremacia judicial para o contexto brasileiro, muito vinculado ao controle de constitucionalidade, bem como ao que havia sido produzido no ambiente norte-americano. Mas, naquela época, sua voz não fez eco – não saiu dos livros. É possível perceber como a história do constitucionalismo brasileiro se afasta, mas tende a se aproximar pela busca de

¹⁰² LIMA, Danilo Pereira. **Constituição e poder**: limites da política no estado de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

¹⁰³ BARBOSA, Rui. **Teoria política**. Rio de Janeiro: W. M. Jackson Inc. Editores, 1970. v. XXXVI. (Clássicos Jackson). p. 123.

um modelo, do que aconteceu nos Estados Unidos? Além disso, pode-se notar como a relação direito e política foi (e ainda é?) determinante para a configuração do papel do tribunal responsável por assegurar o cumprimento da constituição?

Essa inquietação também provoca um retorno no texto e um adiantamento na história: qual a importância do processo constituinte para o tema da tese? De volta às “novas democracias”; avante na superação de um cenário lastimável de violência e restrição de direitos (ditadura militar) – a assembleia constituinte. Marcada por um “impulso democratizante”, organizado de modo veloz e eficaz, ao mesmo tempo que proporcionou uma abertura à sociedade (e um estímulo aos movimentos sociais), gerou sua antítese: o surgimento de grupos de oposição que, não conseguindo vencer a luta para o reconhecimento dos direitos sociais, posteriormente, dando vida ao conservadorismo, tratou de “enfraquecer os meios destinados à sua execução e implementação”.¹⁰⁴ Seu ápice: a promulgação da “Constituição Cidadã”, um texto extenso, tão detalhadamente rico em direitos, muito repleto em garantias – a instituição de um projeto de sociedade.

Sendo a constituição de 1988 um novo paradigma, então, dando ênfase ao perfil do Supremo Tribunal Federal, é possível identificar dois momentos. O primeiro deles diz respeito ao que José Rodrigo Rodriguez vai denominar de “primeira onda de democratização”¹⁰⁵, que se caracteriza pelo fortalecimento de um sistema de justiça. Logo que foi inaugurado o constitucionalismo democrático no Brasil, os avanços promovidos por um texto constitucional revolucionário encontraram entraves para sua efetivação, seja sob uma perspectiva política (como já abordado acima), mas também teórica (ainda sob os resquícios do positivismo exegético e da ideia de legalidade como centro gravitacional do direito). Diante desse descaso com o texto constitucional, o que passou a ser dito, então? É preciso do judiciário para concretizar direitos.

As expectativas de consolidação da democracia foram conduzidas, desse modo, diretamente para o judiciário, seja pela sociedade ou até mesmo pela

¹⁰⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Sociedade contra o Estado – duas ondas de democratização radical no Brasil. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. n. 12. p. 83-96. Especificamente, p. 83.

¹⁰⁵ Ibid.

comunidade jurídica. Diante da inércia e da desconfiança que atingia os poderes eleitos, decorrente dos fatos que a história contava (período ditatorial) – e, nesse momento, qualquer semelhança com o constitucionalismo alemão é mera coincidência, porque há, inclusive, um desencontro temporal entre a ascensão do partido nacional-socialista e a eclosão dos regimes militares na América Latina –, desenhou-se para o contexto brasileiro um “estado de delegação permanente” direcionado à esfera jurisdicional (no mesmo sentido da expressão criada por Guillermo O’donnell – “democracia delegativa”¹⁰⁶ –, mas voltado para outro âmbito, o poder judicial). É assim que surge o que ficou conhecido como judicialização da política – um fenômeno decorrente de uma conjuntura política e social específica (mas com repercussão mundial – na Europa, vinculado ao pós-Segunda Guerra Mundial), direcionado a privilegiar o cumprimento das promessas constitucionais (concretização) – e, agora sim, qualquer semelhança com o constitucionalismo alemão *não* é mera coincidência, porque a tradição continental influenciou sobremaneira o direito brasileiro sob essa perspectiva.

Ocorre que a presença de fragmentação política e o esvaziamento do papel dos poderes legislativo e executivo trouxe modificações mais radicais: se, anteriormente, o partido político era o grande ator da democracia constitucional, isto é, o responsável pelo desenvolvimento dos direitos fundamentais inscritos nas constituições, essa situação será bastante alterada, na medida em que o poder judiciário passou a assumir a função de protagonista do debate e das práticas constitucionais¹⁰⁷, o que foi em grande medida direcionado ao Supremo Tribunal Federal. A aceitação desse protagonismo foi muito influenciada pelo surgimento das teorias neoconstitucionalistas, que, como proposta teórica, potencializaram a interferência do judiciário nas “novas democracias” a partir do reconhecimento da discricionariedade judicial. Tudo isso repercute no surgimento do ativismo judicial, compreendido como uma postura/uma conduta dos membros do judiciário pautada

¹⁰⁶ O’DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 31, p. 25-40. out. 1991.

¹⁰⁷ BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma Teoria do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 49, p. 81-100, jul. dez. 2006.

por critérios não jurídicos, ou o que Jose Luis Bolzan de Moraes vai chamar de sacralização da atividade jurisdicional¹⁰⁸.

Dois momentos distintos do constitucionalismo brasileiro; duas possíveis leituras sobre a atividade jurisdicional: judicialização da política e ativismo judicial. Na primeira concepção, está pressuposta a ideia concretização da constituição; com o ativismo judicial, projeta-se politicamente o papel do Supremo Tribunal Federal, porque sua intervenção é soberana – não constrangida por nenhum outro elemento (seja no que diz respeito à relação com os demais poderes ou às balizas constitucionais que o processo constituinte estabeleceram); ativismo é decisão fora do direito, elevando o judiciário a ser fonte de si mesmo. Alguma lembrança da tese sobre as influências germânica e norte-americana, respectivamente? Parece que sim. Só que esses elementos nem sempre podem ser visualizados de modo tão claro: ativismo judicial pode surgir com mera aparência (ou discurso) de concretização de direitos; judicialização da política pode representar tamanha intervenção que extrapole os limites da atuação do judiciário.

De um modo ou de outro, resta evidente que a perspectiva de concretização da constituição, que orienta o Tribunal Constitucional Federal alemão, está presente na compreensão do papel do Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, a dimensão política presente nos posicionamentos da Suprema Corte estadunidense também é modelo para atuação da suprema do tribunal brasileiro. E quando mistura tudo isso, então? Fica ainda mais claro os problemas que podem ser decorrentes da afirmação de que supremacia judicial e controle de constitucionalidade são temas afins.

Relacionando o modelo de constituição com o sistema de controle de constitucionalidade, a diferença entre os três contextos fica ainda mais clara. Nos Estados Unidos, na medida em que sua constituição atribui poderes específicos apenas ao presidente e ao congresso, deixando para a competência dos estados todo o conteúdo residual, o federalismo gerou um “duplo sistema de normas constitucionais”¹⁰⁹ (um federal e outro estadual). Assim, se, por um lado, por ser

¹⁰⁸ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Crise do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 60-61.

¹⁰⁹ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão, revisada por Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 83-84.

extremamente enxuto, o texto constitucional norte-americano potencializa a atuação política da Suprema Corte, exigindo que apresente definições sobre seu conteúdo diante de controvérsias, por outro, é justamente essa sua característica que faz com que a Corte, embora exerça papel de terceira instância de julgamento, seja considerada “ápice de coisa alguma”¹¹⁰, pois o próprio caráter sintético da constituição estimula que, em nível estadual, sejam tomadas as principais decisões, dando ampla autonomia aos estados naquilo que o texto constitucional não apresenta definição e que não é atribuição do presidente e do congresso. Apesar disso, é da atuação da Suprema Corte que o direito brasileiro extrai, quase como espelho, a supremacia de seu tribunal de última instância. Complexo, não?

Na Alemanha, por sua vez, a função desenhada pela Lei Fundamental para o Tribunal Constitucional poderia incentivar a supremacia judicial sob certa perspectiva, afinal, é de sua competência exclusiva o exercício do controle de constitucionalidade. Exatamente por isso ele não pode ser considerado um tribunal de última instância. Conjugando esses dois elementos e radicalizando o argumento, não seriam exigidos grandes esforços teóricos para que alguém pudesse dizer que o Tribunal tem o monopólio sobre o sentido da constituição, pois só ele pode julgar uma lei inconstitucional. Mas o fato é que, à diferença do que ocorreu em solo estadunidense, talvez pelo amplo conteúdo de seu texto constitucional, supremacia judicial não é um tema recorrente no direito alemão, mas, sim, as tentativas de criar metodologias que garantam rigor na aplicação dos direitos fundamentais, ou seja, que possibilitem a concretização da Lei Fundamental alemã. Com toda crítica que pode ser feita à sua complexa proposta teórica¹¹¹, contemporaneamente Alexy é a prova disso (basta observar as fórmulas matemáticas e parâmetros interpretativos que apresenta em suas obras – em especial, sua regra da ponderação –, que objetivam *racionalizar* as estratégias de aplicação da constituição e dos direitos fundamentais que a jurisprudência dos valores havia criado).¹¹²

¹¹⁰ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao direitos dos Estados Unidos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 91.

¹¹¹ A crítica de Lenio Streck pode ser encontrada em: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 57 e ss.

¹¹² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

Sim, mas o subcapítulo é sobre o Brasil. E esse é justamente o ponto: o contexto brasileiro possui muitas peculiaridades em relação a ambos os exemplos mencionados acima. O Supremo Tribunal Federal tem competências originárias e também é uma instância de apelação, tal como a Suprema Corte norte-americana. Mas a constituição brasileira não favoreceu o fortalecimento de um direito constitucional em nível estadual, sendo inesgotáveis os assuntos sobre os quais o Tribunal é provocado a decidir (como bem afirma Leonel Severo Rocha, o federalismo no Brasil foi resultado de um processo de dominação – “uma coligação feita entre os estados mais ricos”¹¹³). Em contrapartida, mesmo o juiz singular está autorizado e, para além disso, possui a responsabilidade de analisar o caso à luz da constituição federal (podendo negar a aplicabilidade de uma lei por um juízo de inconstitucionalidade), o que amenizaria a hipótese de concentração de poderes (no Supremo Tribunal Federal) que pode ter sido mentalmente gerada ao avaliar o tanto que o texto constitucional brasileiro impulsiona a judicialização. Qual o problema, então? Talvez esteja naquilo que o cientista político Conrado Hübner Mendes reconheceu em entrevista à “Revista Época”: acreditar que os juízes dos tribunais superiores são menos falíveis.¹¹⁴

O diálogo entre os três países ainda pode ser mais profícuo. É interessante observar como a dimensão política de atuação da Suprema Corte ganha um viés personalista. Como já mencionado oportunamente, não por acaso, nos Estados Unidos, a composição da Corte ganha uma identidade, geralmente associada ao perfil de seu presidente (*Chief of Justice*). Então como não fazer referência, nesse ponto, à existência de posicionamentos na doutrina que identificam fases da jurisdição constitucional brasileira pelo nome dos ministros do Supremo Tribunal Federal?

A exemplo de como ocorre nos Estados Unidos, mas fazendo ressalvas quanto às diferenças existentes entre o *Chief of Justice* e o presidente do STF (embora fiquem restritas apenas a aspectos técnicos, como duração de mandato),

¹¹³ ROCHA, Leonel Severo. **A democracia em Rui Barbosa**: o projeto político liberal-racional. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995. p. 148.

¹¹⁴ CARVALHO, Luiz Maklouf. Conrado Hübner Mendes: “O Supremo ainda é muito obscuro”. Entrevista com Conrado Hübner Mendes. **Época**. 24 jun. 2011. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI243786-15223,00-CONRADO+HUBNER+MENDES+O+SUPREMO+AINDA+E+MUITO+OBSCURO.html>>. Acesso em: 12 set. 2016.

Siddharta Legale Ferreira e Eric Baracho Dore Fernandes confirmam a tese ao visualizarem três momentos distintos na história: “Corte Victor Nunes Leal” (1960-1969), caracterizada por uma resistência democrática durante o período ditatorial; “Corte Moreira Alves” (1975-2003), momento logo após a promulgação da constituição de 1988, que traz a marca de um STF com “perfil defensivo”, conservador (a tese do Mandado de Injunção com efeitos não concretistas está inclusa nesse período, por exemplo); e “Corte Gilmar Mendes” (desde 2002), quando os autores consideram o período de intensa judicialização e de forte tendência ao ativismo judicial. Parece acertada a hipótese de Ferreira e Fernandes ao fazer essa tríplice leitura de oscilação no papel exercido pelo Supremo – de certo modo, corresponde à abordagem histórica já feita sobre os momentos constitucionais do direito brasileiro. Mas é possível perceber como isso se relaciona com elementos de personalidade, isto é, com a composição do Supremo? Herança norte-americana.¹¹⁵

Ao que parece, um dos grandes problemas brasileiro consiste em conjugar dois modelos de controle de constitucionalidade – difuso (originário do contexto norte-americano) e concentrado (próprio do sistema alemão). Ou seja, o Supremo Tribunal Federal é a quarta instância jurisdicional (quando suas decisões possuem efeitos entre as partes), mas também possui competência originária (cujos posicionamentos geram efeitos para todos). O ponto é que, observando especificamente o que ocorre nos Estados Unidos e na Alemanha, é possível identificar dois diferentes movimentos no exercício do controle de constitucionalidade, que fluem em direções opostas: no caso norte-americano, a dimensão política de atuação da Suprema Corte provoca a existência de um projeto de universalização que visa à concretização; no contexto germânico, tem-se uma expectativa de concretização que objetiva a universalização. Na hipótese brasileira, como há uma mistura desses elementos (que, como observado, não reduzem à mera análise sobre os efeitos da decisão), o STF julga em sede de controle difuso, mas pretende que sua decisão produza efeitos para todos

¹¹⁵ FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. O STF nas “Cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 23-45, jan. /jun. 2013. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v9n1/a02v9n1.pdf> > Acesso em: 20 fev. 2016.

(situação que até é abrangida pela constituição, mas exige a intervenção do Senado Federal – art. 52, X, CF) – caso de mutação constitucional (tese presente no julgamento da reclamação n. 4335/AC).¹¹⁶

Por tudo o que foi acima mencionado, é possível visualizar *atos de supremacia judicial* para além do STF. Ou seja, considerando todas as peculiaridades do constitucionalismo brasileiro (em especial, da relação entre política e instituições judiciais), a manutenção de um sistema misto de controle de constitucionalidade é capaz de produzir um crescimento da jurisdição como um todo, não apenas centralizado no tribunal de última instância (é possível, evidentemente, que, em se tratando do STF, suas decisões tenham maior abrangência e repercussão). Poderia ser dito, então, que, no Brasil, o judiciário *em supremacia* manifesta-se multifacetado. Exatamente no sentido literal da palavra, ele possui várias faces, muitas mais do que os rostos que compõem a Suprema Corte norte-americana, flertando com o que afirma R. C. van Caenegem sobre o judiciário na *common law* (argumento presente no item 2.1).

Os caminhos que demonstram as influências dos contextos estadunidense e germânico já foram desbravados. Para além disso, foram criadas condições de elaborar uma crítica aos problemas atinentes à incorporação desses modelos ao Brasil, um país com tantas especificidades jurídicas, o que se atribui ao formato de sua constituição (que possui um nível de completude muito superior a outras nações), ao sistema de controle de constitucionalidade (misto) e ao contexto histórico que deu origem às oscilações no modo de compreender a atuação do STF. O discurso de supremacia judicial no país é algo que ainda está relacionado aos rótulos judicialização da política e ativismo judicial, elementos que seduzem a sociedade, a pretexto do papel concretizador exercido pelo tribunal, a fechar os olhos para o que já afirmou Conrado Hübner Mendes (embora esse autor perceba o ativismo judicial com certo fatalismo, como inevitável): “O STF vive o ápice de suas patologias institucionais”.¹¹⁷

¹¹⁶ Lenio Streck, Marcelo A. Cattoni de Oliveira e Martonio M. Barreto Lima apresentam uma aprofundada crítica a este posicionamento de alguns dos ministros do Supremo Tribunal Federal, no artigo: A nova compreensão do STF sobre o controle difuso de constitucionalidade: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 10, pp. 37-58. 2007.

¹¹⁷ NONATO, Israel. Conrado Hübner Mendes: “O STF é refém do capricho de seus ministros”. Entrevista com Conrado Hübner Mendes. **Os constitucionalistas**. 08 jun. 2016. Disponível em: <

2.4 CONVERSA FINAL: O ROMANCE DO STF

As palavras que introduziram esse primeiro capítulo em aproximadamente cinco páginas indicavam que ele tinha o objetivo de lançar luzes sobre a dimensão histórica do problema que motiva a tese – o discurso de naturalização da supremacia judicial no contexto brasileiro. Nesse momento, então, propõe a abertura de um espaço para rápidos apontamentos sobre o que foi possível compreender. Em outras palavras, afinal, quais lâmpadas foram possíveis acender?

O constitucionalismo norte-americano produziu um modelo de Suprema Corte cuja supremacia se direciona para os debates que envolvem seu papel político. Por outro lado, a notoriedade do Tribunal Constitucional alemão vinculava-se à sua preocupação com a concretização da constitucional. O que ocorre no constitucionalismo brasileiro? A conjugação dessas duas leituras forjadas a partir de contextos políticos-jurídicos distintos (que possuem suas peculiaridades, como foi demonstrado). Assim, por inspiração alemã, o dever de concretização do texto constitucional é transformado em discurso para legitimar aquilo que resulta de sua aproximação com os Estados Unidos – a atuação política do Supremo Tribunal Federal (compreendida como capaz de transformar de modo progressista o direito; em verdade, criar direito).

É por esse motivo que se pode observar sob um duplice viés a atuação do tribunal de última instância do Brasil: judicialização da política e ativismo judicial. O primeiro fenômeno está vinculado à efetivação de expectativas constitucionalmente previstas; dialoga com o conceito de implementação de direitos. Por outro lado, ativismo judicial implica uma postura do judiciário descomprometida com parâmetros de constitucionalidade e/ou legalidade, o que se relaciona com a ideia de discricionariedade judicial. É importante perceber: ativismo judicial e judicialização da política são cara e coroa de uma mesma moeda – de um discurso de supremacia judicial que, na verdade, é construído, mas que

se afirma em sua naturalização, compreendida como algo inerente às suas prerrogativas constitucionais.

Muito pode ser concluído a partir de uma leitura conjunta dessas três primeiras partes da tese. Mas talvez seja interessante, aqui, criar uma metáfora para claramente demonstrar o que de mais importante pode ser retirado dessa incursão histórica nos três diferentes países. Assim, se a construção do discurso de supremacia do Supremo Tribunal Federal fosse contada na forma da redação de um romance, o contato com o constitucionalismo norte-americano seria a parte passionai da *estória*. Seria possível pensar no tribunal brasileiro e seu amor projetado ou idealizado, a Suprema Corte dos Estados Unidos. Poucos defeitos, grandes virtudes – olhos praticamente fechados para atitudes que denotam personalidade oscilante, uma conduta movida por interesses nem sempre nobres, mas que, ainda assim, muitas vezes conseguem se travestir de argumentos que geram uma aparente sensação correção e bem estar. Por outro lado, as lições do Tribunal Constitucional alemão seriam transformadas em um discurso de concretização, um elemento de sedução do STF: seu lado apelativo, o componente que irresistivelmente chamaria todas as atenções para ele e lhe colocaria, assim, acima de tudo e de todos – exalando naturalmente supremacia. De tudo isso, resta a incapacidade de imaginar um final feliz.

3 DESENVOLVIMENTO. QUAL O SENTIDO DE SUPREMACIA JUDICIAL? O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TRÊS ATOS

Se alguém perguntasse: “qual o tema da tese?”, rapidamente, para *encerrar logo o assunto*, a resposta se formularia em sua melhor síntese – é sobre supremacia judicial. Não há dúvidas disso, afinal, a expressão aparece desde o primeiro capítulo, circulando, inclusive, por tradições jurídicas distintas (Estados Unidos, Brasil e Alemanha). Curioso mesmo é pensar que justamente dessa certeza é que se despertam tantas e tão profundas indagações e, então, invariavelmente, está-se diante de um necessário e eterno *retomar o assunto*. Por isso, é esse o *perfil* que se quer dar a este capítulo: de *enfrentamento*. Algo que, nesse espaço, ganha a dimensão de colocar-se aberto às mais variadas possibilidades investigativas, instigando a travessia por um caminho tão sinuoso e ainda consideravelmente incerto. A prova disso? O uso do ponto de interrogação do título não foi aleatório – tem um quê de provocação perene, algo ainda não tão definido.

Ocorre que a palavra *perfil* utilizada no parágrafo anterior denota um *olhar de lado*, através do qual se enxerga limitadamente a silhueta de algo, apenas um contorno. E, então, a sagacidade e o instinto acadêmico rigoroso da *entrevistadora* ali de cima (aquela que fez a pergunta primeira e que sobre tudo parece querer saber) poderia de novo falar mais alto, praticamente gritar. Nesse cenário, com a licença lúdica de Monteiro Lobato, é hora de assumir convictamente o papel de Doutor Caramujo, que já foi ensaiado desde a primeira linha deste texto, e permitir logo que *Emília* – e sua já conhecida curiosidade incomodativa – ganhe voz¹¹⁸: “mas se busca *fazer frente* a quê, afinal?”, na literal acepção do termo *enfrentamento*.

Retomar o assunto. Uma boa nota mental que se transforma rapidamente em réplica imediata, sem grandes artifícios reflexivos, bem *pontual*. Só que, sendo assim, um *ponto*, certamente não seria o final. Nesse caso, melhor não continuar provocando a urgência de conhecimento daquela interlocutora incrível

¹¹⁸ Faço referência ao *Sítio do Pica Pau Amarelo* (série escrita por Monteiro Lobato), uma *estória* na qual Emília, a boneca de pano, começa a falar depois que engole a “pílula falante”, prescrita pelo Doutor Caramujo.

(compreenda como quiser o uso desse vocábulo), e explicar logo, sem quaisquer reticências, por que *supremacia judicial* e *retomar o assunto* são elementos que se conjugam ou, talvez, quais as razões que levaram à decisão de que eles apareceriam conectados bem aqui, nesta parte da tese.

Supremacia judicial é um tema a ser problematizado sob a perspectiva de retomada, na tentativa de se aprofundar mais o estudo, para se reconstruir antigas interlocuções, para se refletir sobre possíveis destinos e novas trajetórias, testando hipóteses teóricas. Por outro lado – entretanto, ainda na mesma moeda, isto é, no quadro que está se desenhando –, o núcleo da questão que impulsiona o capítulo não seria justamente a apreciação crítica sobre o poder que possuem as instâncias jurisdicionais (e, talvez, em especial, as cortes supremas e/ou tribunais constitucionais) de chamar para si a capacidade de oferecer juízos sobre assuntos sensíveis da sociedade, alguns até que provavelmente já foram colocados sob discussão na esfera política, ainda que timidamente (ou não)? Em outras palavras, não estaria sob os holofotes desta tessitura exatamente a função (ou a habilidade) que tem o judiciário de *retomar o assunto*, mesmo quando ele aparentemente tenha sido encerrado pelas instâncias de produção legislativas? Claro que sim. “Bingo!”, escreveria Lenio Streck, se fosse essa uma de suas colunas para o *Consultor Jurídico*. “Mas o que isso tem a ver com supremacia judicial?”. Já estava demorando – *Emília* mal conseguiu se aguentar calada pelo tempo de três parágrafos.

As diversas conexões que podem ser esboçadas revelam que supremacia judicial, por si só, é uma expressão dotada de uma série de ambiguidades. Pode-se dizer que, por isso mesmo, essa frase também, quanta ironia. Por essa razão, talvez seja mais apropriado afirmar que nela habita um paradoxo: a solidão autossuficiente do *por si só* convivendo harmonicamente com a multidão contingente da *ambiguidade*. Explicando um pouco melhor, por mais contraditório que possa parecer, a impressão que se tem quando se decide escrever uma tese que, dentre outros aspectos, versa sobre supremacia judicial é essa: de início, está-se diante de uma vastidão de ideias prontas, que estão significativamente acopladas ao tema a partir de bases conceituais determinadas por opções teóricas, mas que, simultaneamente, fazem referência a problemas diversos, na

medida em que correspondem a diferentes roteiros que podem ser criados para e ao observar a atuação do judiciário ou, para ser mais preciso, dos tribunais/cortes constitucionais. Deixando bem claro, supremacia judicial é um assunto sobre o qual os juristas aqui no Brasil se arrisquem a se manifestar intuitivamente, mas que, por outro lado, inspira uma série de problematizações, muitas das quais ainda pouco instigadas ou não provocadas.

“O trabalho é para defender ou para refutar a supremacia judicial?”, “Vai deixar claro qual o perigo de atribuir supremacia ao judiciário?”, “Pretende criticar a supremacia judicial em um país cuja mais alta instância jurisdicional se chama *Supremo Tribunal Federal*?”, “A dificuldade (ou o ponto controverso) será conciliar a crítica à supremacia com o poder de revisão garantido pela constituição brasileira, não?”, “É sobre ativismo judicial?”. Esses são exemplos¹¹⁹ que ilustram o que foi referido acima – supremacia judicial é um assunto que, sob certas perspectivas, aparenta estar pré-concebido, a ponto de gerar perguntas derivadas (que emergem de certo aparato conceitual pressuposto), mas, ao mesmo tempo, está envolto num mar de contradições. É evidente que colocar cada um desses pontos de interrogação é importantíssimo (inclusive, eles interessam muito à proposta), todavia, o intuito agora é dar um passo para trás – e ele vai na direção do título desse capítulo.

Assim, se supremacia judicial é apresentada como ponto controverso na teoria do direito constitucional, ao passo que da simples menção ao termo decorrem uma série de implicações e enfoques variados, quando acompanhado da palavra *sentido*, seu caráter multifacetado se amplia ainda mais. Se a junção disso tudo ainda por cima é colocada sob questionamento, então, suas perspectivas de abordagem, pode-se dizer, *triplicam*. A escolha do verbo é proposital: *três* foram os caminhos visualizados para explorar o *sentido de supremacia judicial*.

(1) Direção, (2) sensação e (3) significado. *Sentido* é uma palavra que pode ser pensada a partir do que arrisca chamar de um *tripé fenomenológico*. A fenomenologia, lida através de Martin Heidegger, qualifica esse ponto de vista

¹¹⁹ Esses comentários foram feitos à autora. Como se costuma dizer em filmes: são baseados em fatos reais. Por isso, citar a fonte direta seria, no mínimo, deselegante.

triangular porque traz à tona a noção de acontecimento. Filosoficamente, é possível dizer que acontecimento é um evento, algo que se dá sob determinado contexto e que, a partir dele, ganha significado. Indo do geral para o particular (num movimento tipicamente hermenêutico, que está na base do pensamento heideggeriano), na leitura feita para esse *tripé* criado para tratar de supremacia judicial, a ideia de *sentido como acontecimento* é apresentada visando a estabelecer as possibilidades de uma ruptura com a estranha familiaridade que acompanha a abordagem de certas matérias, mais especificamente, uma tentativa de criar um afastamento da naturalidade através da qual o conceito de supremacia judicial é articulado no contexto brasileiro – a pergunta pelo *sentido* é feita, portanto, para criar estranhamento. E este estranhamento está direcionado à articulação de um conceito existente no Brasil de supremacia judicial como um discurso naturalizado, isto é, inerente às atribuições do Supremo Tribunal Federal.

O que vem à mente quando alguém indaga “qual o *sentido*?” Uma das hipóteses é pensar que se esteja buscando uma orientação relacionada a lugar. O mais interessante disso, dessa proposta de *sentido como direção*, é que ela se pauta pela pergunta pelo *para onde se vai*, o que, por sua vez, necessariamente depende também de saber *de onde se vem* – trata-se da implicação intransponível entre dois pontos, partida e chegada. Talvez por isso, se alguém pedisse que *direção* fosse representada através de um desenho, cairia bem a imagem de uma flecha. Através dela, percebe-se que sua projeção depende de muitas variantes: existe um arqueiro? Quem é o arqueiro? Qual a força empregada? Qual o objetivo de seu lançamento? Certamente, um modo de inaugurar o uso de metáforas neste capítulo.

Por outro lado, *sentido* também indica aquilo que é experimentado, vivido, vivenciado. Não por acaso o nome das sensações através das quais provamos (ou conhecemos) o mundo se chama *cinco sentidos*. Experimentar conduz à experiência, que denota *conviver com* durante determinado tempo, e, por isso, estabilidade, afinal, diz-se experiente aquele que está acostumado, habituado com algo. Entretanto, exercendo a tão proveitosa capacidade de produção de pensamentos antagonistas, essa palavra também imprime a ideia de risco, de *testar para ver se funciona*.

Por fim, *sentido* pode denotar, ainda, a tentativa de estruturar algo conceitualmente a partir de certos pressupostos – dar significado a algo –, o que talvez seja o *mínimo* que se espera de um trabalho acadêmico. Pois a expectativa para este capítulo da tese é tratar de supremacia judicial *em seu máximo*, em continuidade com o que foi desenvolvido acima: como *supremacia judicial projetada, experimentada e compreendida* – um olhar que não busca criar uma divisão analítica rígida, mas que, ao contrário, numa metáfora com a fisiologia humana, pode estar aproximado das funções do cone e dos bastonetes em nossos olhos – embora sejam células com papéis distintos (reconhecer cor e luminosidade, respectivamente), compõem um único sentido, a visão.

A proposta de desvendar uma *supremacia judicial projetada* lança à autora as seguintes perguntas: para qual direção aponta a supremacia judicial? Para onde e para quem se projeta (ou se dirige) a supremacia? E de onde vem essa arquitetura jurídica que lança supremacia às instâncias jurisdicionais? Quem faz parte dessa infraestrutura projetada? Nesse aspecto, ganha importância saber se as atenções estão voltadas para o judiciário ou para um órgão específico, como, por exemplo, a corte/o tribunal constitucional (na situação brasileira, ao Supremo Tribunal Federal). Afinal, quem possui supremacia? Em extensão a isso, também é relevante refletir sobre o lugar da supremacia como sendo aquele de última palavra – seria tão somente disso que decorre a supremacia, da possibilidade de definição de algo por uma instância de julgamento final? Ou há outros elementos de projeção de supremacia?

Por outro lado, as preocupações de uma *supremacia judicial experimentada* são outras. Quais os impactos da adoção das teses que defendem a supremacia judicial? Quais as tensões que podem ser sentidas a partir disso? Como ficam os laços institucionais que permeiam esse contexto de supremacia judicial? Como a sociedade experimenta esse fenômeno? Quais os impactos disso? Nesse modo de visualizar o problema, ganha relevo a sensação de sobreposição do judiciário sobre as instâncias majoritárias (os demais poderes constituídos); uma sensação que povoa o imaginário social e que talvez esteja muito mais ligada a uma questão de autoridade do que de funções institucionais (supremacia como algo inerente à função jurisdicional). Conectado a isso, também surge a impressão de que o

judiciário possui certa *especialidade* para definir melhor sobre assuntos próprios do debate político. Isso realmente justifica o discurso de supremacia judicial no Brasil?

É através desses diferentes modos de analisar o fenômeno de crescimento do papel do judiciário nas sociedades contemporâneas que emergem dos tantos pontos de interrogação colocados que se buscar atingir, na forma de síntese, a terceira parte do tripé que dá sustento a essas páginas – a *supremacia judicial compreendida*, como hipótese teórica para guiar o trabalho. É preciso deixar claro que essa série de questionamentos espelham o desenvolvimento dos três subcapítulos de uma forma não organizada/não analítica, ou seja, é possível que os três sentidos de supremacia judicial criados aqui – *projetada*, *experimentada* e *compreendida* – apareçam a todo momento no desenvolvimento de cada subcapítulo. Assim, são abertos caminhos para problematizar, de modo ainda mais denso, porém fluído, o sentido de supremacia judicial, respondendo, no mínimo, a três dimensões que estão envolvidas no tema: hermenêutica (ou de teoria do direito), política e social. Se a partir disso será possível estabelecer algum tipo de crítica – e a hipótese da tese aponta para uma resposta assertiva –, isso é assunto para outro momento, não agora.

É importante esclarecer que os elementos para a construção do sentido para supremacia judicial originalmente podem ser encontrados no constitucionalismo norte-americano – os motivos já foram devidamente explicados desde o primeiro capítulo. Mas acontece que todo esforço teórico nunca se mantém isento de atualizações. É por isso que a uma ideia acabam se agregando várias. Por isso, essa parte será um grande cruzamento de possíveis leituras sobre o tema, pegando o primeiro impulso através do que foi desenvolvido pelo contexto norte-americano, mas com um fim que se destina a analisar o contexto brasileiro. Entre esses dois polos (Estados Unidos e Brasil), localiza-se a liberdade do que coerentemente possa interessar sobre o tema.

Ao leitor atento (ou para aquele que não se entediou até chegar nas últimas páginas do primeiro capítulo, item 2.3 – espera-se que isso seja apenas o fantasma de uma mente que a todo momento pretende ser criativa na redação de cada linha e provocar o interesse de quem lê), é hora de voltar um pouco no tempo,

antecipando de certo modo a resposta a algumas das perguntas recém lançadas. *O intérprete autorizado, o governo bem intencionado, o poder mais admirado*. Não foi dito que essas três facetas do Supremo Tribunal Federal brasileiro voltariam a aparecer em outro cenário? Pois são elas que servirão de guia para o desenvolvimento desta parte da tese, em sintonia com o que foi desenvolvido especialmente na história do constitucionalismo estadunidense. E também são elas que, no clássico movimento tripartite do capítulo, acabem por, de algum modo, desaparecer. Será?

Para finalizar, antes que o preciosismo de *Emília* venha trazer outra objeção ou – por que não? – um *enfrentamento* ao modo como foi escrita esta introdução, dizendo, através de um eufemismo, que “foram gastas muitas linhas para dar luz a poucos conceitos jurídicos”, convém antecipar: foi proposital. O excesso de dúvidas, o posicionamento aberto à multiplicidade de sentidos que carregam as palavras sem dar uma definição, a lupa que foi colocada em cima de certas contradições existentes acerca do tema – tudo isso constitui as preliminares deste segundo capítulo por estratégia e honestidade acadêmica, pois assim também se apresenta à autora seu objeto de estudo: complexo. É preciso compreender que, para acender uma luz, cara *Emília*, ela deve estar primeiro apagada. É desse quarto escuro de angústias que, fazendo uso da perturbação como estímulo, emergem as melhores tentativas de iluminação. Que fique bem claro.

3.1 ATO I – O JUDICIÁRIO COM A ÚLTIMA PALAVRA: O STF COMO O INTÉRPRETE AUTORIZADO

“Não há recurso de uma decisão da Suprema Corte. Ela fala por último”.¹²⁰ Durante grande parte da infância, a ideia de ser último em alguma circunstância provavelmente será vista como algo negativo: na escola, quem entrega a prova por último é considerado retardatário; na brincadeira, quem chega por último na

¹²⁰ Tradução livre. No original: “There is no appeal from a Supreme Court decision. It speaks last”. TRACHTMAN, Michael G. **The Supremes’ greatest hits: the 37 Supreme Court cases that most directly affect your life**. Revised & updated edition. New York: Sterling Publishing Co. Inc., 2009. p. 4.

corrida é a *mulher do padre*; no futebol, quando se é o último a ser escolhido para fazer parte do time significa falta de habilidade, isto é, que o jogador é dispensável. Quantos traumas. Com o passar do tempo, parece que há uma transformação nessa lógica: na faculdade ou durante um concurso, entregar as respostas por último pode revelar dedicação, concentração e/ou comprometimento na realização de uma etapa; na advocacia, protocolar uma peça no último minuto do prazo às vezes é estratégia de inteligência. Só lançando mão de exemplos cotidianos, já se pode notar como *ser último* é uma experiência que aponta para uma multiplicidade de bem e mal estares. O direito possui maneiras singulares de lidar com isso, especialmente quando se está tratando de uma tema específico, como supremacia judicial.

A primeira frase, aquela que vem entre aspas, representa a síntese de um pensamento bastante conhecido que circula na teoria do direito norte-americana e, por influência, na brasileira. Aliás, é provável que, contemporaneamente, esteja mais presente aqui do que lá. É, portanto, excelente para começar o texto, pois produz ecos imponentes para a comunidade jurídica, resolvendo, já de início, muitas coisas. Entretanto, também é uma declaração suficientemente impactante para, em direção oposta ao que aparenta definir, levantar uma série de indagações.

Começando pelo inquestionável: a. parece claro que o posicionamento indica que a Suprema Corte assume o papel de último protagonista no interior do sistema de controle de constitucionalidade, no qual não há mecanismo formal (como manifestado ali, recurso) para modificar seu posicionamento; b. não há dúvidas também de que é à Suprema Corte (e não a outros órgãos do sistema de justiça; não ao judiciário como um todo, por exemplo) que se atribui o poder de última palavra; e c. embora não esteja escrito ali – e, por isso, alguém possa levantar a acusação de não ser tão evidente assim –, mas está implícita à ideia de última palavra a de autoridade interpretativa – “a autoridade de decidir [...] o que importante leis realmente significam quando aplicadas a situações da vida real”¹²¹,

¹²¹ Tradução livre. No original: “[...] authority to decide [...] what important laws really mean when applied to the real life situations”. TRACHTMAN, Michael G. **The Supremes’ greatest hits: the 37 Supreme Court cases that most directly affect your life**. Revised & updated edition. New York: Sterling Publishing Co. Inc., 2009. p. 1.

que talvez seja o ponto de maior ancoragem da supremacia judicial no contexto brasileiro, sendo, aliás, completamente radicalizado. Pronto, já é possível identificar um mapa; falta apenas ajustar a bússola. Vai começar a navegação.

“Navigare necesse; vivere non necesse” – dizem por aí que foi o general romano Pompeu (106-48 antes de Cristo) quem primeiro pronunciou essa frase, quando estava enfrentando, junto com sua tripulação, uma grande tempestade no mar. Ao que parece, foi um modo de incentivar os marinheiros temerosos a continuar sua viagem, seguir adiante. Mas não é assim que ficou conhecida essa passagem – foi pela poesia de Fernando Pessoa, que diz “Navegar é preciso; viver não é preciso”. Sim, é a mesma coisa que logo acima foi transcrito em latim, entretanto, traduzindo-se para a língua portuguesa, possibilita-se outros tipos de reflexões.

Pessoa poderia ter usado outra palavra, que não remetesse o leitor ao adjetivo que denota precisão. Mas escolheu a palavra “preciso”, que indica necessidade, mas também definição/rigor. Há quem leia essa frase com o gosto poético de contrapor o percurso bem orientado (preciso) da navegação com as contingências da aventura existencial. Contudo, o poeta português resolve esse dilema com seus próprios versos, em complemento: “Viver não é necessário, o que é necessário é criar”, pegando o espírito do que disse Pompeu para adaptar ao seu propósito de vida: torná-la grande, “contribuir para a evolução da humanidade”. O que isso tem a ver com supremacia judicial? Nos contornos que assume esse subcapítulo, navegar é preciso, como já foi dito, construindo mapas (mentais) e fazendo uso de bússolas (conceituais) – mas sem tanta exatidão.

Aproveitando da metáfora da navegação, mas também a partir do que já foi ventilado antes mesmo de trazer as contribuições de Fernando Pessoa para o texto, inserir uma âncora agora no cenário parece ser uma aposta mais do que apropriada, afinal, este objeto caracteriza-se por garantir que o navio se firme por determinado tempo no ponto desejado. Desse modo, é possível pensar a ideia de autoridade interpretativa como a grande âncora que fixa as cortes/tribunais constitucionais na posição tão aspirada de supremacia judicial. Mas de onde se retira o peso, a força que consegue prender tão bem a embarcação judicial neste espaço teórico onde se cria a imagem de poder supremo? Da constituição e da

preocupação com sua concretização, o que pode ser resumido nos seguintes pensamentos: “a Suprema Corte empodera a constituição”; ela é “a intérprete máxima e protetora dos direitos mais fundamentais”.¹²²

A Suprema Corte possui supremacia porque ela tem autoridade para dizer o que diz a constituição. O argumento não pode ser simplificado tanto assim, especialmente porque os Estados Unidos são bons em produzir teoria do direito (constitucional), ainda mais quando o assunto é judiciário, ou melhor, atuação da Suprema Corte, uma vez que o debate vem se refinando desde 1803 (data do surgimento do *judicial review*), então, há uma longa trajetória nesse sentido. Aliás, como já foi observado lá no primeiro capítulo, percebe-se o quanto a ratificação da constituição e o modo de concebê-la foi determinante para a criação da Cortes. Agora, pode ser agregado ainda mais um elemento de sua importância – a responsabilidade por dar continuidade, ao longo dos tempos, à vida do texto constitucional.

Percebe-se, assim, que a ideia de supremacia judicial (sempre associada na tradição estadunidense à atuação da Suprema Corte, não ao judiciário como um todo) está voltada às discussões sobre como compreender a aplicação do texto constitucional, correspondendo, portanto, a uma dimensão interpretativa do fenômeno jurídico. Isso fica mais evidente nos Estados Unidos quando observada a estrutura redacional de sua constituição: por ser sintética, definitiva sobre alguns assuntos, mas indeterminada no que diz respeito à problematização de muitos outros, cria as condições para o surgimento do debate que se desenvolve em nível hermenêutico. Aliás, como já apresentado nesta tese, a definição do conteúdo que estaria presente em sua elaboração e, principalmente, a decisão sobre aquilo que não faria parte, estavam condicionadas às intempéries políticas para sua ratificação. Assim, estrategicamente, para acomodar interesses, a Suprema Corte foi projetada como a instituição responsável por dar solução a conflitos e unidade a temas controversos, o que, à época, não seria possível resolver por meio da constituinte (formada por forças políticas em choque), tornando suas decisões

¹²² Tradução livre. No original: “Supreme Court empowers the Constitution”; “[...] ultimate interpreter and protector of our most fundamental rights – the rights set forth in the constitution”. TRACHTMAN, Michael G. **The Supremes’ greatest hits: the 37 Supreme Court cases that most directly affect your life.** Revised & updated edition. New York: Sterling Publishing Co. Inc., 2009. p. 2.

ainda mais impactantes para a sociedade americana, porque carregam, desde a origem sobre como foi pensado o papel da Corte, um componente resolutivo, isto é, de palavra final.

Como decorrência disso, o direito constitucional norte-americano produziu diversas correntes de pensamento movidas por um objetivo comum, responder à seguinte pergunta: como deve ser compreendida a atuação da Suprema Corte na interpretação jurídica (ou da constituição)? Por outro lado, ao fazer essa indagação, no movimento de esboçar possíveis respostas, como desdobramento, poderiam surgir preocupações de outra ordem, como, por exemplo, saber se a Corte pode ser considerada fonte exclusiva de direito (ou, então, perguntar se é disso que decorre sua autoridade, mas este ponto pode parecer meio óbvio em face a tudo que já foi escrito desde o começo do subcapítulo). A inquietação em torno do assunto – que relaciona fontes do direito e órgão judicial – pode até parecer não tão relevante nos Estados Unidos, em razão da tradição jurídica a qual pertencem (*common law*), que justamente aponta para a construção do direito via decisão judicial; contudo, apesar disso, o papel da Suprema Corte gerou muita polêmica ao longo dos anos, sendo possível perceber que a grande questão sempre esteve às voltas do diálogo entre direito e política, isto é, sobre a dimensão política que pode ser atribuída às interpretações da Suprema Corte, analisada em seu vínculo ao texto constitucional.

Nesse sentido, *autoridade interpretativa* é uma expressão que aqui possibilita a abertura de um espaço interessante para discussão, que pode ser inaugurado pela seguinte pergunta: o que significa ter *autoridade*? Com pretensões mais amplas, direcionadas aos fundamentos do direito ou do sistema jurídico, esta problematização já esteve presente nos principais debates sobre teoria do direito, incluindo-se Hans Kelsen, Herbert Hart, John Rawls, Andrei Marmor e muitos outros no diálogo sobre esse tema. Talvez o modo como é conduzida a problematização por esses teóricos possa, de algum modo, ser relacionado com o objeto da tese, mas essa não é a proposta. É possível, ainda, que existam outros meios, ainda não descobertos, de tratar do assunto, mas a ideia que surgiu para este momento está vinculada ao que se extrai do olhar atento para a própria palavra. *Autoridade* pode remeter à *autoria*. E o que é necessário para ser um

autor? Imprimir certa marca pessoal na condução de algo em determinado tempo (*autor-idade*). Autoria remete à criação – se alguém age por repetição de um modelo, através de um padrão, não possui autoria. Indo mais longe ainda, lembrando de Raoul Van Caenegem, o autor “tem rosto” (isso, o conteúdo que vem protegido por aspas, já apareceu em outro momento).

Esse aspecto ganha ainda mais relevância quando a *autoridade* é qualificada pela dimensão interpretativa. Quem é o autor do fenômeno jurídico? Das variadas tentativas de apresentar posicionamentos sobre o tema, nasceram expressões como “constituição viva”, “originalismo”, “intepretacionismo/não interpretacionismo”, “constituição invisível”, “leitura moral da constituição”, dentre outras, como elementos de propostas teóricas que estabelecem critérios para compreender o modo como a Corte deve se posicionar na interpretação do texto constitucional. Afirmar se a Suprema Corte deve pautar suas decisões pela intenção original dos constituintes ou se sua tarefa é proporcionar uma constante atualização de seu conteúdo para mantê-la viva a partir de valores contemporâneos são dúvidas que refletem discutir sobre sua responsabilidade (ou sobre sua autoria), sobre o que se espera sobre sua intervenção. Nesse ponto, fica bem claro como a perspectiva teórica também contribui para o desenvolvimento da supremacia judicial. Um pouco de história ajuda a entender melhor o que foi afirmado.

É possível dizer que a postura chamada de “departamentalista” (*departmentalist*) foi a primeira alternativa para enfrentar a questão da supremacia judicial nos Estados Unidos. Baseada na “ideia jeffersoniana de que cada braço do governo tem uma igual autoridade e responsabilidade para interpretar a Constituição no desenvolvimento de seus próprios deveres”¹²³, considerava, portanto, que a Suprema Corte não possuía nenhuma autoridade especial para dizer o significado da constituição. A tese “departamentalista”, então, ia de encontro à supremacia judicial, compreendida como a autoridade soberana que possui a mais alta corte do país em dizer (ou determinar) o que a constituição

¹²³ Tradução livre. No original: “[...] the Jeffersonian idea that each branch of government has an equal authority and responsibility to interpret the Constitution when performing its own duties”. WHITTINGTON, Keith E. **Political foundations of judicial supremacy**: the president, the Supreme Court, and constitutional leadership in U. S. history. Princeton: Princeton University Press, 2007. Lido em sua Kindle Edition, posição 50.

significa, a partir da proposta de responsabilidade compartilhada, isto é, do dever de respeito à constituição que todos possuem.

Esse tipo de posicionamento prevaleceu por muito tempo no pensamento constitucional americano. Todavia, o modo de compreender a articulação entre os poderes passou por uma sensível transformação, sendo que, aos poucos, o argumento de supremacia judicial em favor da Suprema Corte foi ganhando tamanha força até ser compreendido como essencial para o desenvolvimento do constitucionalismo norte-americano.¹²⁴ Em outras palavras: avanços constitucionais e supremacia judicial começam a ser pensados conectadamente. Dentre vários fatores que podem ter provocado essa alteração, talvez o movimento teórico chamado realismo jurídico (*legal realism*) seja uma das molas propulsoras, afinal, não se pode esquecer que, com origem nos Estados Unidos no final do século XIX, consolidando-se no início do século XX, é a partir dele que nasce a afirmação de que a Suprema Corte possui a última palavra. Neste momento, é relevante que outro cenário seja montado – aquele que conta a história e os pressupostos que envolvem essa matriz de pensamento da supremacia judicial nos Estados Unidos. Mais adiante se entenderá o por quê.

O realismo jurídico ficou conhecido por apresentar uma forte contraposição às teorias clássicas existentes, que defendiam uma total independência das instituições jurídicas e de seu funcionamento da política. Mais uma vez aqui, fica claro como um dos modos de abrir discussão sobre hermenêutica jurídica nos Estados Unidos dialoga com a relação direito e política. Assim, esta escola de pensamento surgiu na tradição estadunidense em contraposição ao que Morton J. Horwitz vai chamar de pensamento jurídico clássico (*classical legal thought*), que, além de se basear na afirmação de que a liberdade só poderia ser alcançada a partir da existência de instituições políticas e econômicas descentralizadas, caracterizou-se por um posicionamento acadêmico que não apenas se manifestava em defesa de um “governo das leis, não dos homens”, isto é, do desenvolvimento do *rule of law* – compreendido, nas palavras de Brunella Casalini,

¹²⁴ “At least in the Unites States, judicial supremacy is often regarded as essential to constitutionalism”. A autora fala que este é, por exemplo, o posicionamento de Daniel Webster, que era controverso no século XIX, mas atualmente não é. WHITTINGTON, Keith E. **Political foundations of judicial supremacy**: the president, the Supreme Court, and constitutional leadership in U. S. history. Princeton: Princeton University Press, 2007. Lido em sua Kindle Edition, posição 101.

à distinção do *rule of people*¹²⁵ –, mas de uma potencialização desses pressupostos. Como consequência, na análise da atuação do poder judiciário, isso repercutiu na defesa de uma postura neutra das autoridades judiciais – de imparcialidade no descobrimento da lei e de mera declaração de leis pré-existentes.¹²⁶

A Primeira Guerra Mundial produziu um cenário um tanto contraditório nos Estados Unidos. Por mais que a Suprema Corte tivesse posturas de intromissão na política dos estados (autorizando-os e desautorizando-os), mantinha um papel muito conservador, que entrava em conflito com as medidas governamentais do período (*New Deal*). Melhor exemplo disso foi o julgamento do caso *Lochner versus New York* (em 1905), no qual um padeiro (*Lochner*) reclamou judicialmente a limitação da carga horária de trabalho fixada por lei pelo Estado de Nova Iorque (dez horas diárias e sessenta horas semanais). Como resultado, ficou decidido que a lei em discussão violava a liberdade contratual, o que significava que nem o Estado de Nova Iorque estaria autorizado a fixar as horas máximas da jornada de trabalho, tampouco a Corte poderia tomar certas decisões com o fito de regular políticas de bem-estar.¹²⁷ Esse caso foi emblemático e, como já visto, foi revertido anos depois, através de uma estratégia criada por Roosevelt para forçar a Corte a assumir uma postura aliada ao seu governo.

A ruptura com esse imaginário ocorre através do que ficou conhecido como pensamento jurídico progressista (*progressive legal thought*). O realismo jurídico, que, por sua vez, estava inserido dentro dessa nova corrente, procurou refutar a tese até então predominante de que o direito seria uma ciência que pudesse ser separada da política e de que o raciocínio jurídico pudesse ser distinguido do raciocínio moral ou político. Na verdade, segundo J. Horwitz, este novo modo de compreender o direito enfrentou a noção preexistente de autonomia do direito –

¹²⁵ CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria e crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 266.

¹²⁶ J. HORWITZ, Morton. **The transformation of american law (1870-1960)**z the crisis of legal orthodoxy. Kindle Edition. New York: Oxford University Press, 1992. Lido em sua Kindle Edition.

¹²⁷ TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. 3th Edition. New York: Foundation Press, 2000, v. 1. p. 13.

concebida como neutralidade –, bem como objetivou recuperar o elo (perdido) entre direito e sociedade.¹²⁸

As posturas realistas ganharam grande reconhecimento e aceitação por, ao apresentarem contraposições ao pensamento clássico, enfrentarem “uma ampla e interligada estrutura de pensamento, um complexo sistema de categorização e classificação que poderia ser considerado como uma forma de arquitetura jurídica”.¹²⁹ Contudo, seu objetivo era justamente denunciar o fato de que, embora o *pensamento jurídico clássico* afirmasse a existência de um direito neutro e autônomo, este posicionamento, por si só, já não era uma postura neutra, tampouco necessária, mas se tratava de um sistema de pensamento criado historicamente e contingencialmente.¹³⁰ Em outras palavras, isso significa a percepção de que afirmar a autonomia e a neutralidade do direito representou, também no período clássico, uma tomada de posição perante à análise do discurso jurídico, tomada de posição esta que pode ser, inclusive, ideologicamente motivada.

Neste contexto ruptural, Oliver Wendell Holmes é considerado um precursor do realismo jurídico. Seu pensamento foi influente por décadas. Por frases como: a) “A vida do direito não tem sido lógica, mas a experiência”, na obra *The Common Law* (de 1881)¹³¹; b) “As profecias o que as cortes farão de fato, e nada mais pretensioso, é o que eu entendo por direito”, no texto *The Path of the Law* (de 1897)¹³²; e c) “proposições gerais não decidem casos concretos”¹³³, dito justamente no julgamento do caso *Lochner versus Nova Iorque* (em 1905), Holmes ficou conhecido como o autor que deu início à doutrina realista (norte-americana),

¹²⁸ J. HORWITZ, Morton. **The transformation of american law (1870-1960)**z the crisis of legal orthodoxy. Kindle Edition. New York: Oxford University Press, 1992. Lido em sua Kindle Edition, posição 96.

¹²⁹ Tradução livre. No original: “[...] a broad interlocking structure of thought, a complex system of categorization and classification that could be thought of as a form of legal architecture”. J. HORWITZ, Morton. **The transformation of american law (1870-1960)**, op. cit., p. 101.

¹³⁰ Ibid., p. 96-97.

¹³¹ Tradução livre. No original: “The life of the law has not been logic: it has been experience”. HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. Kansas: Digireads.com, 2005. p. 3.

¹³² Tradução livre. No original: “The prophecies of the what courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law”. HOLMES JR., Oliver Wendell. *The path of the law*. In: BURTON, Steven J. (Editor). **The Path of the Law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes Jr**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 336.

¹³³ Tradução livre. Frase dita por Oliver W. Holmes, no julgamento do caso *Lochner vs. New York*, de 1905, assim referenciado pela doutrina norte-americana: *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45, 96 (1905). No original: “general propositions do not decide concrete cases”.

que progrediu na esteira do que foi afirmado acima sobre a existência de um posicionamento progressista até se chegar à consolidação do que ficou conhecido como realismo jurídico no âmbito da teoria do direito. Ocorre que, ao transportar tais posicionamentos para o contexto brasileiro, como ilustrado nos exemplos que abrem a o subcapítulo que trata da supremacia judicial no Brasil (2.3), caracteriza-se a seguinte situação: por um lado, raras são as vezes quando é mencionada a origem desta tão conhecida frase (“o direito é aquilo que os tribunais dizem que é”), isto é, em pouquíssimas ocasiões é feito referência a Oliver W. Holmes e ao realismo – numa espécie de ampla negativa de alinhamento ou comprometimento teórico (em outras palavras, quer-se a ideia, mas não se admitir adepto do movimento teórico); por outro, não há um esforço no sentido de se compreender o contexto histórico que fez surgir a postura teórica deste autor norte-americano, deixando de analisar também os elementos que são próprios da tradição na qual se insere a matriz de pensamento.

Este último ponto referido merece uma especial atenção. Isso porque, quando Holmes escreveu suas obras, o debate jurídico estadunidense centrava-se fundamentalmente em torno do movimento codificador. De fato, no século XIX, especialmente a partir de 1820, eclodiu nos Estados Unidos uma forte tendência à codificação, marcada, por exemplo: a) em Nova Iorque, pela adoção do *Field Code of Civil Procedure* (em 1848), pela preparação, entre 1857 e 1865, e posterior promulgação do *Penal Code* (em 1881) e pela elaboração de um *Civil Code* e, inclusive, de um *Political Code*, que nunca passou; b) pelo surgimento do *Civil Practice Act*, na Califórnia (em 1851); e c) pela criação de *Civil Codes* na Califórnia (1872), em Dakota (em 1866) e na Georgia (1860).

Tudo isso repercutiu num embate entre a codificação e o sistema da *common law*, abrindo-se espaço para a retomada de uma ampla discussão sobre os poderes dos juízes, que, na verdade, desde a revolução já existia. Assim, com receio de que este enfrentamento viesse a colocar em risco a tradição anglo-saxã, para conciliar a existência dos códigos com a tradição jurídica norte-americana, os defensores ortodoxos da *common law* caracterizavam a função judicial como um

ato meramente declaratório.¹³⁴ Neste período, portanto, para afirmar os pressupostos do *common law* em face de uma tendência codificadora, era preciso demonstrar, mesmo com posicionamentos extremos, que os juízes não legislavam e que o raciocínio da *common law* era diferente do raciocínio político, o que, em outras palavras, significou assentar o “caráter objetivo, apolítico e científico da adjudicação do direito comum”.

Assim, o contexto de escrita da primeira obra de Holmes (*The Common Law*, em 1881), era marcado, pelos motivos já explicitados acima, por uma forte tendência conceitualista, isto é, pelo esforço de juristas e juízes de construir conceitos dos quais seriam deduzidas logicamente as regras jurídicas e a doutrina. Neste sentido, o que Holmes pretendia enfrentar, em um primeiro momento, era justamente este conceitualismo, tanto é que, em um texto intermediário (entre *The Common Law* e *The Path of the Law*), chega a afirmar que o processo silogístico de interpretação deveria ser substituído por uma “ponderação” (*balancing*), na qual as decisões se dariam por meio de uma distinção de graus. Segundo afirma Horwitz, é através deste ideia de “ponderação” que ocorre a derrocada o sistema de formalismo jurídico do século XIX.¹³⁵

Na verdade, com *The Path of the Law* (1897), obra da qual se origina a tão divulgada frase “o direito é aquilo que os tribunais dizem que é”, Holmes pretende romper com a compreensão de que a *common law* seria “um repositório de determinadas soluções para questões jurídicas específicas”. Para alcançar tal intento, a estratégia adotada pelo autor é a de assumir o fracasso da tentativa de distinguir o direito da política. Neste sentido, objetivando romper com toda esta estrutura de pensamento que ainda se mantinha atrelada a um certo formalismo, especialmente decorrente das influências do positivismo jurídico continental, “[...] A principal mensagem do “The path of the Law” é que não existe fundamento racional na decisão sobre qual é, dentre duas doutrinas legais contraditórias, a correta”.¹³⁶

¹³⁴ J. HORWITZ, Morton. **The transformation of american law (1870-1960)**z the crisis of legal orthodoxy. Kindle Edition. New York: Oxford University Press, 1992. Lido em sua Kindle Edition, posição 1776.

¹³⁵ Ibid., posição 2112.

¹³⁶ Tradução livre. No original: “[...] the main message of “The Path of the Law” is that theres no basis in reason for deciding which of two contradictory legal doctrines is correct”. J. HORWITZ, Morton.

Tudo o que foi mencionado acima revela que o posicionamento de Justice Holmes, que pioneiramente fomentou o surgimento do realismo jurídico nos Estados Unidos, foi no sentido de promover uma profunda rejeição ao que vinha sendo construído para a *common law* no contexto da necessidade de compreender o papel dos juízes em face do projeto codificador que cada vez mais se fortalecia. Ou seja, se, predominantemente, a resposta que a teoria do direito norte-americana formulou à pergunta sobre qual o poder dos juízes perante o surgimento dos códigos em uma tradição jurídica assentada no precedente judicial foi o conceitualismo e a função declaratória de direitos a partir de um processo silogístico, Holmes opõe-se radicalmente a isso. Por este motivo, declara, em seu livro, que “as profecias do que as cortes farão é o que entendo por direito” (tradução livre da já referenciada frase em sua versão original).

“Holmes, profeta de outro tempo, do futuro – todo profeta o é – anunciou em uma manhã que o porvir se cumpriu no Brasil. [...] A senda do Direito de Holmes desemboca no Brasil. [...] Holmes adiantou futuro”. José Calvo González fez poesia em texto publicado pelo *Consultor Jurídico*, com versos encaixados e dotados de um realismo exemplar – não o de Holmes, para que não haja confusão. Ele disse algo que muitos juristas brasileiros tendem a negar ou ignorar, talvez para não deixar nuas as mazelas que atingem o judiciário brasileiro como um todo; quem sabe para tentar disfarçar o realismo (*legal realism*, de Holmes) presente em seus posicionamentos a partir da simulação de uma postura que se pretende original, figurando quase como uma exigência das particularidades de um país ainda tão carente de concretização de direitos, que enfrenta tantos déficits sociais. Quem sabe? No espaço desta tese, por vezes, apenas se cogita; outras tantas, afirma-se, o que será feito agora: é preciso permitir que Calvo González fale ainda mais nesta tese – sim, “o Direito e sua Teoria no Brasil teve até pouco tempo um certo ar de família com o pensamento jurídico norte-americano”.

“Ar de família” – como não foi pensado em utilizar essa expressão antes, desde o começo, para tratar das influências da doutrina estadunidense no contexto brasileiro? A metáfora do autor é genial. Exatamente isso: o contexto brasileiro deu

acolhimento, embalou, ajudou a crescer e fez forte a leitura do realismo sobre o papel da Suprema Corte, colocando-a diretamente no colo do Supremo Tribunal Federal. Sobre o fato de que Holmes se insurgia contra um momento específico da tradição norte-americana, tentando transformar o saber jurídico “em algo a mais” do que o pensamento lógico-formal, poucos se aperceberam. Que o Brasil, através da adoção de propostas teóricas como as teses neoconstitucionalistas, jurisprudência dos valores, ativismo judicial, cumpriria com a profecia de Holmes, nem ele poderia imaginar. Ainda bem que existe Lenio Streck, “herege da profecia; o último dos heresiarcas, que predica o Senso Incomum desde o deserto dos tártaros brasileiros”, como lhe homenageia Calvo González.¹³⁷

Diante de tudo isso, é possível observar que a questão atinente aos poderes do Supremo Tribunal Federal no Brasil necessita de um maior aprofundamento, na medida em que posicionamentos teóricos acabam sendo transportados de um contexto jurídico para outro sem qualquer filtragem ou problematização. Por exemplo, como demonstra Juliano Zaiden Benvindo, no direito brasileiro, a ideia de que o Judiciário possui a última palavra está justificada em dois argumentos: a) no fato de ser este poder o defensor de direitos; e b) na técnica e racionalidade que possui o judiciário. Entretanto, o autor ressalta que ambos os argumentos são falaciosos, afirmando que, na verdade, a ideia de que o judiciário possui a última palavra se mantém por dois fatores: pelo desejo de mais poder do judiciário; ou por mera retórica.¹³⁸

Ainda para confirmar a hipótese teórica que associa a supremacia judicial com a crença de que a mais alta corte de um país possui a última palavra, pode ser observado o posicionamento de Roberto Gagarella. Para o jurista argentino, o problema que gira em torno da atuação do Judiciário remonta ao fato de que as Cortes possuem a palavra final, e não apenas da caracterização de uma dependência política dos julgadores (como se afirma ocorrer ou ter ocorrido na América Latina, por exemplo), embora ele considere esta questão como relevante

¹³⁷ Todas as aspas dos parágrafos foram extraídas do artigo de José Calvo González. CALVO GONZÁLEZ, José. A senda do direito de Holmes. **Consultor jurídico**, coluna Opinião. Publicada em: 12 out. 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-out-12/jose-gonzalez-senda-direito-holmes-desemboca-brasil>> Acesso em: 20 out. 2016.

¹³⁸ BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014. p. 83-84.

também. Na verdade, sua crítica vai na direção da crença de que este poder é a instituição que possui a autoridade interpretativa de dizer o que a constituição de determinado país significa. Assim, ele acaba destacando que a ausência de autoridade dos cidadãos e dos outros braços (aqueles políticos) repercute na caracterização de um super poder.¹³⁹

A expressão utilizada por Gargarella demonstra claramente a existência de uma autoridade interpretativa, que permeia tanto os Estados Unidos quanto o Brasil. Agora some a isso o caráter personalista que está presente tanto no perfil da Suprema Corte quanto no do Supremo Tribunal Federal. Qual o resultado? Neste caso, então, a supremacia judicial ganha força sob o viés do ativismo judicial, que justamente diz respeito a um problema interpretativo – quando juízos jurídicos são substituídos, por exemplo, por vontades políticas. Isso conduz ao que Conrado Hübner Mendes vai descrever como a conformação de “Cortes desgovernadas e reféns do capricho e dos cálculos pragmáticos de cada um dos ministros”.¹⁴⁰

Tudo isso – o que foi desenvolvido pela doutrina norte-americana para sua suprema corte conjugado aos reflexos experimentados pelo contexto brasileiro – permite visualizar uma via de exercício de autoridade pelo órgão judicial, a interpretativa, que repercute em supremacia judicial. Não precisava ser assim, é o que, nos Estados Unidos, dizia – e ainda diz através de seu pensamento eternizado no conjunto de sua obra – Ronald Dworkin, com sua tese da resposta correta, do dever de decidir por princípio, da responsabilidade do julgador.¹⁴¹ Mas não precisava mesmo, confirma, no Brasil, Lenio Streck, com sua leitura filosófica sobre o ato interpretativo/aplicativo do direito, que refuta relativismos e rejeita a discricionariedade, propondo uma teoria da decisão judicial.¹⁴² Contudo, o caráter

¹³⁹ GARGARELLA, Roberto. In search of a democratic justice: what courts should not do. In: GLOPPEN, Siri; _____; SAKAAR, Elin (Editors). **Democratization and the judiciary: the accountability functions of courts in new democracies**. London/Portland: Frank Cass, 2004. p. 132-143.

¹⁴⁰ NONATO, Israel. Conrado Hübner Mendes: “O STF é refém do capricho de seus ministros”. Entrevista com Conrado Hübner Mendes. **Os constitucionalistas**. 08 jun. 2016. Disponível em: < <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros> >. Acesso em: 12 set. 2016.

¹⁴¹ DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

¹⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, *passim*.

interpretativo do direito acabou, nos dois contextos, sendo o espaço para o protagonismo judicial.

Desse modo, a hipótese teórica que está sendo apresentada agora elenca a concepção de que o Supremo Tribunal Federal tem a última palavra (a responsabilidade de dar conteúdo ao direito – *o direito é aquilo que o STF diz que é*) como um dos elementos do discurso de supremacia judicial que prospera no Brasil de forma naturalizada, elevando-o ao papel de *o intérprete autorizado*. Na frase acima, a inserção do artigo masculino definido *o* é fundamental, porque indica a ideia de exclusividade. Em outras palavras, um dos modos de sustentar a supremacia do STF é acreditando que ele é a única fonte de construção para o sentido do direito (minimizando o papel de outros atores sociais, como, por exemplo, das instâncias políticas, e dos juristas).

Os argumentos do discurso de supremacia judicial parecem todos muito encaixados, não? Agora ao final, quase dá para se convencer de tudo isso. Mas o que foi dito lá no começo, no segundo parágrafo que elogiava a escolha da frase de abertura deste subcapítulo? Abrindo aspas para si mesmo: *uma declaração suficientemente impactante para, em direção oposta ao que aparenta definir, levantar uma série de indagações*. Pedindo licença a Hegel, cuja dialética é composta pela sequência de três momentos – tese, antítese e síntese –, neste grande universo chamado de requisito parcial para conclusão do curso de doutorado em direito público, é por antíteses que se consegue chegar à tese, ou melhor, pelo menos, a esta tese.

No interior de sistemas de controle de constitucionalidade nos quais as supremas cortes/supremos tribunais (a norte-americana ou a brasileira) sejam as derradeiras instâncias de apelo, parece claro, então, que, para julgamentos, casos e momentos específicos, estes órgãos tenham a última palavra interpretativa, produzindo efeitos imutáveis sob determinadas condições (independente do conteúdo de sua decisão). Mas, por outro lado, também há pontos ainda muito obscuros: é possível considerar, por decorrência disso, que, em democracias constitucionais, as decisões das supremas cortes sejam *finais*, especialmente quando se está tratando de controvérsias de interesse político/público (questões sensíveis à sociedade)? Seria correto afirmar que apenas as supremas cortes

possuem autoridade interpretativa sobre o direito? E o sistema de justiça como um todo, fica fora disso? A teoria do direito (a doutrina) é responsável pelo quê, afinal? Qual o papel dos juristas e das faculdades de ensino jurídico? Quem cria direito em países democráticos? As instâncias majoritárias (os poderes eleitos) têm alguma importância nesse contexto de perguntas?

São muitas as perguntas. E elas foram pensadas para desconstruir a hipótese teórica de que o Supremo Tribunal Federal possui o monopólio de construção do sentido do direito, extraído da constituição sua supremacia. Ou seja, são questionamentos que vêm para desestabilizar certezas. Uma tese contra si mesma? Mais ou menos isso; o próximo capítulo talvez resolva se é mais ou se é menos – agora só basta saber que eles se contrapõem. Mas é possível antecipar um pouco: tudo o que foi escrito e lido sobre supremacia judicial neste subcapítulo é verdadeiro e está fundamentado, seja no Brasil ou nos Estados Unidos, em posicionamentos doutrinários (no contexto brasileiro, especialmente a partir das próprias declarações dos ministros do STF).

Só que não é bem assim – não é o constitucionalismo ou a constituição que fazem do STF um tribunal com supremacia (e este é o argumento principal da tese). Agir *em supremacia* não é sinônimo de decidir por último, até porque, se sua decisão estiver adequada aos parâmetros de constitucionalidade, será apenas exercício de jurisdição constitucional, não um ato de supremacia. Portanto, nesta leitura que se direciona à dimensão interpretativa, é possível dizer que o Tribunal *se investe em supremacia* quando, ciente de que sua decisão será cumprida independente de seu conteúdo (porque não existe instância de revisão de seus atos), não se responsabiliza constitucionalmente pela fundamentação (ainda que muitas vezes tente traduzir critérios não jurídicos para uma linguagem constitucional).

Saber que ele possui autoridade interpretativa sobre o texto constitucional não implica que ele seja *o intérprete autorizado da cultura constitucional*, na medida em que este papel desconsidera a contribuição dos demais atores sociais para a construção do sentido do direito, especialmente no que diz respeito ao desenvolvimento de uma teoria do direito constitucional. Em outras palavras, a supremacia judicial em sua perspectiva de autoridade interpretativa pode servir a

um cômodo e comovente discurso para a legitimação de excessos (discricionariedade), o que, agregado a outras dimensões de supremacia (que serão abordadas na sequência), é ainda mais problemático. É como se fosse possível, diante dos dilemas contemporâneos, resgatar a proposta de Holmes (isto é, do realismo jurídico). Assim, como consequência, a autoridade interpretativa passa a ser compreendida a partir daquilo que foi denunciado por André Karam Trindade: “[...] a realidade jurídica funda-se na conduta efetiva dos magistrados”.¹⁴³

A conclusão é ousada, verdade. Mas assim também devem ser teses. Christopher Wolfe ajuda muito neste momento, quando diz que o debate sobre supremacia judicial não está apenas relacionado com a dúvida sobre se a Suprema Corte deve fazer uso de sua autoridade ou se ela o fez para o bem ou para o mal. Esse tipo de problematização, é claro, também faz parte. Mas o ponto central é olhar criticamente para a afirmação de que essa autoridade final se constrói à luz da constituição, porque, quando se pensa que o STF possui supremacia judicial simplesmente porque decide por último – e, portanto, porque seu julgamento produzirá efeitos independente de seu conteúdo –, está sendo ignorado o fato de que agir em excesso, por discricionariedade, não significa se banhar dessa iluminação que emana do texto constitucional, mas construir posicionamentos judiciais pautados por obscuridades interpretativas, o que de nenhum modo se relaciona com os objetivos de um estado democrático.

Além disso, assim como nos Estados Unidos, o texto constitucional brasileiro também abriu a possibilidade para que o legislativo e o executivo participem desse diálogo constitucional – as portas não podem e não estão fechadas para eles. Não há uma relação de dependência natural do judiciário para a definição das controvérsias sociais. A menos que ela seja construída. A menos que seja interessante deixar para a Corte decidir sobre certos assuntos polêmicos, o que talvez, de fato, aconteça. A não ser que haja algum interesse nisso. Assim, se Wolfe conclui seu raciocínio dizendo que, para um governo que se pretende republicano, a questão central é saber como efetivamente limitar o poder judiciário

¹⁴³ TRINDADE, André Karam. Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 7, n. 3, p. 243-252, set.-dez. 2015. p. 249.

– do que não se pode discordar (especialmente no Brasil, quando a atuação do STF é visualizada através dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, movimentos de expansão de suas atribuições) –, é possível somar a isso a necessidade de exigir vida às instâncias majoritárias, para que saiam da passividade e tomem o assento que deveriam ocupar em democracias constitucionais.¹⁴⁴

Para finalizar, a metáfora da navegação é mesmo inspiradora. As tormentas enfrentadas nesse percurso oceânico sobre um dos aportes que, como proposta de tese, possibilitam o surgimento da supremacia judicial no Brasil como um discurso naturalizado podem causar náuseas para o pensamento que se direciona ao papel do Supremo Tribunal Federal como ponto de equilíbrio institucional na democracia, como bem nos lembra Rafael Tomaz de Oliveira.¹⁴⁵ Mas a cada ponto de interrogação colocado acima e em cima do papel do Supremo Tribunal Federal como o *intérprete autorizado* fazia crescer a sensação de que algo já ficava para trás, proporcionando o nascimento do desconfortante abandono como esperança, ainda que não seja o tempo de registrar as tentativas de responder a tantas indagações.

Uma nova rota se projeta, e isso faz lembrar da poesia de Antonio Machado, que um dia Lenio Streck trouxe para a sala de aula e apresentou aos seus alunos, como modo de reflexão. Nada poderia ser tão apropriado para o momento, um poético meio para finalizar: “Caminhante, o caminho são tuas pegadas e nada mais; Caminhante, não há caminho, o caminho se faz ao andar. Ao andar se faz o caminho, e, ao olhar para trás, se vê a senda onde nunca se voltará a pisar. Caminhante, não há caminho, apenas rastros no mar”.¹⁴⁶

¹⁴⁴ WOLFE, Christopher. Introduction. In: _____ (Editor). **That eminent tribunal**: judicial supremacy and the constitution. New Jersey: Princeton University Press, 2004. Lido em sua Kindle Edition, posição 91.

¹⁴⁵ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Judiciário deve ser ponto de equilíbrio, não instigador da ira na política. **Consultor jurídico**, Coluna Diário de Classe. Publicada em: 19 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-19/diario-classe-judiciario-ponto-equilibrio-nao-instigador-ira>> Acesso em: 14 jun. 2016.

¹⁴⁶ Tradução livre do poema de Antonio Machado. No original: “Caminante, son tus huellas el camino y nada más; Caminante, no hay camino, se hace camino al andar. Al andar se hace el camino, y al volver la vista atrás se ve la senda que nunca se ha de volver a pisar. Caminante no hay camino sino estelas en la mar”.

3.2 ATO II – JUDICIÁRIO E PODERES ELEITOS: O STF COMO O GOVERNANTE BEM INTENCIONADO

Delfos é uma cidade da Grécia. Na mitologia grega, era considerada o centro do universo, o “umbigo do mundo”. Lá também foi construído um templo, em homenagem a Apolo, deus-sol, deus da arte de atirar com o arco, da música e da profecia. E este templo foi transformado em oráculo, através do qual Apolo poderia, em previsão, responder a quem o consultasse. Sem muitos detalhes, resumidamente, é assim que pode ser contada a história do oráculo de Delfos. Mas este não é o único oráculo que os gregos criaram; a literatura sobre o tema indica a existência de muitos mais. Tampouco Apolo foi sua influência profética exclusiva – antes disso, Têmis, deusa da justiça, também respondia pelo templo em Delfos.¹⁴⁷ Mas qual a importância disso?

Oráculo é uma ideia provocativa e inspiradora para este tema. Afinal, é o lugar onde as pessoas poderiam consultar as divindades sobre o futuro. É, aliás, a metáfora que José Reinaldo de Lima Lopes utiliza para tratar do papel do Conselho de Estado durante o Império, quando este órgão era o responsável para dar solução às controvérsias jurídicas (como já referido, embora o Supremo Tribunal de Justiça já tivesse sido criado pela constituição de 1824, sua atuação era instrumentalizada pela política do poder moderador, o que colocava em ênfase as atribuições do Conselho).¹⁴⁸ Também é como Rui Barbosa se refere à justiça americana: como o “oráculo da validade das leis”.¹⁴⁹ Mas, mais interessante ainda para este momento: é também a expressão utilizada por Christopher Wolfe para fazer referência à projeção que alcançou a Suprema Corte nos Estados Unidos: “oráculo constitucional”; e isso foi extraído de uma obra coletiva destinada justamente a criar um espaço de debate sobre supremacia judicial.¹⁵⁰

¹⁴⁷ BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia**: história de deuses e heróis – a idade da fábula. Tradução de David Jardim Júnior. 26. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 348.

¹⁴⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O oráculo de Delfos**: o Conselho de Estado no Brasil-império. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁴⁹ LIMA, Danilo Pereira. **Constituição e poder**: limites da política no estado de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 122.

¹⁵⁰ WOLFE, Christopher. Introduction. In: _____ (Editor). **That eminent tribunal**: judicial supremacy and the constitution. New Jersey: Princeton University Press, 2004. Lido em sua Kindle Edition, posição, 923.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro poderia ser considerado um oráculo? A metáfora seria perfeita, mas a tendência é que se responda *sim* e *não* simultaneamente. Ou seja, há duas leituras que podem ser desenvolvidas a partir desta associação. Então, primeiro: por um lado, sim, é possível pensar o STF neste papel, na medida em que o imaginário jurídico brasileiro cria uma *aura imaculada* em torno da sabedoria de seus ministros, quase equiparando-os a divindades. Seus conselhos, na modalidade pronunciamentos judiciais, devem ser seguidos porque foram proferidos pela instituição que possui mais autoridade no e para o cenário social, criando, assim, certa dependência (claro que também é possível dizer que seus provimentos são cumpridos porque geram efeitos específicos no manuseio técnico do controle de constitucionalidade, mas, neste caso, não se estaria diante de supremacia judicial, mas, sim, das consequências de suas atribuições constitucionais). Pensando bem, por exercer um controle de constitucionalidade de modo principal, abstrato e com caráter de centralização, a tendência seria que o Tribunal Constitucional Federal alemão pudesse acabar se tornando a melhor representação, o exemplo mais fiel de oráculo. Mas não, parece que não foi assim, e, então, é melhor não criar hipóteses teóricas (vazias) para isso.

Por outro lado, pensar o STF como o grande oráculo poderia ser pouco, uma visão reducionista do que vem ocorrendo no Brasil. Este Tribunal é considerado muito mais do que um órgão consultivo. Em situações específicas, o STF extrapola os limites de tão somente *fazer profecias* sobre o fenômeno jurídico. Sabe quando isso pode acontecer? Quando ele faz judicialização da política – quando determina aos demais poderes certas ações típicas da esfera política, como, por exemplo, a realização/implementação de políticas públicas. A decisão que introduziu a tese do estado de coisas inconstitucionais ao contexto jurídico brasileiro, em que pese ainda não seja resolutiva de mérito, pode ser exemplo disso. Ou seja, nestas situações, sua atuação vai além da apresentação de uma *orientação (constitucional)* sobre determinado tema; trata-se de uma intervenção mais concreta e específica, por assim dizer.

Qual o problema de considerar o Supremo Tribunal Federal um oráculo? Se isso estiver relacionado à sua autoridade interpretativa, que é a hipótese teórica

do primeiro item deste capítulo (3.1), a crítica seria desenvolvida em termos de fundamentação. Afinal, como o oráculo constrói sua profecia? Por intuição ou por adivinhação, isto é, sem que sejam observados parâmetros públicos de justificação, sem que lhe seja exigível prestação de contas. É algo que ganha conotação até mística, pois não se sabe o que dele esperar, entretanto, o que move a consulta ao oráculo é a dúvida, mas, simultaneamente, a certeza de que a melhor resposta virá. Assim, não há quaisquer elementos de previsibilidade sobre em qual sentido será sua orientação – e tampouco há problema nisso, pois é consequência de seu caráter divino; trata-se de uma sabedoria inerente, identificada com a divindade.

Indo bem direto ao ponto de forma simples: na mitologia, o oráculo não precisa apresentar razões que expliquem (num linguagem técnica, jurídica: que fundamentem) seu posicionamento – sua legitimidade está enraizada na autoridade que possui, na confiança que é depositada nele. E é justamente por isso que, sob algumas condições (e não sempre), o STF acaba sendo aproximando da figura do oráculo: quando a sociedade passa a esperar que o Tribunal apresente a palavra final sobre certas controvérsias, usualmente sobre temas sensíveis (que geram polêmica e causam incômodos, divergências), sem conseguir prever o resultado disso, mas acreditando, acriticamente (dispensando qualquer exercício reflexivo), que será feito o que for mais adequado, pois é ele o *intérprete autorizado*. É assim, por exemplo, que posturas ativistas ganham legitimidade; é desse modo que a constituição brasileira e toda legislação que tenha sido obrigatoriamente por ela inspirada, que são limites impostos ao provimento judicial (à diferença do que acontece quanto ao oráculo na mitologia), acabam tornando-se irrelevantes; é desse jeito que a democracia sofre um de seus ataques.

Mas foi afirmado logo acima que nem sempre esta metáfora cai tão bem assim à atuação do Supremo Tribunal Federal, pois seu perfil pode ultrapassar a dimensão consultiva que constitui o oráculo em direção a uma interferência mais direta, que sai da esfera do aconselhamento e passa para a da determinação com obrigatoriedade, o que geralmente ocorre em relação aos demais poderes – executivo e legislativo. É a partir disso que surge a segunda hipótese teórica que,

no desenvolvimento desta tese, dá sustento ao discurso de supremacia judicial no país: o STF como o *governante bem intencionado*. O que isso significa? Algo que primeiro surge como ideia a partir da leitura do que afirmam Martin Shapiro e Alec Sweet na introdução de seu livro: que a expansão do judiciário, marca do que pode ser chamado de *novo constitucionalismo* (movimento próprio da América Latina), caracteriza-se pela existência de constituições que conjugam três elementos, que, quando observados de forma harmonizada, revelam não apenas um novo perfil de jurisdição, mas, em certas circunstâncias, são capazes de traduzir a sobreposição das instâncias judiciais sobre o poder político: direitos fundamentais como limites ao legislador; proteção judicial contra abusos da autoridade pública; e repúdio à supremacia legislativa.¹⁵¹

A advertência que logo deve ser feita aqui é que os autores apenas elencam os três elementos referidos acima – a conclusão que, com base nisso, indica a tendência do judiciário de se sobrepor às instituições tradicionalmente consideradas majoritárias (o uso do adjunto adverbial nesta frase parece ser necessário depois do posicionamento de Luís Roberto Barroso, que vincula a atuação do Supremo Tribunal Federal à representatividade, o que já referido na introdução do item 3.1) faz parte do argumento deste trabalho; é o desdobramento reflexivo do que foi lido. Deixando mais claro, é através da janela aberta por Shapiro e Sweet que já se começar a enxergar, ainda num horizonte longínquo, alguns contornos, ainda pouco nítidos – e mais frágeis do que, ao final, eles continuam sendo –, de outro pilar que dá sustento ao protagonismo judicial. Por si só, apontar a importância dos direitos fundamentais como balizas para o agir político é uma consequência clara da força do constitucionalismo; atribuir ao exercício da jurisdição a tarefa de controlar excessos dos demais poderes do estado também. Mas o que implica dizer que as constituições do novo constitucionalismo *repudiam* a supremacia legislativa?

Repúdio é uma palavra que significa negação total. Rejeição, desprezo, recusa, repulsa, não aceitação – todos esses termos são possíveis sinônimos.

¹⁵¹ No original: “[...] In moves of enormous consequence, new constitutions typically repudiate legislative supremacy, establish fundamental human rights as substantives constraints on legislators and administrators, and provide for judicial protection of these rights against abuses by public authority”. SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On law, politics and judicialization**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 02.

Parece intrigante pensar a afirmação da supremacia constitucional *em repúdio* à supremacia legislativa no Brasil? Nem tanto. Sob a perspectiva mundial do novo constitucionalismo, é compreensível que o papel dado às constituições signifique uma ruptura com a metodologia de aplicação do direito até então vigente (também no contexto brasileiro), que dava primazia ao conjunto legislativo e colocava o texto constitucional sob dependência de regulamentação (isto é, sem aplicabilidade imediata). Ou seja, é claro que com a nova visão do constitucionalismo, entendida como o reforço da ideia de constituição como parâmetro para a atuação de todos os poderes, ocorre uma inversão deste modo de pensar o fenômeno jurídico, fazendo nascer a supremacia constitucional como elemento nuclear dos estados democráticos, condicionando diretamente o processo legislativo. Então, fica evidente que a lei perde sua centralidade, porque só é considerada válida se adequada ao texto constitucional.

Isso seria suficiente para *repudiar* a supremacia legislativa? Que da produção legislativa é exigível um dever de obediência constitucional isso parece muito óbvio. Mas, por exemplo, não existiria nenhum tipo de supremacia que se extrai do processo constitucionalmente adequado de elaboração e promulgação dos códigos de processo civil e penal, uma espécie de supremacia por especialidade? Um campo onde só a legislação pudesse ser especificamente aplicada? A tendência é acreditar que sim, afinal, embora a constituição brasileira seja extremamente detalhada, nem tudo nela está presente (seria até um absurdo se estivesse). Então, essa é apenas uma das maneiras possíveis de ficar inquieto com o uso do vocábulo *repúdio* conjugado à supremacia legislativa no novo constitucionalismo. Contudo, diante do universo de provocações que envolvem a tese, é possível enxergar além.

E se desse *repúdio à supremacia legislativa* houvesse outras consequências mais drásticas? Se através da expressão supremacia constitucional se passasse a enxergar judiciário, como algo inteiramente conectado, um elemento indispensável, um garante exclusivo, ao passo que, em supremacia legislativa, houvesse a remissão ao poder político, não apenas legislativo? Que bom que as instâncias judiciais sejam responsáveis por garantir a supremacia da constituição; é um grande avanço para países que vivenciaram momentos de resistência

constitucional, como é o caso do Brasil. Entretanto, não é só isso: *repudiar* a supremacia legislativa é apenas o começo para enxergar judiciário e poder político (e aqui já se percebe uma extensão – legislativo e também executivo) em contraposição, ou melhor, em choque – disputando o mesmo espaço institucional. Em síntese, se a atuação do poder político no novo constitucionalismo é realmente *repudiada*, o que sobra para a democracia? A existência de poderes em desequilíbrio; especificamente, uma suprema corte com funções políticas – o que é bem diferente de afirmar que sua atuação possui dimensão política ou que traz impactos políticos; não se trata da discussão sobre se um tribunal e/ou uma corte constitucional é um órgão político ou não. E assim o desenho do *governante bem intencionado* já ganha um pouco mais de forma e conteúdo. Só que o argumento ainda é frágil: precisa ficar mais claro e sólido.

É interessante notar que o ponto de partida para tudo isso no Brasil é a afirmação da supremacia constitucional, que é o argumento pelo qual são criadas as condições teóricas para o *natural* alargamento da legitimidade do Supremo Tribunal Federal para maiores intervenções (ou para ações políticas diretas travestidas pelo pressuposto técnico de provimento judicial). Mas onde ganha a atuação do órgão judicial perde a do poder político; o crescimento da interferência judicial atrofia o desempenho dos demais poderes (ou seria justamente essa atrofia já existente que possibilitou ao STF ocupar um espaço que, em verdade, já estava vazio?). E então alguém poderia dizer: claro que isso funciona assim nos países latino-americanos, afinal, a experiência dos regimes ditatoriais provocam essa rejeição à política, pelos estragos proporcionados pela violência legalmente legitimada. Só que os atuais acontecimentos não são exclusividades do contexto brasileiro.

Refletindo sobre o assunto, supremacia constitucional transporta o pensamento para o constitucionalismo norte-americano, na medida que essa é uma ideia que surge primeiro nos Estados Unidos, sendo que sua constituição, desde a origem, já é elevada a *paramount law* e sua suprema corte assume um papel estratégico, assunto que já foi aprofundado no primeiro capítulo (2.1). Ou seja, o direito estadunidense não precisou desenvolver uma *noção aditivada* de constitucionalismo a exemplo do que ocorreu na Europa no pós-Segunda Guerra

Mundial e na América Latina (como ruptura ao regime ditatorial), pois a radicalização do elemento constitucional como pressuposto para a atuação dos poderes acompanhou a trajetória de suas instituições, condicionando seus posicionamentos e medidas. Justamente por isso, vivenciou intensos debates sobre o papel da Suprema Corte desde o começo de sua história como nação. Mas, sendo assim, então não é possível encontrar no direito constitucional americano o tal *repúdio* à supremacia legislativa? Respondendo simplificadoramente, se observado que se trata de um país vinculado à tradição da *common law*, em que a legislação não é a fonte principal do direito (mas, sim, as decisões judiciais), pode ser até que a discussão sobre supremacia legislativa perca certo sentido. Mas isso não significa que o constitucionalismo norte-americano não possibilitou intensas discussões entre a postura da Suprema Corte e os demais braços do estado – legislativo e executivo.

Quem pode ajudar a deixar mais demarcados ainda os traços da segunda hipótese teórica, aquela visão que surge ainda disforme no horizonte longínquo que a afirmação de Shapiro e Sweet proporciona, é Bruce Ackerman. “Sinfonia do silêncio”: essa é a expressão que ele usa para caracterizar o direito constitucional norte-americano no século XXI (e mesmo antes disso). A metáfora da sinfonia é complementada por sua declaração de que a mais recente história do constitucionalismo nos Estados Unidos é marcada por “notas fantasmas e acordes menores”.¹⁵² E o que ele quer dizer com isso? Indo direto ao ponto: em meio ao surgimento de grandes debates no cenário estadunidense, como, por exemplo, questões relacionadas a aborto, religião, federalismo, poder de guerra da presidência, “ninguém espera uma emenda constitucional”. E complementa, quase

¹⁵² Tradução livre: “Setenta e cinco anos de notas falsas e acordes menores, culminando em uma sinfonia do silêncio – o século XXI não será diferente. Simplesmente olhe à sua volta. Estamos agora em meio a grandes debates sobre aborto e religião, sobre federalismo e os poderes de guerra da presidência. Mas ninguém espera uma emenda constitucional para resolver quaisquer dessas questões. [...] É a revolução judicial, não emendas formais, que servem como um dos grandes caminhos para mudanças fundamentais delimitadas pela Constituição viva”. No original: “Seventy-five years of false notes and minor chords, culminating in a symphony of silence – and the twenty-first century will be no different. Simply look around you. We are now in the midst of great debates about abortion and religion, about federalism and the war powers of the presidency. But nobody expects a constitutional amendment to resolve any of these issues. [...] It is judicial revolution, not formal amendment, that serves as one of the great pathways for fundamental change marked out by the living Constitution”. ACKERMAN, Bruce. Oliver Wendell Holmes lectures: the living constitution. **Harvard Law Review**, v. 120, n. 7, p. 1737-1812. 2007. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/116> Acesso em: 13 set. 2016. p. 1741-1742.

poeticamente: “nossas máquinas de escrever parecem ter sofrido o mesmo destino da datilografia”.¹⁵³

Tudo muito impactante, ainda mais considerando o estilo redacional de Ackerman, que muitas vezes é até complicado de traduzir para a língua portuguesa. Mas outros tipos de traduções podem ser feitas das frases transcritas acima, como as que dão sequência a este texto. Na música, notas fantasmas são aquelas que possuem valor rítmico, mas que, quando tocadas, não apresentam um tom tecnicamente identificável. Por esse motivo, são consideradas também notas silenciosas. Por outro lado, acordes menores são aqueles menos fortes, que imprimem um tom mais melancólico ou triste à melodia.¹⁵⁴ O que isso representa no pensamento do autor? A dificuldade de fazer ecoar o som que poderia emanar do que ele chama de um “cânone constitucional *oficial*” (o grifo é de Ackerman) na construção do argumento constitucional para as controvérsias políticas e sociais que foram surgindo ao longo dos tempos no contexto americano. Trata-se do reconhecimento de que a última emenda constitucional significativa para o direito nos Estados Unidos é datada de 1971 (XXVI, que autorizou o direito a voto para cidadãos a partir dos dezoito anos). Depois disso, até houve outras emendas, todas “notas fantasmas e acordes menores” – a constituição norte-americana é mantida viva mesmo a partir de um “cânone constitucional *operacional*”: pela via de “super precedentes [“superprecedents”] e de legislações emblemáticas [“landmark statutes”]”, tais como o Social Security Act e o Civil Act dos anos sessenta.

É importante voltar um pouco na história para compreender o raciocínio de Ackerman. Não é nenhuma novidade retratar as tensões que circundavam a Convenção da Filadélfia. Talvez um dos maiores conflitos, como já mencionado no primeiro capítulo, consistia em conjugar interesses políticos estaduais com a pretensão de unidade nacional, na tentativa de dar certa homogeneidade na diferença. No interior desse complexo processo de formação do estado americano, a saída foi encontrar um meio termo: a constituição seria ratificada por um

¹⁵³ No original: “Our writing machine has gone the way of the typewriter”. ACKERMAN, Bruce. Oliver Wendell Holmes lectures: the living constitution. **Harvard Law Review**, op. cit., p. 1743.

¹⁵⁴ Agradecimento a Adriano Obach Lepper por ajudar a compreender o significado de “notas fantasmas”, bem como dos elementos que estão ali presentes referente a musicalidade.

procedimento que exigia a aceitação apenas da maioria dos estados-membros (e não de todos eles), privilegiando-se, assim, um modelo que objetivava colocar a nação como centro (“nation-centered”), ainda que fosse sabido que jamais seria possível chegar à unidade (por motivos óbvios, alguns estados poderiam rejeitar a proposta e, ainda assim, por maioria, ela seria aceita); e, justamente por isso, cientes da ausência de total concordância, os *Framers* enxergaram no federalismo a possibilidade de dar autonomia legislativa às ex-colônias, e, por consequência, a constituição é elaborada de modo sintético (deixando espaço para a construção do direito constitucional estadual), e o procedimento formal para sua modificação (para as emendas) fixou a necessidade de participação dos estados-membros.

Qual o resultado? A fragilização do governo federal e a existência de uma contradição interna nos Estados Unidos que lhe custou sua mobilidade política e, desse modo, o congelamento do direito constitucional americano, que não acompanhou, pelas vias formais de sua atualização, o ritmo das transformações sociais e dos debates políticos. As instituições nacionais poderiam até propor iniciativas de alteração constitucional (aspecto material), mas não ratificá-las (aspecto formal). Em função disso, não foi possível criar uma identidade nacional, porque o pressuposto federalista era muito forte. Assim, a pessoa primeiro se considerava cidadã nova iorquina, para depois se visualizar como americana. Esta situação apenas foi ser alterada com a XIV emenda (de 1868), que, em um rápido resumo, proibiu a escravidão nos Estados Unidos, definindo que não há direito estadual que possa considerar escravo o cidadão americano, ou seja, a cidadania nacional foi colocada em primeiro plano. Evidente que a questão não foi tão simples assim (que houve outros fatores que condicionaram essa transição para um regime não escravocrata), mas o fato é que esse foi um dos primeiros atos de “direito constitucional oficial” – e talvez único – que incentivou a atualização do pensamento jurídico constitucional em termos nacionais.¹⁵⁵ E a grande observação que deve ser feita é que, em pleno século XXI, está-se tratando de uma reforma no texto constitucional que ocorreu no século XIX.

¹⁵⁵ ACKERMAN, Bruce. Oliver Wendell Holmes lectures: the living constitution. **Harvard Law Review**, v. 120, n. 7, p. 1737-1812. 2007. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/116> Acesso em: 13 set. 2016. p. 1741-1742. Especialmente, p. 1743-1746.

Saindo da máquina do tempo e ajustando o ponteiro do relógio para a hora da tese, qual o diálogo mais produtivo que se extrai deste encontro marcado com Ackerman? Se o Estados Unidos possuem dificuldade para criar uma identidade nacional por meio da atuação do governo federal em assuntos constitucionais, se é quase impossível verificar a ocorrência de processos formais de alteração da constituição que objetivem dar a palavra final em debates sensíveis da contemporaneidade, quem fica responsável por promover medidas de caráter político para o desenvolvimento constitucional do país? A Suprema Corte, com seus “superprecedents”, e o poder legislativo federal, através de “landmark statutes”. Analisando apenas a parte que mais interessa para o momento (a atuação da Corte), a constatação desenvolvida pelo autor vai além: revela que, aos “super precedentes”, considerados “cânones operacionais”, é atribuído papel equivalente às emendas constitucionais formais, garantindo a vida do direito constitucional norte-americano.¹⁵⁶ Em resumo, nas ocasiões quando há maior efervescência política, a sociedade norte-americana acostumou-se a visualizar a transformação de controvérsias políticas em disputas judiciais, transferindo a responsabilidade ao judiciário para a construção “um admirável mundo novo para o futuro constitucional”.¹⁵⁷

Novamente, aqui, uma imersão em dúvidas que, tal como ocorreu com Shapiro e Sweet, ultrapassam o conteúdo do texto de Bruce Ackerman (e talvez até os objetivos de sua proposta teórica): como ler o que foi concluído acima e não associar ao desenvolvimento de uma cultura de supremacia judicial? Precedentes que se transformam em emendas constitucionais? Decisões judiciais com o condão de definir o futuro do direito constitucional? Isso tudo parece absurdo, mas é mais fácil de compreender se observado que a principal fonte do direito norte-

¹⁵⁶ Tradução livre: “Isso sugere que, atualmente, nosso cânone operacional contém pelo menos dois componentes: uma parte é composta do cânone oficial, e outra dos super precedentes judiciais. [...] Neste caso, é claro, super precedentes equivalem a emendas formais, que exercem um papel que dá forma ao cânone operacional”. No original: “This suggests that our operational canon presently contains at least two components: one part is composed of the official canon, and the other of judicial superprecedents. [...] In this, of course, superprecedents resemble formal amendments, which play a similar shaping role in the operational canon”. ACKERMAN, Bruce. Oliver Wendell Holmes lectures: the living constitution. **Harvard Law Review**, op. cit, p. 1752

¹⁵⁷ ACKERMAN, Bruce. Oliver Wendell Holmes lectures: the living constitution. **Harvard Law Review**, v. 120, n. 7, p. 1737-1812. 2007. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/116> Acesso em: 13 set. 2016. p. 1741-1742. Especialmente, p. 1752.

americano é, de fato, o *case law*. E, ainda assim, a doutrina estadunidense fornece duras críticas a estes acontecimentos. No caso do Brasil, então, com tantas emendas constitucionais existentes, com o processo legislativo como seu mecanismo primário de construção do direito, o cenário fica um pouco mais complicado. Mas não o suficiente para constranger doutrina e membros do poder judiciário a evitar discursos de supremacia.

Aceitando tudo isso sem quaisquer reflexões ou não, e afastando neste instante a investigação que visa a compreender a teia que sustenta a articulação entre os três poderes, é inegável que se configura um poder com funções que não lhe competem. Se o poder político é inerte e apático, o papel das cortes/dos tribunais constitucionais cresce; se essas instâncias judiciais avocam para si um messianismo político, as instâncias majoritárias, os outros braços do estado, podem vivenciar o esgotamento de suas atribuições. Um movimento natural? Será? Nem tanto. Só que é essa a mensagem que o discurso de supremacia judicial no Brasil quer passar. Mas o verbo deste subcapítulo é *construir* – a crítica vem depois –, e qual a arquitetura que surge a partir disso? Um judiciário, uma Suprema Corte, um Supremo Tribunal Federal assumindo uma postura governamental; “uma nova forma de governo”, como mesmo menciona Christopher Wolfe na introdução que faz à obra por ele organizada sobre supremacia judicial, fazendo referência aos excessos da corte constitucional de seu país.¹⁵⁸

A leitura que visualiza o tribunal/a corte constitucional como o *governante bem intencionado* está relacionada também com o que já aparece de certo modo na obra de Ackerman, mas não tão claramente: a construção de uma identidade nacional como objetivo final da atuação do judiciário (em sua última instância). Ou seja, o discurso de legitimidade da supremacia judicial pode estar amparado na compreensão de que as supremas cortes devem ser veículos de transmissão dos ideais constitucionais para a sociedade. Essa responsabilidade é articulada não sob a perspectiva de edificação de uma coerência interna para o sistema jurídico constitucional, mas, sim, em termos de dar unidade à cultura política do país, o

¹⁵⁸ WOLFE, Christopher. Introduction. In: _____ (Editor). **That eminent tribunal: judicial supremacy and the constitution**. New Jersey: Princeton University Press, 2004. Lido em sua Kindle Edition, posição 72.

que fica bem visível, em face de tudo o que já foi abordado, no caso dos Estados Unidos. A Suprema Corte ou o Supremo Tribunal Federal deixam de tão somente administrar e resolver conflitos, e passam a gerir a nação em suas controvérsias mais profundas.

Assim, um dos possíveis desdobramentos da hipótese que sustenta a supremacia da Suprema Corte norte-americana através de sua função de governo – de onde emerge teoricamente a figura do *governante bem intencionado* (que, pragmaticamente, foi pensada a partir da conduta do Supremo Tribunal Federal brasileiro) – considera a importância de uma centralização da autoridade como mecanismo de pôr fim ao dissenso.¹⁵⁹ Neste momento, então, já é possível anunciar, convictamente: na medida em que à Suprema Corte (ou ao STF) é direcionada a expectativa de que seus posicionamentos definam os rumos do país, dando contornos materiais ao constitucionalismo, é possível afirmar que disso decorre outro tipo de autoridade – a *autoridade política*, que está vinculada a uma questão institucional.

Talvez poucos elementos combinem tão bem com essa parte como a definição de autoridade apresentada por Hannah Arendt. Sim, é bem provável que esse esclarecimento pudesse ter aparecido desde o primeiro ato deste capítulo, considerando que lá na primeira parte já se fez remissão a um tipo de autoridade que constitui o discurso de supremacia judicial no Brasil (a interpretativa). Mas acontece que a escrita por vezes exige certa fidelidade sincera à ordem cronológica mental, outras tantas decide conscientemente não mais alterar o que já passou. A grande verdade é que Hannah Arendt contribui muito mais agora (daqui a pouco se entende o porquê); contudo, seria bem apropriado dar efeito *ex tunc* ao que ela pode ensinar, aproveitando para o início deste capítulo tudo o que será na sequência desenvolvido.

Poder (*power*), força (*strenght*), potência (*force*), autoridade (*authority*) e violência (*violence*) – todas essas palavras, embora de algum modo possam ser vulgarmente empregadas como sinônimos, possuem um diferente sentido, na filosofia política de Hannah Arendt. É o que interessa para a tese. Antes de tudo,

¹⁵⁹ NAGEL, Robert F. Nationalhood and judicial supremacy. In: WOLFE, Christopher (Editor). **That eminent tribunal: judicial supremacy and the constitution**. New Jersey: Princeton University Press, 2004. Lido em sua Kindle Edition.

uma advertência: foi difícil, na língua portuguesa, saber como melhor traduzir *strenght* e *force*, porque ambas poderiam significar força. Entretanto, como a verbalização do compreendido (que aqui ganha a forma de texto) é sempre um acontecimento *a posteriori*, que, para tratar especificamente desta situação, vem depois da leitura, potência foi pensada como a melhor terminologia para *force*. Com a palavra, a autora estrangeira.

Um início arrasador, de desconstrução: esses cinco termos até podem parecer sinônimos, como proposto acima para introduzir o tema, todavia, tratá-los sob essa perspectiva revela fechar os olhos (“um tipo de cegueira”) para realidades distintas que lhes correspondem. A pergunta que envolve a possibilidade de diferenciá-los é simples: “quem governa quem?”. Ou seja, todas elas exprimem certo modo de exercer de domínio/dominação – e essa conclusão é exclusiva da autora brasileira, que curiosamente também encarna a figura de redatora do texto –, “indicam os meios através dos quais o homem governa o homem”. Que tal, então, começar a diferenciar?

Poder (*power*) está relacionado a uma habilidade humana direcionada a um agir em conjunto; não diz respeito a um comportamento individual, mas àquele pertencente a um grupo (uma perspectiva de coletividade). Força (*strength*) é algo que remete a caráter e, por isso, uma característica pessoal, singular. Potência (*force*), por sua vez, indica energia, vinculada a momentos físicos ou sociais. Violência (*violence*) se aproxima da ideia de força (*strength*), com a diferença de que possui uma carga mais instrumental, direcionada a um fim específico. E, então, chega-se até a parte que mais interessa: autoridade (*authority*). Muita atenção nesta parte.

Autoridade (*authority*) significa algo que é atribuído a alguém ou é investido em algum posto, posição. Trata-se de um “reconhecimento inquestionável por aqueles a quem se pede obediência”. Isto é, a autoridade não exige coerção, tampouco persuasão. Entretanto, não significa que seja natural (inerente), pois ao elemento de autoridade está implicada uma dimensão de respeito, que, como já aparece na primeira frase, é *adjudicada* como condição para que uma pessoa/instituição/entidade mantenha seu perfil de autoridade. Por isso, como

afirma Arendt: “o maior inimigo da autoridade é o desrespeito”.¹⁶⁰ É possível notar por que a proposta da autora se encaixa tão bem nesta conjuntura redacional? E, ainda, pode-se concluir por que ela é tão importante para as reflexões que buscam compreender como se funda o discurso de supremacia judicial?

Respondendo a essas perguntas, podem surgir boas aproximações. Quando se apresenta a hipótese teórica de que o Supremo Tribunal Federal assume função de governo, não haveria uma transferência de autoridade que flui das instituições tipicamente políticas (representativas) para o judiciário? Parece que sim. Aliás, é da imagem do Tribunal com *autoridade política* que emerge o respeito às suas decisões que exprimem um posicionamento conclusivo sobre as principais controvérsias. A sociedade apresenta demandas; a complexidade das relações sociais aumentam. E, neste turbilhão de acontecimentos, “o reconhecimento inquestionável”, do qual se referia Hannah Arendt ao tratar de autoridade, parece ser direcionado a apenas uma instituição: ao judiciário, em especial, aos seus tribunais de última instância. Um detalhe final: *estar em autoridade* também exige concessão. E quem concede essa autoridade ao judiciário? Assunto para o próximo capítulo; para este, basta compreender que supremacia judicial corresponde a conferir certa autoridade (já foi tratada da interpretativa e agora está sendo analisada a política), embora, pela via de um discurso de proteção constitucional, ele acabe ganhando certa naturalidade.

Fazendo uso de uma frase bem conhecida dentre os matemáticos, hora de, mais uma vez, *tirar a prova real* deste encaixe elaborado acima. De novo, uma pausa teórica – dessa vez, com Robert Dahl, que não poderia ficar de fora, afinal, como ignorar um artigo cujo subtítulo é “A Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais”?¹⁶¹ Está certo que a leitura do *nome* do texto pode levar a equívocos – o autor não está propondo esta ideia; ele parte deste reconhecimento, quase num tom de fatalidade, e elabora uma aprofundada análise

¹⁶⁰ Todas as aspas correspondem a traduções literais. No original (na sequência que aparecem nos parágrafos): “a kind of blindness”; “who rules whom?”; “indicate the means by which man rules over man”; “unquestioning recognition by those who are asked to obey”; “the greatest of authority, therefore, is contempt”. ARENDT, Hannah. **Crises of the republic**. San Diego/New York/London: A Harvest Book/Harcourt Brace & Company, 1972. p. 142-145.

¹⁶¹ DAHL, Robert A. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 252, p. 25-43, abr. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7954>>. Acesso em: 28 out. 2016.

sobre o que significa afirmar o papel da Corte na realização de políticas públicas. Para o autor, o grande desacordo que surge sobre o modo de entender o papel da Suprema Corte consiste em negar que esta seja uma instituição política. Considerando-a um órgão exclusivamente jurídico, seus critérios de decisão também operam sob esta racionalidade. Só que os casos que estão sendo definidos possuem conteúdo político – promoção de políticas públicas. Então, como resolver esse impasse?

O argumento principal desenvolvido por Dahl não responde a esse questionamento, tampouco é fundamental agora (ele demonstra que a atuação da Suprema Corte sempre ocorreu através de alianças com os demais poderes, nunca foi uma decisão tomada isoladamente – e, quando foi, no caso do julgamento de Dred Scott, foi uma catástrofe). Por isso, ele fará parte do próximo capítulo. Mas há, sim, algo que é relevante agora: a confirmação da hipótese teórica. Na medida em que a Suprema Corte é assumidamente responsável por elaborar políticas públicas, não há dúvidas que sua atuação está acompanhada de uma *autoridade política*, pois política pública é uma expressão que corresponde ao universo da teoria política. Talvez a grande questão seja compreender de onde vem essa autoridade.

Robert Dahl acaba apontando para isso em seu texto quando aborda as diversas coalizões existentes entre judiciário e instâncias majoritárias. Só que não é isso que impulsiona o discurso naturalizado no Brasil; na verdade, é o que lhe desconstrói. Por esse motivo, de modo um tanto quanto caricatural, a expressão o *governante bem intencionado* veio parar na tese. E, “de boas intenções, o inferno está cheio”. É provável que nem São Bernardo de Clairvaux, a quem é atribuída a autoria dessa frase, poderia imaginar até onde levaria a instrumentalização da constituição no Brasil – à supremacia judicial.

Não é nada atraente ser repetitivo, mas as boas intenções do Supremo Tribunal Federal no Brasil estão relacionadas ao que se entende por um *argumento constitucional* – ao fato de que se acredita que, ao atuar como agente político (o que deve ser lido como a responsabilidade de exercer função de governo), o STF está legitimamente agindo em representação da sociedade naquilo que o poder político deveria se posicionar, mas não faz. No discurso de

supremacia judicial, é a constituição quem lhe autoriza. E, nesse sentido, a tese da *autoridade política* corrobora este *falso* argumento de constitucionalidade, porque assentada no respeito que emana das melhores condições técnicas que as instâncias judiciais possuem para resolver os impasses da sociedade. E poucos se sentem constrangidos ao carregar essa *missão constitucional*, ao contrário, é possível que tudo isso provoque sensação de engrandecimento, mais ou menos em aproximação à fala de Apolo ao se apresentar para seu amor, Dafne (já que a metáfora do oráculo de Delfos abriu esta sessão): “sou senhor de Delfos e Tenedos, e conheço todas as coisas, presentes e futuras. [...] Minhas setas voam certas para o alvo”.¹⁶² Ah, o poder de uma metáfora!

Claro que isso tudo é fruto de que uma crise política que atravessa o país ainda mais ferozmente na contemporaneidade. Além do descrédito que sempre existiu, relacionado à existência de uma política padrão, com políticos inertes e homogeneizados em seu modo de fazer política, o Brasil vivenciou escândalos de corrupção que afetaram o corpo político de um modo generalizado. A desconfiança gerada em torno do legislativo e do executivo favoreceu a ascensão do Supremo Tribunal Federal não apenas como o poder esclarecido, mas também como o responsável por melhor conduzir os rumos do país. Se, concordando com Jose Luis Bolzan de Moraes¹⁶³, a democracia e o estado estão em crise (nos mais diversos aspectos, não só político), e o judiciário também é um dos braços do estado, resta saber como discursos de supremacia, que implicam autoridade inabalável, podem prosperar. Seria o judiciário (ou o Supremo Tribunal Federal) o único sobrevivente intacto desta crise? A tendência é desconfiar desta leitura. Mas talvez também seja ainda muito cedo para apresentar respostas.

É desse imaginário que se extrai a sobreposição do STF sobre as instâncias majoritárias como elemento de supremacia judicial. Então, alguém pode perguntar: mas este Tribunal não possui certo controle sobre o poder político? Não é natural – e constitucional – que seja assim? Mais ou menos. Claro que limitar a atuação do legislativo e do executivo pode ser lido como sua função constitucional – se isso

¹⁶² BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia**: história de deuses e heróis – a idade da fábula. Tradução de David Jardim Júnior. 26. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 30.

¹⁶³ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Crise do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, *passim*.

for compreendido como a intenção de barrar os excessos da política sob parâmetros de constitucionalidade. Deixando de lado posicionamentos doutrinários e o conjunto de decisões judiciais que dão contornos ao que pode ser chamado de uma tradição jurídica brasileira, o direito possui códigos e constituição, o que significa que o judiciário deve operar sob padrões específicos, pré-determinados (que não se confunda com pré-conceituados, porque, em meio a isso tudo, existe a atividade interpretativa, um *medium* significativo – seria ingenuidade acadêmica acreditar que o sentido do direito cabe em sua manifestação textual). Então, gentilmente, a pergunta poderia ser devolvida ao meu interlocutor: o que isso tem a ver com supremacia? Já elaboro a resposta: nada. Supremacia judicial pressupõe excessos.

Esta parte se encaminha para o seu fim, e já se começa a desenhar mentalmente novas projeções de futuro. Uma boa ideia para terminar é fechando o ciclo através do retorno ao começo, renovando leituras. Afinal, o que se quer dizer? É tempo de produzir uma última reflexão sobre o oráculo (de Delfos, de Apolo). O oráculo assim o é porque as pessoas (poderia também ser dito, a sociedade) acreditam que ele seja. O oráculo sem que exista quem deposite confiança e esperança em suas profecias, isto é, sem cidadãos (e/ou instituições?) que se tornem dependentes de sua palavra, pode ser apenas uma figura de autoridade da qual não se extrai protagonismo. A não ser que seja pela força. Mas não é esse o caso da autoridade a ele concedida.

O que isso significa? Que o Supremo Tribunal Federal só vira “oráculo constitucional” (por inspiração de Wolfe) se for reconhecida sua supremacia judicial. Dois pressupostos, portanto – o componente de supremacia, mas também seu reconhecimento. Este é o ponto central da tese: não apenas compreender seu sentido, mas também problematizar sobre como se chega até o cenário favorável à supremacia. Na primeira parte deste capítulo (3.1), já foi apresentado o argumento constitucional como hipótese teórica, que supostamente seria capaz de produzir a autoridade do STF sob o viés interpretativo, por ser a instituição judicial que decide por último (*o intérprete autorizado*). Neste segundo momento (3.2), a afirmação da sobreposição do tribunal sobre as instâncias majoritárias (executivo e legislativo), não como órgão de controle/de fiscalização dos atos do poder

político a partir de parâmetros de constitucionalidade, mas, sim, como exercício de governabilidade, faz com que surja outro tipo de autoridade, a que está vinculada ao âmbito político (*o governante bem intencionado*), e então outra hipótese teórica é levantada.

Porém, tudo isso é colocado sob dúvida, através da redação de uma sequência (que, por vezes, parecia infinda) de pontos de interrogações diversos (que, no tempo de outro capítulo, serão enfrentados). Em meio a isso tudo, seria mais fácil ser Têmis e vendar os olhos para uma última hipótese, um último elemento que ainda pode ser observado, uma espécie de sobrevida da quase mentalmente esfacelada supremacia judicial, ou melhor, do discurso que lhe sustenta. Os bons ventos já começam a soprar o barco da democracia constitucional para cada vez mais longe desse discurso que consolida a existência de poderes/instituições supremas. Mas ainda há algo a ser explorado – uma derradeira face da supremacia judicial no Brasil, que talvez seja a que mais dê vida à hipótese teórica de sua naturalização, porque entranhada no imaginário da sociedade. Trata-se da aceitação do discurso. E, então, a metáfora do oráculo desde sempre falou por si – e é com ela que se finaliza para, adiante, recomeçar.

Pensando em sua dimensão simbólica, sem quaisquer estímulos, o oráculo perde sua relevância como tal, desaparecendo, restando apenas o templo, um lugar de reflexão. Sem que seja aceito como tal, o oráculo é apenas o *vulnerável* Apolo, a vítima do Cupido se apaixonando por Dafne – amou a moça, perseguiu-a em desespero e caiu em sofrimento pela donzela que o rejeitou, preferindo virar árvore do que com ele casar. Sem público, o oráculo não é sequer profeta de si mesmo.¹⁶⁴ “Ele [Apolo], que era o oráculo de todo o mundo, não foi bastante sábio para prever o seu próprio destino”¹⁶⁵. A pergunta que não quer calar é: como o oráculo deixa de ser apenas o *frágil e ferido* Apolo *apaixonado* e se torna oráculo?

¹⁶⁴ BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia**: história de deuses e heróis – a idade da fábula. Tradução de David Jardim Júnior. 26. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 28-32.

¹⁶⁵ Ibid., p. 30.

3.3 ATO III – A ESPECIALIDADE DO JUDICIÁRIO: O STF COMO O PODER MAIS ADMIRADO

Em estados democráticos, a maioria das autoridades do governo (legislativo e executivo) ganha legitimidade através de uma autorização política e de sua submissão ao povo através das eleições (ou responsabilidade perante os seus eleitores). Os juízes, no entanto, justificam sua legitimidade afirmando que eles são não políticos, independentes e servos neutros da lei. Ao contrário dos órgãos democráticos do aparato estatal, as cortes alcançam sua legitimidade alegando ser algo que elas não são.¹⁶⁶

Essa não é uma epígrafe por intenção (mas acaba sendo, por forma). A citação ganhou essa aparência porque resultado da combinação de dois fatores: as regras existentes exigem que, por sua extensão, o fragmento seja escrito em recuo e, ao mesmo tempo, essas foram as palavras escolhidas para darem abertura ao texto. Entretanto, o trecho transcrito acima, extraído da obra de Martin Shapiro e Alec Sweet, ultrapassa o sentido quase poético que é associado às epígrafes, que, em geral, servem como inspiração para o que vai ser escrito, anunciam o tema de modo diferenciado, algo perto de ser considerado um ato artístico. Mas, não. Não há nada de leveza na passagem acima; ao contrário: os autores vão direto ao ponto da discussão que pretende ser desenvolvida agora – qual a imagem do judiciário perante a sociedade? Indo mais além, como o discurso de supremacia judicial ganha legitimidade? Já foi dito no encerramento do último subcapítulo (3.2) que as imagens de *o intérprete autorizado* e do *governante bem intencionado* já começavam a ruir, existe algum componente que faz a supremacia judicial ainda subsistir?

“Uma mentira contada mil vezes torna-se verdade”. A frase é atribuída a ninguém menos do que Joseph Goebbels, ministro da propaganda do partido nazista e um dos maiores incentivadores do holocausto. Basta usar o sistema de busca do *Google* que se consegue rápido acesso a essa informação. Talvez seja

¹⁶⁶ Tradução livre. No original: “In democratic states most government officials achieve legitimacy by acknowledging their political rule and claiming subordination to the people through elections or responsibility to those elected. Judges, however, claim legitimacy by asserting that they are non-political, independent, neutral servants of ‘the law’. Alone among democratic organs of government, courts achieve legitimacy by claiming they are something they are not”. SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On law, politics and judicialization**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 3.

impossível, ainda muito cedo ou faltem elementos suficientes para compreender a naturalização do discurso de supremacia judicial, que aparece sedimentado sob bases constitucionais, uma mentira. Então, melhor partir, primeiro, para aquilo que pode ser considerado verdade em meio a isso tudo: em um livro chamado “A Constituição Democrática”, Neal Devins e Louis Fisher afirmam que “a supremacia judicial permanece como o modelo dominante ensinado [...], apesar dos esforços dos cientistas políticos e dos juristas em desafiá-lo”.¹⁶⁷

Modelo indica algo que é simplesmente um padrão, um molde, uma forma específica que identifica algo. Assim, o modo de visualizar a intervenção das cortes/tribunais constitucionais nas democracias ocidentais contemporâneas seria por supremacia judicial. Nesta primeira hipótese, modelo exprime apenas um formato, sem que haja produção de juízo de valor (talvez pensar no caso automotivo seja um bom exemplo: a diferença entre ano e modelo de um carro tão somente aponta para especificidades de determinado veículo a partir do binômio que associa forma/tempo). Entretanto, a palavra modelo também pode implicar uma conotação que vai além disso: diz-se do aluno modelo aquele que conjuga boas qualidades, as que se esperam de um estudante comprometido. Voltando ao tema, supremacia judicial seria um predicado positivo da atividade jurisdicional?

Devins e Fisher provavelmente não estavam fazendo referência a esta segunda interpretação do vocábulo, pois sua obra possui um tom crítico relacionado à atuação da Suprema Corte nos Estados Unidos. Até mesmo da frase transcrita acima em tradução livre é possível perceber que se trata de uma leitura descritiva do que acontece contemporaneamente no cenário jurídico norte-americano. Ainda, que haja certa inclinação para demonstrar que existe resistência ao modelo de supremacia judicial, uma tentativa de “desafiá-lo”, que aparece como proposta no seu livro.

Este último momento (3.3) encerra a análise do que poderia ser considerado como reflexões sobre os elementos teóricos estruturantes do sentido de supremacia judicial. Seu ponto de partida é a declaração feita por Devins e Fisher,

¹⁶⁷ Tradução livre. No original: “Although several political scientists and legal academics have challenged this model, judicial supremacy nonetheless remains the dominant model taught in undergraduate, graduate, and law schools”. FISHER, Louis; DEVINS, Neal. **The Democratic Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2004. Lido em sua Kindle Edition, posição 105.

em reconhecimento ao desenho institucional existente para a articulação entre os poderes do estado. Entretanto, inverte um pouco o sentido do que foi dito pelos autores na elaboração de seu argumento, pois objetiva dar ênfase à segunda leitura que se extrai da palavra modelo: o judiciário, seja a Suprema Corte americana, o Supremo Tribunal Federal brasileiro ou, até mesmo, para o Brasil, os juízes e tribunais que compõem o sistema de justiça, é a instituição modelo, o exemplo de ator político, das democracias constitucionais – e disso decorre sua supremacia.

Ingeborg Maus é uma autora alemã que ficou conhecida no Brasil pela publicação de um artigo cujo título é instigante: “Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”.¹⁶⁸ Seu texto apresenta uma leitura crítica ao comportamento do Tribunal Constitucional Federal alemão, em especial no que diz respeito à doutrina da jurisprudência dos valores, que foi por ele elaborada no segundo pós-guerra. Jurisprudência dos valores é um tema que, em certa medida, ficou para trás no caminho até então percorrido; contudo, há dois componentes que podem ser considerados importantes para este momento: a ideia de “judiciário como superego” e a de “sociedade órfã”.

Superego é um conceito da psicanálise que corresponde à parte moral do aparelho psíquico. Está ligado ao que Sigmund Freud chama de complexo de Édipo¹⁶⁹ e à retenção exercida pelo pai, sendo, por isso, aquilo que provoca “a dominação do ego sob a forma de consciência (*conscience*) ou, talvez, de um sentimento inconsciente de culpa”.¹⁷⁰ Trata-se de uma instância de controle aos

¹⁶⁸ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, pp. 183-202. nov. 2000.

¹⁶⁹ O complexo de Édipo faz referência à tragédia grega na qual Édipo mata o pai (Laio) e casa com a mãe (Jocasta), sem ter ciência disso. Em uma breve síntese: Laio, rei de Tebas, tem um filho. Sendo avisado pelo oráculo de que o crescimento de seu filho traria riscos à sua vida e ao seu trono, pede a um pastor que o mate. O pastor não cumpre a promessa, pendurando-o em uma árvore pelos pés. A criança é resgatada por um camponês, que lhe dá o nome de Édipo. Em uma de suas viagens, Laio encontra Édipo, que, estando no meio do caminho, recusa-se a dar licença para que o rei passasse. Como revida, Laio mata o cavalo de Édipo, que reage matando Laio e seu servo. Assim Édipo, sem saber, torna-se assassino de seu próprio pai. Ainda sem um rei para seu trono, Tebas começa a ser assombrada por um monstro, a Esfinge, que lançava um enigma como condição para que os viajantes entrassem em Tebas. Édipo desvenda o enigma, a Esfinge se autodestrói e, como agradecimento, o povo lhe torna rei. Nessa condição, Édipo casa-se com Jocasta, sem ter ciência de que ela é sua mãe. Anos depois, Tebas é atingida por uma peste, e o oráculo revela o duplo crime de Édipo. Jocasta comete o suicídio, e Édipo enlouquece, fura os dois olhos e foge de Tebas. BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia**: história de deuses e heróis – a idade da fábula. Tradução de David Jardim Júnior. 26. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 152-153.

¹⁷⁰ FREUD, Sigmund. **O ego e o id**. ESB, Rio de Janeiro: Imago, 1980. v. XIX. p. 49.

impulsos. Como isso se relaciona com supremacia judicial? Ingeborg Maus afirma que é possível perceber uma mudança na forma de “construção da consciência individual”: a figura paterna perde sua influência, configurando-se, assim, uma “sociedade órfã”. Nesse contexto, com o esvaziamento dos mecanismos de castração nas relações pessoais, o papel das “diretrizes sociais” começa a ganhar mais importância, tendo como maior exemplo a transferência de “todas as características tradicionais da imagem do pai” para uma única instituição – ao judiciário.

O judiciário como superego da sociedade implica, portanto, a “centralização da consciência social” na atividade jurisprudencial, fazendo com que todas as discussões, tensões e antagonismos provenientes dos conflitos de interesses políticos sejam dirimidos a partir de uma “função controladora da Justiça”. Mas o que isso representa para a sociedade? O conforto de, em certa medida, conviver *harmonicamente* como espectadores de sua própria história, que passa a ser construída e contada a partir de definições judiciais.¹⁷¹ É por isso que a imagem que se cria para o judiciário é a de instituição responsável por, diante de um contexto de heterogeneidade, possibilitar a “síntese social”. Este processo de deslocamento de expectativas à jurisdição começa a ficar tão intenso que a autora chega a questionar em seu artigo: “Não será a Justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituto?”.¹⁷²

A proposta deste subcapítulo não é ir tão longe, tal como o salto crítico empreendido por Ingeborg Maus ao fazer essa indagação. Mas é importante perceber que esse crédito exagerado que a sociedade deposita nas cortes ou nos tribunais constitucionais transforma-se em autoconfiança. Em outras palavras, conceber o Tribunal Constitucional Federal alemão ou o Supremo Tribunal Federal como uma “instância moral” que se manifesta pela “permanência de certa confiança popular”, uma “veneração da Justiça”, gera um duplo movimento: a concessão de supremacia judicial a este poder e, como consequência disso, uma alteração no próprio comportamento desta instância judicial, que passa a se

¹⁷¹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, pp. 183-202. nov. 2000. p. 183-196.

¹⁷² *Ibid.*, p. 187.

expressar por atos de supremacia. O resultado disso é o que a autora alemã chama de “infantilismo da crença na Justiça”.¹⁷³

É claro que, diante do descompasso entre o que a constituição garante e o que o estado não efetiva, a sociedade necessita de respostas constitucionais, sendo que, na maioria das vezes, as perguntas são direcionadas ao órgão responsável por fazer jurisdição constitucional, o Supremo Tribunal Federal. O grande ponto é que há uma confusão entre a legitimidade que o STF possui para realizar o controle de constitucionalidade (que, invariavelmente, irá passar por temas que possuem certa conotação política) e supremacia judicial. Nesse sentido, é preciso perceber que, para certos assunto (e, geralmente, naqueles que possuem grande repercussão), a construção do horizonte de sentido deve ser criado não apenas pela teoria constitucional, mas, fundamentalmente, por uma teoria política.

A associação do judiciário com a figura paterna é apenas um dos meios que deixa visível o exercício de uma autoridade que dá sustento ao discurso de supremacia. Por outro lado, a receptividade dessa ideia e o modo naturalizado como ela atravessa o imaginário social não ficam restritos à leitura psicanalítica apresentada, mas abrangem também um aspecto relacionado à capacidade (ou à habilidade) técnica que, intrinsicamente, possuem os órgãos judiciais. É a partir disso que se origina a tese de que há um discurso de *especialidade do judiciário* para resolver as controvérsias políticas (em detrimento das demais esferas de poder, as representativas): do pressuposto de que esta é a instituição que possui uma natural e admirável aptidão para retirar a sociedade de seus impasses, por ser “um terceiro neutro”, que decide por meio de “uma decisão objetiva, imparcial e, portanto, justa”.¹⁷⁴

Neste momento, pode ser aberto um pequeno parênteses sobre a questão da objetividade e da imparcialidade das decisões judiciais, buscando entender como esses elementos fazem parte do horizonte de construção da supremacia judicial. Acima foi referido que o judiciário ganha supremacia na medida em que a

¹⁷³ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, op. cit., p. 190-192.

¹⁷⁴ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, pp. 183-202. nov. 2000. p. 190.

sociedade passa a confiar cada vez mais em seus julgamentos. Confiança é uma palavra que, traduzida para a linguagem do direito, pode significar segurança jurídica, que, por sua vez, era uma preocupação do século XIX.¹⁷⁵ Assim, seja no Brasil ou na Europa continental (mas não na tradição da *common law*), é possível perceber as influências do pensamento jurídico existente nesse período para o reforço da supremacia na contemporaneidade, pois, a partir da distinção entre público e privado, visualizava nas metodologias interpretativas criadas pelo direito privado a garantia de que o judiciário assumisse um perfil técnico.

Mas como isso acontecia? Com Rafael Tomaz de Oliveira, é possível observar como a diferenciação entre público e privado, que distanciava estado e sociedade, acaba encontrando correspondência em questões relacionadas a métodos interpretativos. No continente europeu, o direito público se desenvolveu sendo equivalente a direito administrativo – uma disciplina eminentemente burocrática e regulatória do poder público. O direito privado, então, que era o palco das disputas sociais, dos conflitos entre os indivíduos, forjou o desenvolvimento de metodologias de interpretação para a decisão judicial. Com a forte influência do sistema de regras, propôs, ilusoriamente, “uma técnica conceitual asséptica”, fazendo com que a regra e sua aplicação por subsunção fosse “um modo de o jurista entregar-se a uma espécie de apoliticidade do direito”. Naquele contexto, técnico pretendia significar, portanto, não político.

Esse cenário só começou a mudar a partir do fortalecimento do movimento constitucional no continente (aspecto que está presente nos Estados Unidos desde sua fundação, por isso, a inexistência da dicotomia público/privado na América – o direito público sempre foi direito constitucional, não direito administrativo). Assim, “o constitucionalismo será [...] o ponto de estofo entre o privado e o público”.¹⁷⁶ Apesar disso, as metodologias interpretativas produzidas pelo direito privado trouxeram – e ainda trazem – muitas influências para fenômeno jurídico

¹⁷⁵ KAUFMANN, Arthut; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 112.

¹⁷⁶ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão e história: uma exploração da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial*. 2013. 264 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2013. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3223/Rafael%20Tomaz%20de%20Oliveira.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 11 jul. 2015.

contemporâneo, especialmente no Brasil. De volta ao começo, então, talvez por isso possa ser dito que a ideia de técnica acaba se conjugando com a caracterização de um *poder esclarecido*, porque, em uma radicalização do argumento, é capaz de gerar segurança jurídica para a sociedade, isto é, confiança de que “[...] as regras que organizam as instituições políticas são gerais e previsíveis”.¹⁷⁷

Foucault já dizia que todo poder pressupõe uma relação com o saber (e vice-versa).¹⁷⁸ Em resumo, saber é poder. Então, o que sabem as cortes/tribunais constitucionais? Ora, eles sabem como melhor aplicar as leis; sabem como decidir adequadamente. Afinal, essas instituições agem por justiça – sempre vão apresentar a solução mais justa para a controvérsia. É essa uma das possíveis imagens que pode ter sido criada para os órgãos judiciais, especialmente para os que *decidem por último*, e é isso que de certo modo pode ter fomentado o discurso de supremacia. Esse é apenas um dos elementos que desperta na sociedade a confiança de que, deslocando a responsabilidade das decisões fundamentais da comunidade política para o judiciário, será produzido uma definição à melhor luz: à luz de um saber técnico (jurídico).

Aqui, vem à lembrança novamente Michel Foucault, que, em um diálogo que discutia a possibilidade de criar uma justiça popular para julgar a polícia, elabora, através de um tom anedótico, uma tríplice estrutura para pensar como se manifesta um tribunal: um elemento terceiro; uma regra universal de justiça e uma decisão com poder executório.¹⁷⁹ Talvez o argumento de Foucault permita melhor enxergar como se desenvolve a ideia de imparcialidade – por afastamento emocional da situação (o tribunal é um terceiro isento, distanciado), por universalidade (acredita-se que ele estaria agindo, com repercussão para todos, como seria feito em qualquer situação análoga, independente dos envolvidos) e por autoridade (não importa o resultado, o tribunal tem a prerrogativa de definir e

¹⁷⁷ CUNHA, Luciana Gross. Por que devemos confiar no judiciário? In: WANG, Daniel Wei Liang (Org.). **Constituição e política na democracia**: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 167-178. Especificamente, p. 170.

¹⁷⁸ FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Editora Loyola, 2010. p. 30.

¹⁷⁹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 14. ed. Tradução e organização de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999. p. 47.

de exigir o cumprimento de sua decisão). Só que essa é apenas uma versão da história.

Como mesmo lembra Ingeborg Maus, o “aumento do poder da interpretação”, a “constante disposição para litigar” e a “consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador”, consequências do paradigma constitucional que resultou do pós-Segunda Guerra Mundial, repercutiram numa “veneração religiosa” ao judiciário.¹⁸⁰ Teoricamente, essa *profissão de fé* de que fala a autora foi incentivada pelo movimento neoconstitucionalista, que favoreceu a formação de uma cultura jurídica na qual as cortes/tribunais eram considerados protagonistas da democracia, não apenas em seu sentido simbólico, mas também pela inclusão do elemento discricionariedade judicial como inerente à interpretação constitucional. ¹⁸¹Assim acontece a transição da concessão (seja pela própria sociedade ou pela teoria do direito) para a sensação de supremacia, que começa a ser experimentada por estas instâncias de jurisdição e que, portanto, passam a vivenciar o gozo de *estar em supremacia*, de ser o poder supremo. E, com isso, desaparece a figura da instituição técnica, composta por agentes que decidirão através de critérios de impessoalidade. É o que leva Lenio Streck a perguntar, em tom crítico à atuação dos juízes e tribunais: *o que é isto – decido conforme minha consciência?*¹⁸²

Contemplando tudo o que foi construído acima para demonstrar como o discurso de supremacia judicial se naturaliza, é desse modo que o Supremo Tribunal Federal aparece como uma *figura mitológica – o oráculo do Brasil* (a metáfora já foi justificada no subcapítulo anterior, através das profecias de Delfos). Mas o que é um mito? Há incontáveis abordagens que podem responder a essa questão. Pensando bem, é possível que a pergunta tenha sido mal elaborada, porque, em verdade, não se pretende criar aqui uma genealogia do mito, mas compreender como isso importa ao fenômeno jurídico, mais especificamente, ao

¹⁸⁰ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, pp. 183-202. nov. 2000. p. 185.

¹⁸¹ Discussões neste sentido, que envolvem neoconstitucionalismo e judiciário, são feitas na seguinte obra: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

¹⁸² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. vol. 1. (Coleção O que é isto?).

discurso naturalizado de supremacia judicial e ao STF como *figura mitológica*. E, por isso, talvez não haja melhor encaixe para o tema do que as palavras de Luis Alberto Warat.

O mito “faz compreender e impõe”, “esvazia o real e pacifica consciências”, provoca “a conciliação das contradições”, “permite que o significante e o significado adquiram uma relação natural” – é o que afirma Warat quando escreve sua crítica (que, à época, estava direcionada ao senso comum legalista-positivista).¹⁸³ Essas são as frases que devem brotar no pensamento quando se lê *naturalização do discurso de supremacia judicial*, afinal, sendo a democracia um regime de tensões, contradições e incertezas, nada melhor do que acomodá-las no conforto dos braços de uma *figura mitológica* com poderes supremos (impossível não lembrar também aqui da imagem do pai, trazida por Ingeborg Maus). O STF exercendo supremacia é isso: um discurso que ajuda a compreender os descompassos institucionais e, ao mesmo tempo, impõe um modelo, seja porque considerado uma fatalidade inevitável (uma tendência natural de um cenário político em crise, fragilizado, simultaneamente, pela apatia das instâncias majoritárias, mas também pelo descrédito de seus eleitores), seja porque desejado (numa espécie de confiança social atribuída).

A supremacia judicial aparece como discurso pois está imersa no mito de que a constituição lhe fornece as condições para seu surgimento (seja como tese ou como prática jurisdicional) ou, então, porque seria o caminho inevitável de desenvolvimento (ou progresso?) da cultura jurídica contemporânea. Isto é, seu discurso parte de uma “simplificação da realidade”, que, em verdade, aparece deformada. Entretanto, o fato de que a supremacia judicial existe apenas “no objeto imaginário”, como algo criado, não é aparente. Pelo contrário, este é um componente que está alienado (ou que se funda por alienação), não sendo perceptível. Portanto, no emprego do discurso, ignora-se o fato de que existe um emissor da mensagem de que supremacia judicial é a forma de manifestação do ato judiciário. Quem seria estaria transmitindo essa ideia? Alguns indícios já apareceram, mas o próximo capítulo poderá esclarecer ainda mais.

¹⁸³ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 104-107.

Retomando o assunto, este estado de posicionar-se alheio à supremacia judicial como discurso inventado é provocado e incentivado pela sensação causada por seus efeitos, suas repercussões no imaginário da sociedade: “pacifica consciências” e gera “[...] politicamente a conciliação das contradições”. É por isso, por essa impressão de conforto que é pressuposto ao mito, que o discurso se naturaliza, gerando aceitação, “veneração às formas de poder que o criam”, através do estabelecimento artificial de “relações necessárias e esquemas ideais”. Assim, o discurso de supremacia judicial “opera como lei universal”, o que ganha ainda mais peso quando a instituição para a qual se destina este discurso começa a consolidá-lo satisfatoriamente como prática. Por fim, é preciso reconhecer: é muito melhor, porém não menos complexo, escrever dois parágrafos à quatro mãos: Warat fala o tempo inteiro neste momento, através do uso de aspas.

De tudo o que foi mencionado, é possível concluir que há outra via pela qual o discurso de supremacia judicial se naturaliza no Brasil: através do exercício de uma *autoridade simbólica*. O Supremo Tribunal Federal como o *poder mais admirado* é fruto disso – da percepção de que há um modo de tornar natural sua supremacia que não está diretamente vinculado a um discurso que se extrai da previsão do controle de constitucionalidade, como é o caso do entendimento de que o STF possui a última palavra na construção do direito e o de que ele controla a política em sentido amplo (governa). Ao contrário de autoridades que se fundam a partir de um elo com funções constitucionais que se acredita que já tenham sido instituídas (e, portanto, alcançariam sua legitimidade pelo texto da constituição), trata-se de um papel que é construído pelo imaginário da sociedade – o de protagonista das relações sociais, e que acaba sendo assimilado de modo cada vez mais naturalizado, a exemplo da já referida afirmação de Bruce Ackerman quanto ao contexto norte-americano: ninguém espera mais que as transformações políticas da sociedade aconteçam por emendas constitucionais, mas se aguarda um posicionamento do judiciário, mais especificamente, da Suprema Corte ou do STF.

O parágrafo acima provoca, no mínimo, três questionamentos fundamentais que sustentam o desenvolvimento da proposta: *a.* o que significa *autoridade simbólica*?; *b.* como justificar o uso da expressão *o poder mais admirado*?; e *c.*

como se relacionam ou interagem esses dois elementos em relação ao tema? Para começar, há diversos posicionamentos que tratam da dimensão simbólica e de sua relação com o direito, com as instituições ou com a sociedade. Pierre Bourdieu dizia que “o poder simbólico é um poder construtor da realidade”; ele compreendia os símbolos como instrumento de “integração social”.¹⁸⁴ Para Cornelius Castoriadis, é o simbólico que dá condições para a existência do imaginário, que é algo criado, inventado.¹⁸⁵ Marcelo Neves, por sua vez, após escrever um longo capítulo para tratar das diferentes perspectivas teóricas sobre símbolo, conclui que a “constitucionalização simbólica [...] responde a exigências e objetivos políticos concretos”¹⁸⁶ e que a função simbólica da lei (ou da constituição) diz respeito a finalidades que não estão diretamente relacionadas com normatividade, mas com fins políticos.¹⁸⁷

Todos esses autores contribuem muito à primeira questão e inspiram a ideia proposta para este subcapítulo. Contudo, sua abordagem não está relacionada à problematização sobre supremacia judicial. Então, o que mais deve ser dito? Luis Alberto Warat, em sua crítica ao senso comum legalista, já deixava bem claro: são as “práticas, mitos e teorias refinadas” que produzem a “ordem simbólica da sociedade”.¹⁸⁸ Símbolo é uma representação de algo. Neste caso, simbólico está qualificando a palavra autoridade. Assim, quando se refere que a atuação do STF é acompanhada de uma *autoridade simbólica*, o que se pretende afirmar é que existe um imaginário social no qual o Tribunal exerce um papel (o de *poder mais admirado*) através de uma autoridade inventada: a da instituição dotada de supremacia, capaz de retirar a sociedade da angústia da indefinição política que paira sobre certas matérias, aquelas mais sensíveis aos interesses da comunidade. Quanta responsabilidade, não é mesmo? Nessas horas, uma frase

¹⁸⁴ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989. p. 9-12.

¹⁸⁵ CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. 6. ed. Tradução de Guy Reynaud e revisão técnica de Luis Roberto Salinas Fortes. São Paulo: Paz e Terra, 1982. (Coleção Rumos da Cultura Moderna, v. 52)

¹⁸⁶ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. p. 88.

¹⁸⁷ Ibid., p. 31-32.

¹⁸⁸ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I: interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 19.

de Warat brota no pensamento: “a democracia precisa da redefinição dos espaços simbólicos do Direito”.¹⁸⁹

Mas por que ele pode ser considerado *o poder mais admirado*? Rui Barbosa afirmava que os americanos olhavam para a Suprema Corte “com uma admiração sem reservas”, uma instituição que promove a paz, a prosperidade e a dignidade da nação.¹⁹⁰ Exatamente isso, paira no ar essa ideia de que o STF é a única instituição que corresponde às expectativas sociais. E, nesse aspecto, é possível que muitas vezes nem seja tão relevante o conteúdo da decisão judicial, pois só o ato simbólico de colocar a controvérsia sob discussão já cria nos cidadãos a sensação de reciprocidade em relação a esta instância jurisdicional. A *admiração* fica ainda maior se for pensado que essa resposta política esperada pela sociedade é obtida por meio de uma definição jurídica, o que dá ainda mais prestígio ao Tribunal, considerando o imaginário que visualiza o STF como o *poder esclarecido*, especializado, aquele que possui condições técnicas de analisar as matérias.

Como foi dito, o resultado do julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal até pode não importar, no sentido de que disso não depende sua *autoridade simbólica*, vinculada tão somente ao fato desta ser a instituição que será provocada a responder as expectativas democráticas, seja por confiança ou porque não existem mecanismos institucionais imediatos para chamar o poder político à responsabilidade (aqui poderia ser considerado o processo eleitoral, que, todavia, possui prazo determinado para ocorrer). Contudo, os recentes posicionamentos deste Tribunal revelam a sua preocupação em confortar os anseios da sociedade em suas demandas, decidindo não por critérios de juridicidade, mas sinalizando positivamente ao clamor social, agindo, portanto, em oposição à imagem técnica que lhe foi atribuída. Talvez o exemplo mais claro disso seja a polêmica gerada, em dois tempos, em torno da presunção da inocência, prevista na constituição federal brasileira nos seguintes termos: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º., LVII).

¹⁸⁹ Ibid., p. 24.

¹⁹⁰ BARBOSA, Rui. **Teoria política**. Rio de Janeiro: W. M. Jackson Inc. Editores, 1970. v. XXXVI. (Clássicos Jackson). p. 124.

Em duas situações jurídicas distintas, o STF decidiu pela relativização da exigência do trânsito em julgado para que sentenças penais condenatórias passassem a gerar efeitos: primeiro, no julgamento conjunto das Ações Diretas de Constitucionalidade n. 29 e n. 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4578, que analisavam a lei complementar n. 135/2010 (chamada lei da ficha limpa) no que dizia respeito à inelegibilidade dos candidatos que tivessem condenações penais no segundo grau de jurisdição; e, recentemente, no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292. Como o objetivo não é fazer uma análise desses casos, mas apenas ilustrar o que foi afirmado acima, o que interessa para o momento é perceber que essas decisões fazem parte de um contexto no qual o Brasil vivenciou uma forte onda de corrupção.

Diante dos diversos escândalos veiculados pela mídia, criou-se um cenário que, em certa medida, alçou o judiciário e, com ele, o direito penal, ao papel de correção dos excessos do poder político a todo custo: inclusive, às custas de uma garantia constitucional (como a presunção de inocência). Em meio à tensão que provocava radicalizações polarizadas, criou-se um ambiente no qual o instinto da sociedade exigia punição, até mesmo com certa intolerância às garantias que regem o andamento do processo penal. As notícias veiculadas incentivavam um clima de insegurança.

Não era exigível dos cidadãos que, convivendo com o temor da impunidade, não pretendessem barrar a candidatura de políticos que pudessem estar envolvidos com práticas corruptivas (mesmo que isso não tivesse sido judicialmente confirmado). Não era espantoso que desejassem a prisão dos indiciados em tempo ágil ou, ainda, que tivessem conhecimento de que alguns aspectos da morosidade do trâmite da justiça fazem parte do rol de conquistas constitucionais. Entretanto, era isso que se esperava do STF: que não temesse a indisposição popular (que só afeta exclusivamente sua imagem, por que seus ministros não possuem mandato) e decidisse de acordo com o que garante a legislação processual penal e a constituição.

Mas não foi o que aconteceu. E, no primeiro caso referido (o da ficha limpa), houve até ministro que se fez de boneco, deixando seu ventríloquo – o povo – falar nos autos: “[...] não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um

descompasso entre a jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema ‘ficha limpa’; “[...] ou bem se realinha a interpretação da presunção de inocência, ao menos em termos de Direito Eleitoral, com o estado espiritual do povo brasileiro, ou se desacetada a Constituição”.¹⁹¹ Corrupção é um tema simpático para comemorar este tipo de decisão. E, então, como não se sentir representado por uma instituição que resolve em nome da democracia falar? Como não visualizar um ato de supremacia no julgamento que decide o texto da constituição alterar? Esse tipo de julgamento gera um duplo efeito: a descrença nas instituições majoritárias e, conseqüentemente, a aposta no judiciário, como o órgão capaz de sanar as mazelas da sociedade. O inevitável salta aos olhos – da *autoridade simbólica* do Tribunal já não se pode mais duvidar.

Lá no começo, foi trazido o posicionamento de Neal Devins e Louis Fisher sobre o tema: a supremacia judicial aparece como “o modelo ensinado”. O uso da palavra modelo gerou desdobramentos reflexivos, a proposta de duas concepções. Diante disso, foi afirmado que, para este momento, interessava a leitura que possibilita a associação do termo com predicados positivos, juízos de valor que exprimem qualidades. Claro, o objetivo era demonstrar como elevar o Supremo Tribunal Federal ao papel de *poder mais admirado* pode fomentar o discurso de supremacia, e, nesse sentido, a ideia de admiração casa muito bem com a de bons atributos.

Mas não é bem assim. Pensando melhor agora, talvez o ápice do argumento deste subcapítulo seja quando, a partir da caracterização de uma *autoridade simbólica*, esta dualidade sugerida passa a ser visualizada em sua união: se modelo significa padrão, mas também conduta exemplar, o que seria a supremacia judicial senão o discurso que naturaliza o comportamento admirado/legitimado como algo regular? Supremacia judicial pode ser modelo por admiração a uma instituição que detém o saber para os impasses da sociedade resolver; e supremacia judicial pode ser modelo por dar identidade a este poder. Só que a autoridade simbólica do STF não nasce apenas se a junção dessas duas partes

¹⁹¹ Voto do Ministro Luiz Fux, no julgamento da ADC n. 29-DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Constitucionalidade n. 29, julgada pelo Plenário. Brasília, 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso em: ago. 2016.

ocorrer? É isso; e o resultado seria a aceitação de um perfil jurisdicional específico – o STF como o melhor ator político, o que possui conhecimento especializado para dar definições sobre assuntos controversos – compreendido como modelo jurisdicional.

“Uma mentira contada mil vezes torna-se verdade”. Esse é o problema. Quando algo fixa no imaginário social fica muito difícil de desconstruir. Um mentira bem contada por um bom tempo é capaz de esconder a verdade por completo, sem deixar rastros, até fazê-la desaparecer, e o que acaba sobrando é apenas a narrativa que foi construída ou arquitetada para encobri-la. Quanto mais elaborado o discurso que afasta a verdade, maior o risco de que a mentira seja descoberta, mas, por outro lado, crescem também as possibilidades de que seja considerada crível, até mesmo para seu emissor, o bom contador de mentiras.

Assim acontece com a naturalização do discurso de supremacia judicial no Brasil: exercendo uma autoridade simbólica, isto é, no papel de *poder mais admirado*, o Supremo Tribunal Federal ganha legitimidade, para lembrar de Martin Shapiro e de Alec Sweet, sendo aquilo que ele não é – a única e a instituição mais apta a dar respostas à sociedade diante de seus impasses políticos. Em outras palavras, ocorre neste caso o mesmo que se observa em relação à frase “uma mentira contada mil vezes torna-se verdade”: todo mundo afirma que foi dita por Joseph Goebbels, mas não há nenhum registro que confirme sua autoria. Mas assim fica sendo dele.

3.4 ATO FINAL: UMA GRANDE PEÇA?

Uma grande peça, não é mesmo? Essa frase já apareceu na tese, escrita exatamente assim, sem qualquer alteração – e não, não foi neste capítulo. Mas ela faz parte de um contexto que iluminou o modo escolhido para tratar de supremacia judicial, ou melhor, dos elementos que compõem a construção de seu discurso, tornando-o um fenômeno natural nas democracias constitucionais, que se pautam pela exigência de ampla concretização de direitos – efetividades materiais. Lá na parte quando a pergunta primeiro aparece (2.3), antes dela, é

anunciado uma possível visão do papel do Supremo Tribunal Federal brasileiro, desdobrada em três atos: *o intérprete autorizado*, *o governante bem intencionado* e *o poder mais admirado*, expressões que sugerem a atribuição de poderes supremos a esta instituição. Como isso tudo se conjuga? O objetivo era já ter deixado bem claro, mas um bom diálogo final pode ajudar ainda mais.

Um componente extraordinariamente importante do sistema. Uma parte fundamental para o jogo. Esse pode ser um dos sentidos que se extrai da palavra peça. Mas essa é uma visão unilateral: a que torna a peça imprescindível. Só que, dentro de um maquinário, também pode existir o que é descartável e, até mesmo, o imperceptível que faz tudo funcionar da maneira adequada; ou, ainda, aquilo que é, simplesmente, mais uma, dentre as várias, peças existentes. A ideia de peça carrega, portanto, uma ambivalência. E como isso se aproxima da atuação do STF?

A *autoridade interpretativa* que lhe é investida pode transformá-lo em um relevante elemento do sistema jurídico, necessário para o amadurecimento da cultura constitucional do país; um órgão com função especializada de resolver conflitos, com a responsabilidade de ser a última instância de decisão judicial – de fato, uma grande e importante peça do estado. Por outro lado, disso também podem surgir exageros, como considerá-lo *o intérprete autorizado*, a única instituição responsável em dar sentido ao direito brasileiro – a peça mais importante, a que possui *supremacia* em relação às demais.

Peça pode remeter, ainda, à piada, isto é, a um engano que, até mesmo, desperta risos, porque constrangedoramente engraçado. É possível que signifique também uma situação incomum, um episódio curioso, que foge da trivialidade, que espanta por ser inesperado. Também indica uma trapaça, uma mudança repentina e, acima de tudo, não previsível, no curso de um acontecimento. Alguém lembrou aqui da imagem do *governante bem intencionado*? Governo pressupõe representatividade, que, por sua vez, conecta-se à democracia. Governo é política; jurisdição, direito. Não que essas duas esferas não se comuniquem, pelo contrário; não que o STF não seja também um órgão político. Mas um tribunal fazendo política via decisão judicial, com poderes de governo, só pode ser uma grande peça, não é mesmo? Sem quaisquer dúvidas, a *autoridade política* das instâncias

majoritárias sendo transferida para o STF é, realmente, uma enorme peça. Quem a está pregando? Parece um pouco cedo para afirmar com certeza, mas uma dúvida já não existe mais: que tudo isso conduz à supremacia judicial.

Já que o assunto pesou um pouco, assumiu certo tom crítico, que tal um pouco mais de leveza? Peças de teatro. O palco é um lugar mágico; é espaço para ser o que quiser. É o âmbito da criatividade, onde a imaginação ganha asas. Peças têm atores, e também personagens. Protagonistas, antagonistas e coadjuvantes. Dá pra ser cômico, mas também dramático. Os artistas encarnam papéis, a partir de roteiros escritos. O *script* determina o que vai ser dito e o momento exato para as intervenções de cada um na cena. Mas o tom da dramaturgia, a encenação do que está previsto como enredo, é o intérprete quem cria. Ele até pode tentar controlar, atuar de modo a provocar intencionalmente reações projetadas na plateia, mas não há total previsibilidade sobre as sensações que serão despertadas em seu público. Assim, por vezes, seu desempenho, compreendido como talento e habilidade, criará muita admiração e talvez até fidelidade em seus expectadores – assim nasceriam os fãs clubes? Quando isso acontece, as pessoas passam a se identificar, nem se saberá mais se com o artista ou com a personagem. Quem é o protagonista na democracia brasileira nos últimos tempos? Para quem estão direcionados os holofotes? Estrelando, o *poder mais admirado*, o Supremo Tribunal Federal. A *autoridade simbólica* exercida por ele é, sim, uma grande peça, chamada supremacia judicial.

Por fim, peça. Peça que a proposta seja melhor resumida, sem poesia, sem metaforologia ou polissemia. Peça que ela seja explicada, ou melhor, sintetizada. Peça que as partes sejam conjugadas, mas sem linguagem figurada. O que pode ser melhor para um fim, senão contar brevemente a hipótese teórica pensada? Há três elementos que sustentam o discurso de supremacia judicial no Brasil, que são incentivados por uma leitura do papel da Suprema Corte norte-americana, transportada para o contexto brasileiro.

A tese de que a última palavra do Supremo Tribunal Federal é fonte exclusiva de construção do direito constitucional; a ideia de sobreposição desta instituição sobre a atuação do poder político, numa transferência de competências direcionada à jurisdição; a crença que esta instância judicial possui aptidão para

melhor resolver as controvérsias sociais, associada à confiança nela depositada – esses são os três componentes, que, unidos, formam um desenho possível para a supremacia judicial, seja nos Estados Unidos ou no Brasil. Essa é a hipótese teórica da tese, mas talvez outras ainda possam ser pensadas, a partir de bases doutrinárias distintas das que foram exploradas.

Sob certo ponto de vista, trata-se de um desenho monocromático, pois o traço que lhe dá vida é esboçado através de um único tom: o argumento constitucional. É possível demonstrar o que isso significa ou como isso é construído. O STF é considerado o *intérprete autorizado*, pois é ele o *guardião da constituição* ou, ainda, porque o texto constitucional define que ele é a instituição quem decide por último. Neste caso, tanto o fato de que ele é o destinatário do derradeiro apelo em matéria constitucional quanto o de que possui competência para verificar a constitucionalidade das leis em sede de controle concentrado acabam sendo entendidos como funções que lhe concedem o monopólio de apresentar definições/interpretações que criam o “DNA do direito” brasileiro, para usar uma terminologia de Lenio Streck, em uma assimilação das teses realistas (Oliver Wendell Holmes).

Seguindo quase a mesma linha de raciocínio, o STF vira o *governante bem intencionado* sob a alegação de que se trata de uma exigência do constitucionalismo democrático que ele interfira naquelas situações em que os demais poderes não se posicionaram – e que se esperava que houvesse uma conduta proativa, seja do legislativo ou do executivo. Sua atuação acaba atingindo dimensão majoritária a pretexto da defesa de interesses contramajoritários. Isto é, fundamentado pela proteção dos direitos das minorias (premissa do contramajoritarismo), acaba virando demanda constitucional que o Tribunal faça política pública.

Por fim, talvez o STF como o *poder mais admirado* seja o único elemento que não esteja tão diretamente ligado a uma radicalização das funções que a constituição atribui a este órgão judicial, como ocorre nas outras hipóteses, mas, sim, com o desenvolvimento de uma espécie de cultura constitucional, incentivada por aportes teóricos que elevam o judiciário ao papel de protagonista em democracias constitucionais. Tudo isso revela que, nessas três leituras, a

supremacia judicial aparece como algo já entranhado no direito constitucional brasileiro; algo próprio, intrínseco, inerente. Fica fácil e confortável sustentar que o Supremo Tribunal Federal possui supremacia com tamanha elasticidade e extensão empregadas no argumento constitucional, que, por isso mesmo, torna-se um discurso falacioso.

Neste momento, ilumina-se outro ponto. A supremacia judicial é composta por uma dimensão de autoridade, apresentada em três desdobramentos: autoridade interpretativa, política e simbólica. Mas talvez o último deles – a autoridade simbólica – seja o *fio de ouro* que costura todos os pontos. Afinal, a última palavra do Supremo Tribunal Federal sem a dimensão simbólica de supremacia é apenas o reconhecimento de que a interpretação final da constituição (ou de uma lei) é feita por esse órgão, o que, numa leitura técnica do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, é impossível de contestar. Ou seja, sem atribuir efeitos simbólicos ao que representa o papel do STF como último intérprete da constituição, a autoridade interpretativa é mero controle de constitucionalidade. Do mesmo modo, a legitimidade do exercício da jurisdição conjugado a funções de governo só garante a supremacia do Tribunal porque existe certa empatia com a tese, o que em grande medida está vinculado às boas intenções desta instituição ao promover tais ações que não são de sua competência. Portanto, sua autoridade política se desenvolve e se consolida na medida em que cresce, simbolicamente, fixa-se no imaginário jurídico a ideia de que o STF é a instituição mais apta a resolver os problemas e dirimir os conflitos da sociedade.

Para finalizar, mas já projetando um novo começo: não se pode esquecer de Hannah Arendt e de sua interlocução junto ao texto. Autoridade pressupõe respeito, ou seja, é um elemento, no mínimo, bipolar: há o *locus* de quem é respeitado, mas também aquele de onde emana o respeito. A supremacia por autoridade é, portanto, uma *supremacia consentida, concedida* – a tese final já começa a aparecer aqui em seus conceitos fundamentais. E, por isso, seria interessante finalizar com alguns questionamentos: quem vem primeiro, a dimensão de supremacia judicial consentida (concedida ou construída) ou o exercício de supremacia? E mais: quem concede supremacia ao judiciário? Em

outras palavras, quem autoriza o autor? Essas perguntas de certo modo já foram pulverizadas ao longo dos capítulos, sempre criando a expectativa de que, em algum momento, pudessem vir a ser respondidas, não com a pretensão de palavra final. A hora certa já se avizinha.

4 CLÍMAX. A DESCONSTRUÇÃO DO MÉTODO COBB POSSIBILITADA PELO DESPERTAR DA DÚVIDA – PROBLEMATIZANDO O DISCURSO NATURALIZADO DE SUPREMACIA JUDICIAL SOB OS APORTES DA RELAÇÃO DIREITO-POLÍTICA

Cobb: Qual o parasita mais resistente? Uma bactéria? Um vírus? Um verme intestinal?

Arthur: O que o Sr. Cobb está tentando dizer é...

Cobb: Uma ideia. Resistente e altamente contagiosa. Quando uma ideia se apossa do cérebro é quase impossível erradicá-la.

Uma ideia totalmente formada e compreendida, penetra fundo e fica na mente, em algum lugar.

Esse diálogo é extraído de “A Origem (*Inception*)”¹⁹², filme no qual a personagem principal (Dom Cobb), encenada pelo ator Leonardo DiCaprio, é dotada de um grande talento: acessar o inconsciente das pessoas durante o sonho, implantando ideias. Essa é sua atividade profissional, portanto, tudo é feito com uma finalidade bem específica, sendo contratado para tanto. O processo, que nesta tese aparece sendo chamado de *método Cobb*, é complicado, composto por três estratégias executadas em um plano onírico: (1) a existência de um *cenário* perfeito (um ambiente propício), (2) a apresentação de uma *ideia pronta* de modo natural e (3) a criação, de forma muito tênue e não aparente, do necessário *discurso* de convencimento no imaginário da pessoa, que é articulado por intermediários conscientes da importância de seu papel e das consequências de suas atitudes para atingir um fim. A previsibilidade que Cobb e sua equipe possuem sobre o resultado de cada ação conjugada com a velocidade das cenas impressiona quando se está imerso no enredo, remetendo o espectador à imagem do efeito dominó – um acontecimento condicionando o outro.

O roteiro é interessante e pode conduzir a diferentes tipos de reflexões, em especial aquelas direcionadas ao âmbito da psicologia e/ou da psicanálise. Mas, dentre os diversos ensaios mentalmente rascunhados quando a passagem do letreiro na tela indica seu fim, melhor escolher algum que possa ter relevância em dar publicidade, que seja oportuno: a metáfora presente na *estória* pode ser

¹⁹² A ORIGEM. Direção: Christopher Nolan. Produção: Christopher Nolan, Emma Thomas. Produtoras: Legendary Pictures, Syncopy. 2010.

dedicada ao tema da tese. Não foi afirmado desde a introdução que prospera no Brasil um discurso naturalizado de supremacia judicial (direcionado ao Supremo Tribunal Federal, irradiando-se em certa medida por toda jurisdição¹⁹³), que, na verdade, é construído através dos incentivos da relação direito e política sob perspectivas distintas? Este é o capítulo que representa o clímax, o auge da problematização – está na hora de demonstrar com clareza o sentido dessa afirmação.

“Um comportamento que se naturaliza leva muitos anos para ‘desnaturalizar’. Transforma-se em dogmática, eliminando o tempo e as coisas [...]”¹⁹⁴. Qualquer semelhança com o argumento da tese *não* é mera coincidência, poderia corresponder a uma espécie de *paternidade acadêmica*. Mas qualquer semelhança – com o filme – é, sim, obra do acaso. Deixando de lado o jogo com as palavras, o fato é que, se não fosse possível ter acesso ao artigo de onde foi retirado este fragmento de texto ou se não se pudesse conhecer sua autoria, alguém poderia até pensar que essa frase de Lenio Streck é mais uma fala de Cobb, não é mesmo? Seria quase uma perfeita *implantação* ou *inserção* do jurista em “A Origem” – o quase vale pelo tom diferenciado: o jurista se pronuncia com desânimo e tom crítico diante desta realidade; a personagem, no entanto, com o brilho da ambição nos olhos.

Lenio Streck se encaixaria muito bem como um terceiro elemento na conversa transcrita no começo. Como a imaginação é fértil demais, logo o coloca de vez em cena, dando continuidade ao diálogo de Cobb, contando a ele os efeitos nocivos de uma *ideia enraizada* para o direito brasileiro, do modo que tem feito ao longo de sua trajetória acadêmica. Falaria, então, da importância de *revolver* os *sentidos*, o que, numa linguagem heideggeriana, aponta para a necessidade de revisitar os pré-conceitos acumulados nas transformações da linguagem. Diante

¹⁹³ Relembrando: na medida em que o Brasil conjuga a modalidade de controle de constitucionalidade concentrado com a possibilidade – e dever – de fazer jurisdição constitucional desde a primeira instância judicial (controle difuso), pode-se verificar reflexos da hipótese teórica que naturaliza o discurso de supremacia judicial também em outros órgãos do judiciário brasileiro, não na mesma intensidade, tampouco em todos os sentidos nesta tese desenvolvidos (a leitura que atribui ao STF a última palavra é exclusiva para esta instituição, por exemplo).

¹⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? In: _____; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. n. 12. p. 97-104. Especificamente, p. 102.

desse relato do jurista, a personagem replicaria, sorrindo jocosamente: “Bobagem essa sua preocupação; ela é vã”. Na sequência, provavelmente, tentando salvar *seu método* da astúcia daquele interlocutor sagaz, Cobb explicaria, então, o motivo de sua represália ao jurista: “as pessoas que *foram invadidas* por uma *inserção* não têm consciência disso, portanto, não percebem o que está acontecendo: quando uma ideia é bem *implantada*, não há qualquer tipo de mal estar”.

“Tudo brota na mente, chega pronto; e é impossível desacreditar da ideia, porque seria como desacreditar-se de si mesmo” – poderiam ser essas as derradeiras palavras de Cobb. A ficção criada acima, através de diálogos imaginários (entre Cobb e Lenio Streck), já antecipa um pouco onde se pretende chegar. Contudo, há outra associação possível: relacionando esses três elementos – o percurso percorrido até este momento da tese, o teor da manifestação do pensamento jurídico de Streck e o enredo do filme –, é possível observar como o *método* da personagem para exercer seu ofício está relacionado com os conteúdos que estruturam a tese. Tem-se aqui a visualização de uma *inception*? Não desta autora, cuja intenção sempre foi encher o texto de interrogações, como já deve ter sido perceber ao longo dos capítulos.

Para começar, Cobb precisa de um *cenário perfeito*; ele contrata até arquitetos que possam dar mais realidade ao momento. Assim, aproveitando a leitura que se fez do filme, o que seria um *cenário perfeito* para a construção do discurso de supremacia judicial no Brasil? Não poderiam ser as edificações (ou sedimentações) que são instituídas a partir do aproveitamento das experiências vivenciadas pelas tradições americana e alemã? Não seria a existência do que foi chamado, metaforicamente, de uma *difusão conceitual (intencional e não equilibrada)*? Não se conjugaria a isso as dificuldades que o contexto brasileiro enfrentou para a consolidação de um regime democrático e, assim, para o fortalecimento do constitucionalismo? Não é esse o conteúdo do primeiro capítulo – desnudar a conformação de um *cenário* propício à naturalização da supremacia judicial? A resposta, para todas essas perguntas, é sim.

Por outro lado, quando se afirma que o Supremo Tribunal Federal brasileiro possui poderes supremos, não se está diante de uma *ideia* que chega *pronta*? A tese não parte justamente da naturalização do discurso de supremacia? Isso não

prolifera no Brasil – doutrinaria, institucional e simbolicamente – de um modo um tanto quanto incontestável na atual conjuntura, como um pressuposto para compreender a atuação do tribunal de última instância brasileiro, algo inerente? Não faz parte do imaginário jurídico o pensamento que entre controle de constitucionalidade e supremacia judicial haveria uma conexão natural, isto é, que seriam componentes indissociáveis? O segundo capítulo não foi escrito com o objetivo de explicitar os prováveis elementos que compõem o sentido de supremacia judicial de forma naturalizada, isto é, para revelar algumas hipóteses teóricas que lhe dão conteúdo, o que encaminha o leitor para a apresentação da ideia? Novamente, são muitas perguntas, e elas podem angustiar. Todavia, já se sabe que, com elas, se quer chegar ao sim.

O que falta, então, para completar os três movimentos da personagem que foram identificados acima? Qual a última parte do *método Cobb*? O desenvolvimento de um *discurso* que sustenta a ideia, que é o componente de persuasão, aquele que, usando a linguagem de “A Origem”, *implanta/insere* no sujeito (ou na sociedade) a sensação de que não há outro modo de compreender algum acontecimento (ou certo fenômeno) a não ser sob determinada perspectiva bem orientada. Talvez aqui apareça da melhor forma o significado do termo *naturalização* utilizado durante a tese – como a impossibilidade (ou o desacerto) do pensamento que é divergente daquele que, fundado no argumento constitucional, constrói o discurso de supremacia do judiciário.

A metáfora construída a partir deste filme é realmente muito útil. O *discurso naturalizado* se fixa no imaginário pela ausência de elementos de provocação – eles se tornam, na verdade, invisíveis. Diante de uma ideia implantada, a dúvida, então, é inexistente. A convicção e a aparência de certeza que subjaz ao *discurso* é possibilitada pela firmeza de seus argumentos, escolhidos com cuidado. Afinal, voltando ao tema, poderia haver melhor discurso para estados democráticos do aqueles construídos sob argumentos que encontram justificativas para comportamentos/posturas das instituições no apelo constitucional, em nome da constituição? O texto constitucional está no topo da pirâmide; ele deve ser cumprido – e impõe concretização de direitos aos cidadãos. Nem que pra isso seja necessário supremacia judicial. Quase dá para se convencer da ideia.

Mas, não. Este capítulo se diferencia dos demais porque possui um *quê* de rebeldia, de indignação. Foi pensado para desacomodar. Em outras partes do texto, diversas perguntas já apareceram, e muitas delas ficaram sem respostas. Sobre elas, há duas declarações: está em sua gênese justamente o pensamento que transitava, na estrutura apenas mentalmente criada para a tese, diretamente para este momento; eram geradas pelas sementes plantadas aqui, no espaço aberto para problematizações. Em outras palavras, *o encontro já estava marcado*, o teor da conversa também, faltava apenas a maturidade para se conseguir chegar até esta fase; demorou o tempo de dois capítulos.

O outro pronunciamento a ser feito está relacionado ao fato de que é possível, mas pouco provável, que alguns dos questionamentos já lançados se percam durante o percurso que é trilhado página a página, ou seja, que fiquem presos à temporalidade do capítulo que já passou – seja porque o leitor (ou a autora) os esqueceu ou porque sua função tenha se esgotado apenas no cumprimento de seu papel desestabilizador, diante do qual não se conseguiu fazer repousar nenhuma certeza ou resposta. Esta terceira parte da tese é escrita, então, para fugir das artificialidades criadas em torno do argumento constitucional no que diz respeito à supremacia judicial no Brasil. É para trazer inquietações e sobre elas falar.

O parágrafo redigido acima assume um tom de confissão e, ao mesmo tempo, de antecipação sobre o que acontecerá na sequência. Ter utilizado a expressão *encontro marcado* não foi aleatório: foi para lembrar, agora, de Fernando Sabino.¹⁹⁵ Em um de seus livros, o autor conta a *estória* de Eduardo Marciano e de sua aventura existencial, ambientada na cidade de Belo Horizonte. O texto é muito interessante e cheio de reflexões, que atravessam diversos campos (político, da psicanálise, da filosofia, dentre outros). O que trouxe essa obra até a abertura do terceiro capítulo? Não foi apenas o título, que é “O Encontro Marcado”.

¹⁹⁵ Um ato de sinceridade acadêmica: agradecimento especial ao grande amigo e querido colega de pesquisa (e de orientação) Ziel Ferreira Lopes por, durante um diálogo não jurídico, ter feito a seguinte acusação, brincando, com leveza: “você está usando o método de Fernando Sabino agora?”. Imediatamente, a memória esboçou uma grande traição, o que fez ele ter que explicar a que se referia. Depois da explicação de Ziel, a ligação telefônica foi brutalmente encerrada para que não fosse sofrido mais um golpe de infidelidade e a ideia acabasse não vindo parar aqui. Só que ela encontrou seu lugar, onde originalmente a mente pensou. É tudo culpa do Ziel.

Há um momento na narrativa de Sabino no qual Marciano se reúne em um bar com seus amigos, Hugo e Mauro. Na ocasião, decidem dar um tom para a conversa: o da verdade. Combinam, então, que sentariam naquela mesa e que fariam tudo o que pensavam um sobre o outro:

- Hoje nós estamos afiados para puxar uma angustiazinha. Mauro propôs que, pela primeira vez na vida, fossem verdadeiros. Dizer cada um a sua verdade, o que pensava ser verdade:
- Dizer o que pensamos uns dos outros e de si mesmo. Dizer no duro, sem contemplações. Você topa, Hugo?
- Não sei... Há certas verdades que eu não digo nem a mim mesmo.
- Desde que nos comprometamos a engolir calados, não protestar, não brigar. E, saindo daqui, esquecer.¹⁹⁶

Na sequência desse diálogo, os três amigos começam a apontar qualidades uns dos outros, mas também defeitos. E terminam deixando o bar, irritados. O que atrai este excerto da obra de Sabino para perto da tese é a angústia *por* e *do* conhecimento. Para além disso, especificamente em relação a seu conteúdo, a vontade de criar problematizações em torno do tema supremacia judicial a fim de trazer um pouco de *verdades* sobre o assunto, especialmente considerando a artificialidade do discurso constitucional que dá amparo aos excessos do judiciário. E, ao final, é possível que se termine essa parte tal como Eduardo e seus amigos: *incomodados, perturbados* pelo que foi descoberto, ainda que muitas vezes nada seja tão inédito às sensações, mas o impacto de ser verbalizado (ou escrito) é muito maior do que a existência de qualquer pensamento possível.

O capítulo parte, portanto, da premissa teórica que foi lançada por Keith Whittington logo nas primeiras páginas de seu livro: que a supremacia judicial não pode simplesmente ser afirmada como existente, mas *construída*.¹⁹⁷ A isso, o autor vincula o elemento político, ou seja, os suportes que os atores políticos dão à atuação da Suprema Corte *em supremacia*. Na mesma linha de posicionamento, Louis Fisher e Neal Devins afirmam que o direito constitucional é construído por

¹⁹⁶ SABINO, Fernando. **O encontro marcado**. 32. ed. Rio de Janeiro: Record, 1981. p. 90.

¹⁹⁷ Tradução livre: “Se não é possível simplesmente assumir que supremacia judicial existe, então isso deve ser politicamente construído”. No original: “If judicial supremacy cannot simply be assumed to exist, then it must be politically constructed”. WHITTINGTON, Keith E. **Political foundations of judicial supremacy: the president, the Supreme Court, and constitutional leadership in U. S. history**. Princeton: Princeton University Press, 2007. Lido em sua Kindle Edition, pos. 146.

forças judiciais e não judiciais (poderes eleitos, grupos de interesses, público em geral), ou seja, que “o direito constitucional é modelado por uma cultura política abrangente”¹⁹⁸, do que se pode concluir: a) que é equivocado e falacioso compreender a tarefa de dizer o direito como limitada à atividade jurisdicional; b) que, mesmo em sua omissão, o poder político possui participação na construção do direito (constitucional), na medida em que, sob determinadas circunstâncias, favorece o surgimento da supremacia judicial e, assim, a centralização do poder na esfera jurisdicional.

Diante disso, é importante perceber que os Estados Unidos vêm sendo palco para o desenvolvimento de aportes teóricos que convalidam o discurso de supremacia judicial da Suprema Corte, como foi observado no segundo capítulo (sob três frentes). Aliás, foi essa leitura da doutrina norte-americana que a teoria do direito constitucional resgatou para a construção do perfil do judiciário no Brasil (em especial, do STF). Contudo, com os posicionamentos apresentados acima (de Whittington, Fisher e Devins), é importante perceber que o reconhecimento do poder supremo da Corte Constitucional estadunidense não passa de uma perspectiva de abordagem possível.

Em outras palavras: na tradição estadunidense também podem ser encontradas teses antagônicas, compreendendo que, se for possível identificar a existência de um *espaço de supremacia* à instância jurisdicional, ele é fruto de um contexto político, o que, em certa medida, significa afirmar que compete aos poderes eleitos consentir ou não com isso. Por outro lado, essa percepção também aponta para outro fato que motiva a tese: a demonstração de que constituição e supremacia judicial são elementos que apenas se conectam artificialmente, isto é, para criar uma espécie de justificativa *ad hoc* para os excessos cometido pelo judiciário. É fechando os olhos para tudo isso que o Supremo Tribunal Federal *cria seu romance* com a Suprema Corte americana (que foi a tese da *conversa* estabelecida no item 2.4).

Partindo deste referencial, o terceiro capítulo possui uma inquietação muito clara, consistente em demonstrar os caminhos para a *construção* da supremacia

¹⁹⁸ FISHER, Louis; DEVINS, Neal. **The Democratic Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2004. Lido em sua Kindle Edition, pos. 08.

judicial no contexto brasileiro (e, assim, para a *desconstrução do método Cobb*). Como isso será feito? Direcionando o olhar para as possíveis interações que ocorrem entre direito e política no incentivo à supremacia judicial. Três foram os enfoques escolhidos: *a.* o modo de compreender as relações entre as esferas política e jurídica; *b.* o tensionamento que subjaz à dinâmica existente entre o sistema de justiça e as instâncias majoritárias; e *c.* a diferença entre decisão judicial e escolha política. Assim, a intenção do capítulo é perguntar como se constrói a supremacia judicial no Brasil, na tentativa de sanar uma problema que foi apontado por Lenio Streck, quando diz que “[...] falha a doutrina ao não criticar adequadamente estes ‘incentivos legislativos ao ativismo’”.¹⁹⁹ Se, como já afirmado na tese, a supremacia judicial se manifesta através do ativismo judicial, este é um bom momento para mostrar interesse em corrigir essa deficiência no que diz respeito ao tema.

De volta à leitura conjunta entre o filme e a tese, os questionamentos que dão movimento ao capítulo são muito claros: afinal, quem encena o papel de Dom Cobb no contexto brasileiro? E, no intuito da *inserção* da ideia de supremacia judicial no imaginário da sociedade, ele está a serviço de quem? É pelo sono que surge o acesso à *implantação*; e é pela morte que se desperta do mundo sonhado. Dois capítulos já foram tempo suficiente para começar a acordar. Mas que morra, neste terceiro, definitivamente, o discurso naturalizado de supremacia judicial para trazer à consciência que, em países democráticos, que se pautam pela igualdade, só há uma supremacia: a da constituição, que não legitima excessos no exercício do poder em qualquer instância.

4.1 DIREITO E POLÍTICA

O Índice de Confiança na Justiça Brasileira – ICJBrasil é uma pesquisa editorada pela cientista política Luciana Gross Cunha, e executada pela Fundação

¹⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? In: _____; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. n. 12. p. 97-104. Especificamente, p. 102.

Getúlio Vargas. Seu objetivo é avaliar a *confiança* que as pessoas possuem nas instituições, em especial, no poder judiciário.²⁰⁰ Através da formulação de situações hipotéticas (relativas à justiça comum e do trabalho, excluindo-se a penal), questiona-se aos entrevistados se recorreriam ou não ao judiciário. Sua metodologia consiste na realização de oito perguntas aos cidadãos, relativas aos seguintes aspectos:

(i) à confiança, (ii) à rapidez na solução dos conflitos, (iii) aos custos do acesso, (iv) à facilidade no acesso, (v) à independência política, (vi) à honestidade, (vii) à capacidade para solucionar os conflitos levados a sua apreciação e (viii) ao panorama dos últimos 5 anos.²⁰¹

A pesquisa analisa diversos elementos, contudo, para fins da análise pretendida neste subcapítulo, interessa os dados fornecidos no que diz respeito especificamente à *confiança* nas instituições. Quanto aos resultados no primeiro trimestre de 2016, é possível verificar a existência de dados interessantes: com 59%, encontra-se no topo as forças armadas. Acima do judiciário (e abaixo do primeiro colocado), que apresenta índice de 29%, tem-se a seguinte lista (organizada de modo crescente): emissoras de TV (33%), grandes empresas (34%), Ministério Público (36%), imprensa escrita (37%), igreja católica (57%). Logo abaixo do judiciário, está a polícia, com 25%. O mais interessante desses dados não são nem os percentuais obtidos com o judiciário, mas o crescimento da confiança em relação ao Ministério Público, bem como a posição ocupada pelos poderes representativos: apenas 11% dos entrevistados confiam na Presidência da República, 10% no Congresso Nacional e 7% nos partidos políticos.

“A medida de confiança nas instituições é um dos instrumentos para avaliar o grau de democracia em estados nacionais”, diz Luciana Gross Cunha.²⁰² Conjugando essa frase com os índices apresentados acima, poderiam impressionar as posições ocupadas pelas instâncias majoritárias. Contudo, diante

²⁰⁰ CUNHA, Luciana Gross. Por que devemos confiar no judiciário? In: WANG, Daniel Wei Liang (Org.). **Constituição e política na democracia**: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 167-178.

²⁰¹ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV). FGV: Índice de confiança na justiça brasileira. 2016. Disponível em: < <http://portal.fgv.br/temas-dos-periodicos/estado-direito> >. Acesso em: 25 out. 2016.

²⁰² CUNHA, Luciana Gross. Por que devemos confiar no judiciário? In: WANG, Daniel Wei Liang (Org.). **Constituição e política na democracia**: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 169.

dos escândalos de corrupção que assolam o país, o cenário não é nem um pouco surpreendente. Isso se confirma ainda mais quando verificada a posição assumida pelo Ministério Público, na medida em que sua atuação diante dessa crise institucional elevou o nível de confiança da população.

Não se pode esquecer que, recentemente, o Ministério Público Federal foi um dos responsáveis por propor um pacote de intenções legislativas contra a corrupção, chamado de “Dez medidas contra a corrupção”²⁰³, transformado em projeto de lei (PL n. 4.850/2016). Através de uma linguagem genérica e de fácil acesso à população, foram propostas drásticas reformulações ao processo penal brasileiro. O problema é que muitas delas escondem, através da simpática (e necessária) pretensão de combate a práticas corruptivas, flexibilizações de garantias processuais penais (tais como: antecipação do cumprimento da pena, restrição de recursos, extensão da prisão preventiva, aproveitamento de prova ilícita, inversão do ônus da prova, dentre outros aspectos), que é justamente a crítica apresentada por Lenio Streck.²⁰⁴

O tema é complexo e, por isso mesmo, voltará a ser discutido em outro momento, ainda mais considerando que, no dia 29 de novembro de 2016, com emendas que geraram *comoção pública* (principalmente por parte dos membros da Magistratura e do Ministério Público), o referido projeto de lei foi aprovado pela Câmara dos Deputados. Mas o que faz o Ministério Público aqui neste texto sobre a relação entre direito e política? Esse debate não estaria melhor situado na parte que trata das relações institucionais, no próximo capítulo? A resposta é *sim* – e por isso haverá outra pausa para tratar desse tema –, mas também *não*.

Talvez o problema da confiança nas instâncias majoritárias não esteja apenas relacionada ao judiciário, mas, como denomina Jose Luis Bolzan de Moraes, a um sistema de justiça, no qual está inserido o Ministério Público. Eis o ponto: o sistema político perde espaço para o conjunto de instituições nas quais se acredita que estejam imunes à política. Talvez essa seja a melhor ilustração –

²⁰³ Existe um sítio que dá acesso ao conteúdo da proposta elaborada pelo Ministério Público Federal de um modo muito didático: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>

²⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. O pacote anticorrupção do Ministério Público e o fator Minority Report. **Consultor Jurídico**, Coluna Senso Incomum, São Paulo, 03 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-03/senso-incomum-pacote-anticorrupcao-mpf-fator-minority-report>> Acesso em: 13 jun. 2016.

e, ao mesmo tempo, a pior – dos descompassos que corroem a relação direito e política: a ausência de um equilíbrio institucional, em que cada um cumpra seu compromisso, e não exista concentração de responsabilidades em poucas instituições ou apenas numa.

“A era da antipolítica” – este é o título da matéria veiculada no sítio do jornal “El País”.²⁰⁵ Votos inválidos que superam os válidos em pelo menos cinco grandes cidades. Crescimento exponencial na porcentagem de votos brancos e nulos. Diminuição do percentual de eleitores com menos de dezoito anos. *Impeachment* de presidente produzindo a polarização da sociedade em dois eixos, gerando muita discussão, polêmica e fragilizando relações políticas entre os partidos. Escândalos de corrupção. Candidatos que se reelegem sob o discurso de não fazer parte *dessa política*, simulando um distanciamento das instituições, ganhando uma autonomia impossível pela via do discurso. Presidentes da Câmara de Deputados e do Senado Federal sendo afastados por decisão judicial do Supremo Tribunal Federal. Em resumo: uma grande rejeição à política.

A pesquisa desenvolvida por Luciana Gross Cunha ilustra muito bem essa realidade: a sociedade não mais confia na política. Na verdade, a história brasileira nunca contou uma boa narrativa sobre o sistema político. Com Raymundo Faoro, é possível visualizar a história da política brasileira como a defesa dos interesses privados.²⁰⁶ Ou melhor, da inexistência de uma distinção entre as esferas pública e privada, embora pretensões particulares fossem manifestadas através da aparência de atos públicos. Assim, o estado brasileiro, por sua feição patrimonialista, vivenciou, no desenvolvimento de seu constitucionalismo, “o poder político arbitrário se sobrepondo ao direito”. Todos os mecanismos de controle do poder, incorporados por inspiração norte-americana ou europeia, não subsistiam à instrumentalização promovida pelos excessos da política, tornando-se, portanto, inócuos.²⁰⁷

²⁰⁵ CLETO, Murilo. A era da antipolítica. **El país**, São Paulo. 05 out. 2016. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/05/opinion/1475671551_641754.html> Acesso em: 12 out. 2016.

²⁰⁶ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001. p. 824.

²⁰⁷ LIMA, Danilo Pereira. **Constituição e poder**: limites da política no estado de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 71.

É o caso da experiência judicial no Brasil. Desde o Império, a jurisdição e a política estavam conectadas, como forma de dominação. Inclusive porque o exercício da magistratura era conciliado com cargos políticos. O Supremo Tribunal de Justiça era natimorto: foi criado sem função jurisdicional. Em continuidade a isso, a República Velha não foi diferente: a política, através do federalismo que impunha a prevalência de oligarquias, barrava o desenvolvimento da supremacia constitucional, o elemento que seria necessário para que fosse visto como legítimo o controle do poder, que, então, seria exercido pelo judiciário.

Rui Barbosa foi uma personagem importante neste contexto. Dizia ele que “uma constituição é [...] a miniatura política da fisionomia de uma nacionalidade”.²⁰⁸ Duas fórmulas de liberdade: era o caminho apresentado por ele. Uma delas estava relacionada a uma “solução parlamentar”, caracterizada pelo constante processo de renovação do gabinete através da consulta à nação; outra à “solução judicial”, representada pelo fato de que a administração e o legislativo tem sua atuação condicionada pela constituição, que, por sua vez, é protegida pela “supremacia da judicatura”.²⁰⁹

Entusiasta da democracia americana, Rui Barbosa só podia visualizar no judiciário a figura do “fiador do regime constitucional”.²¹⁰ Ocorre que, mesmo com a implantação do controle de constitucionalidade difuso e com a criação do Supremo Tribunal Federal, não se consolidou uma efetiva transição para um modelo de jurisdição constitucional, uma vez que a política continuou interferindo e condicionando a atuação do Tribunal. Isso fica ainda mais evidente considerando que os ministros do antigo órgão judicial (Supremo Tribunal de Justiça) foram aproveitados para a composição do STF. Ou seja, haviam sido criados mecanismos para limitação do poder (político), mas a cultura constitucional da época, que dava continuidade aos excessos existentes do Império (mas agora travestidos de interesses oligárquicos) continuava prosperando. O direito permanecia, assim, vivendo sob a instrumentalização da política.

²⁰⁸ BARBOSA, Rui. **Teoria política**. Rio de Janeiro: W. M. Jackson Inc. Editores, 1970. v. XXXVI. (Clássicos Jackson). p. 38.

²⁰⁹ Ibid., p. 120-122.

²¹⁰ LIMA, Danilo Pereira. **Constituição e poder**, op. cit., p. 88.

Talvez a grande diferença do que se vivia antes da fundação do estado democrático de direito para a atual conjuntura seja o fato de que a constituição, por seu conteúdo tão abrangente, inspirou o constitucionalismo. Assim, a limitação do poder, compreendida como concretização de direitos e garantia das liberdades, passou a ser o conteúdo nuclear do direito brasileiro, colocado sob a guarda do Supremo Tribunal Federal e dos demais órgãos do sistema de justiça. Quanto à política, como afirmou Joaquim José Gomes Canotilho, “o que se cimentava era desconfiança”.²¹¹ O conjunto dos dados acima comprovam exatamente isso.

Ao longo dos anos, o Brasil vem passando por um dismantelamento muito profundo de suas instituições. Sob diversas perspectivas (crises estrutural, conceitual, antropológica, filosófica e política), o anúncio, já havia sido feito por Jose Luis Bolzan de Moraes, tratando inclusive sobre a crise política, traduzida pelo autor nas insuficiências do sistema representativo, que é justamente o que atinge o sistema político em seu âmago.²¹² Contudo, a velocidade dos acontecimentos, conjugada ao descrédito da população, conduziu a situação a níveis exponenciais, que colocam a teoria do direito, a teoria do estado e a teoria da constituição diante de um grande desafio – estabelecer um diálogo mínimo.

Um cenário como este é palco para surgimento de muitos heróis e, no sentido (contrário) do que foi dito acima, para a criação de monólogos atraentes, *salvacionistas*. Sobre as personagens que brotam deste contexto talvez nenhuma delas tenha sido tão requisitada e aplaudida quanto o judiciário, em especial, o Supremo Tribunal Federal. Em meio a *processos de desformalização* (veja-se o que já foi referido sobre a tendência de alguns setores políticos – que paradoxo – anunciarem seu afastamento da política para ganharem crédito com a população), a ideia de representatividade é completamente esvaziada.

É nesse momento que começam a circular propostas teóricas que alçam o STF a representante da sociedade, como é o caso do que afirma Luís Roberto Barroso, quando disserta sobre a função majoritária do Tribunal. Para o autor, isso

²¹¹ MENDONÇA, Ricardo. “Os réus do mensalão têm alguma razão”, diz jurista guru dos ministros do STF. Entrevista com José Joaquim Gomes Canotilho. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 24 nov. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1375636-os-reus-do-mensalao-tem-alguma-razao-diz-jurista-guru-dos-ministros-do-stf.shtml>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

²¹² BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Crise do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, *passim*.

está alicerçado na maior capacidade que possui esse órgão jurisdicional para traduzir o “sentimento” da maioria, o que, na visão de Barroso, pode ser analisado sob a perspectiva de que o acesso à magistratura é possibilitado a qualquer um (a pessoas de “diferentes origens sociais”), desde que tenha estudado direito e possuam conhecimento técnico para tanto.²¹³ Ocorre que a teoria política e a teoria do estado não justificam a transferência da autoridade política para uma instituição cuja legitimidade não é garantida por um procedimento tipicamente político, como é o caso do voto, embora seja inegável que os membros do poder judiciário são, sob certa perspectiva, atores políticos (mas não agentes da política).

Ocorre que, muitas vezes, evitando posicionamentos drásticos como o de Luís Roberto Barroso, também surgem *desvios teóricos camuflados*: aqueles buscam traduzir a representatividade política para uma linguagem jurídica, uma espécie de *correspondência velada*. Assim, sob argumentos que *aparentemente* se harmonizam com a constituição, cria-se a possibilidade do judiciário exercer o papel que o próprio texto constitucional atribuiu ao poder político, sem que isso seja claramente reconhecido. É o caso, por exemplo, da atribuição de uma representatividade que se dá no plano argumentativo, uma proposta que justifica desvios funcionais pela leitura da teoria do direito. Assim, o STF vira *representante argumentativo* da sociedade, quando, em verdade, isso só serve para esconder a existência da sobreposição de prerrogativas em relação ao poder político.

A continuidade do raciocínio certamente poderia conduzir à caracterização das três figuras já apontadas no capítulo anterior: *o intérprete autorizado*, *o governante bem intencionado* e *o poder mais admirado*, cuja conjugação em uma só instituição ganha justamente o tom de heroísmo referido logo acima. Mas, para fins deste capítulo, interessa fazer outro tipo de indagação: como, em uma perspectiva teórica, a relação direito e política pode facilitar o imaginário favorável à supremacia judicial, compreendida como o discurso teórico naturalizado? Como visualizar a interação direito e política diante deste contexto? De que modo a teoria

²¹³ BARROSO, Luís Roberto. A função representativa e majoritária das cortes constitucionais. In: MORAIS DA ROSA, Alexandre et al (Orgs.). **Hermenêutica, constituição, decisão judicial**: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 166-175.

do direito possibilitou o surgimento desta *figura mitológica* que passou a estar associada à atuação do STF?

O primeiro passo a reconhecer nessa trajetória pretendida é que, embora haja uma necessária conexão entre direito e política, estes são dois campos que possuem suas diferenciações. Ou seja, “Constituição e política” são indissociáveis, como afirma Daniel W. Liang Wang: “a constituição, além de ser um produto da política, é também a política (*polity*) em seu aspecto formal”, estabelecendo os limites “[...] em que o jogo político (*politics*) ocorrerá para a produção de políticas (*policies*)”²¹⁴; entretanto, isso não significa que possam ser tratados da mesma maneira.

Diante disso, interessa a abordagem que é feita por Wang, pois, em seu texto, o autor busca encontrar hipóteses que justifiquem o afastamento, razões que demonstrem a importância de sua aproximação e elementos que revelem os cuidados necessários ao promover essa reconciliação entre direito e política. Assim, o modo como o Daniel W. Liang Wang²¹⁵ articula seu pensamento possibilita demonstrar como, através do discurso jurídico, chega-se até a *supremacia judicial* como um *conceito naturalizado*.

Para começar, ele elenca três hipóteses para o afastamento entre direito constitucional e ciência política:

- a. a origem da ciência política – considerando que a ciência política nasce conjugada ao direito (vinculada a ele), um dos motivos para seu distanciamento pode ter sido a necessidade de se fixar como um campo autônomo. Por isso, a ciência política tratou de diferenciar seu conteúdo e sua metodologia da ciência jurídica, numa espécie de emancipação teórica;
- b. o fechamento do direito – se, por um lado, a ciência política afastou-se do direito por buscar seu próprio estatuto epistemológico, o mesmo ocorre com o direito em relação às ciências sociais, o que repercute em seu total

²¹⁴ WANG, Daniel W. Liang. Introdução. In: _____. (Org). **Constituição e política na democracia: aproximações entre direito e ciência política**. São Paulo, Marcial Pons, 2013. p. 12.

²¹⁵ Ibid., p. 12-17.

isolamento, inclusive da ciência política, aspecto que está relacionado com a insurgência do positivismo;

c. o fortalecimento do direito constitucional – aqui, a jurisdição constitucional é colocada acima das “disputas e vicissitudes políticas”. Com isso, desenvolveu-se o imaginário de que o único interesse dos constitucionalistas é compreender adequadamente como os juízes aplicam a constituição, dispensando o conhecimento sobre “[...] a que grupo social as decisões judiciais favorecem, quais os impactos políticos das decisões ou se elas são efetivas”.

O ponto c. é o que dá condições para a existência deste subcapítulo. Somente uma leitura que colocasse o direito (constitucional) acima de tudo, como a que foi apontada acima pelo autor, desconsiderando as relações políticas que lhe são subjacentes, poderia produzir a naturalização do discurso de supremacia judicial. Em outras palavras, é justamente pela manipulação do argumento constitucional de modo falacioso e arrogante (ou estratégico?) que a sociedade ou a comunidade jurídica não consegue visualizar que, na verdade, a supremacia judicial é *construída* pelos influxos da relação direito e política.

Na sequência, o autor faz referência aos motivos pelos quais se torna importante essa aproximação:

a. da percepção que a ciência política passa ter sobre a importância de aprofundar os estudos sobre instituições (como o judiciário, por exemplo);

b. da percepção dos juristas de que a atuação dos tribunais transforma a linguagem política em jurídica em suas decisões judiciais. Assim, é possível verificar que, para entender os pronunciamentos judiciais, é necessário olhar para a “[...] relação com os membros dos outros Poderes”, bem como para seus aspectos jurídicos;

c. do crescimento do papel do judiciário como ator político. Neste sentido, a atuação do judiciário não pode mais ser apenas compreendida a partir de uma teoria jurídica, especialmente porque o problema de sua legitimidade e de sua capacidade institucional justamente surge no diálogo com o poder político;

d. para que se criem novas perspectivas epistemológicas, como a que se centra no estudo da relação direito e política.

Sob a perspectiva da tese, ganha importância fundamental os itens *b* e *c*, exatamente porque eles apontam para as confluências entre judiciário, direito e política. Ou seja, a reaproximação entre direito e política torna-se relevante para que fique visível a supremacia judicial como construção. Somente a partir de um olhar que visualize as interações entre os elementos jurídico e político será possível perceber a artificialidade da tese que naturaliza o discurso de supremacia a partir do argumento constitucional. Por fim, ele revela os cuidados que devem existir nesse diálogo entre direito constitucional e ciência política:

a. atentar para o debates contemporâneos, o que significa que de nada adianta retomar o diálogo entre o direito e política a partir de citações descontextualizadas de autores clássicos, através de um uso ornamental (descontextualizado, objetivando apenas demonstrar erudição);

b. perceber as especificidades metodológicas de cada uma das áreas.

A abordagem de Wang é fundamental para que se possa visualizar os dilemas que envolvem a relação direito e política. E como isso contribui para a supremacia judicial? Até agora, proliferou no contexto brasileiro a compreensão que atribui papel de superioridade ao direito, mais especificamente, às instituições jurisdicionais em detrimento do campo político. Juliano Zaiden Benvindo explicita essa questão quando afirma que prevalece a ideia de que a decisão judicial é

considerada o “espelho da racionalidade”, ao passo que a escolha política é influenciada por “critérios mesquinhos”.²¹⁶

Sobre este ponto que envolve a relação entre o direito e a política, é preciso atentar para o fato de que só é possível falar na existência de constituição a partir da insurgência do constitucionalismo liberal, com a Revolução Americana (em 1776) e Francesa (em 1789), pois, antes disso, havia uma relação de poder que tornava o direito um instrumento da política, não caracterizando a existência de uma semântica constitucional. Por mais que no período absolutista houvesse contornos jurídicos aos atos de poder, porque emanados pelo estado (diferente do que ocorria no período grego, romano e pré-moderno, quando havia uma forte prevalência de um direito sacro), não eram imputados deveres e responsabilidades às autoridades.²¹⁷

Tanto nos períodos que antecederam à formação do estado, quanto na sua primeira fase – absolutista –, o poder se legitimava através de uma instância não jurídica (por exemplo, teológica ou meramente política), tornando-se, portanto, juridicamente ilimitado (daí porque, como referido acima, não se pode ainda falar em constituição, ou, adaptando, em constitucionalismo). Com isso, tem-se que a ideia de poder estava colocada acima do direito, criando uma relação de subordinação jurídica ao seu exercício. Este papel secundário atribuído ao direito acabava criando um ambiente tomado por decisões pautadas por privilégios e prerrogativas, em defesa de determinadas camadas sociais.²¹⁸

²¹⁶ “De um lado, a decisão judicial é o espelho da racionalidade e da justificação coerente do outro, a decisão política é o resultado da irracionalidade e de interesses mesquinhos e injustificáveis sob as bases do constitucionalismo democrático. O conflito, portanto, não se dá apenas no nível da ação; ele atinge, sobretudo, o próprio discurso”. BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014. p. 77-78.

²¹⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 4-5.

²¹⁸ Nas palavras de Marcelo Neves, ao tratar do papel do “direito sacro” no período pré-moderno: “A subordinação do jurídico ao político, em uma formação social na qual o poder está no centro da sociedade, leva a uma relação assimétrica entre o poder superior e o poder inferior ou entre o soberano e os súditos. Nas camadas localizadas no topo da pirâmide social, destacam-se os privilégios estamentais ou prerrogativas soberanas a serem gozados ou exercidas em detrimento das camadas inferiores. Para estas, carentes de privilégios ou prerrogativas, resta o dever de sujeição ou obediência”. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 9.

Na verdade, o discurso de supremacia judicial, amparado nessa questão do direito (e, na especificidade, do judiciário ou do sistema de justiça) possuir superioridade em relação ao âmbito político é próprio de um modelo de constitucionalismo de feição liberal. Como bem lembra Gaetano Azzariti, o fundamento do constitucionalismo é a capacidade que possui a constituição de se impor sobre os demais sistemas – política, economia e sociedade –, constituindo, portanto, uma superioridade em grau. Ocorre que, nesse contexto, a supremacia constitucional vem sendo direcionada, quase de modo exclusivo, ao judiciário, que, nas palavras do jurista italiano, passa a exercer uma atividade sindical, sendo o único mecanismo de controle do poder.²¹⁹

É possível concordar que as decisões políticas possuem uma margem de discricionariedade que não é autorizada aos provimentos jurisdicionais – sob pena de não se poder diferenciar direito e política. Contudo, a partir da ideia de supremacia da constituição, mesmo os poderes eleitos devem respeito às determinações legais e constitucionais, o que diminui, em parte, o âmbito discricionário de sua atuação. Assim, se legislativo, executivo e judiciário devem tomar suas decisões pautados por critérios de constitucionalidade, o motivo para se acreditar que o poder político é menos legitimado do que o judiciário para decidir sobre assuntos controversos da sociedade é o fato de se estar vivenciando uma situação de descrédito no poder representativo²²⁰, no sentido de que há um imaginário de que os poderes eleitos não se movem por motivos democráticos, mas por interesses pessoais.

Entretanto, o que deve ficar claro é que nem mesmo o judiciário está imune a este tipo de crítica, basta que seja observada a necessidade de se estabelecer

²¹⁹ AZZARITI, Gaetano. **Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?** Roma: Editori Laterza, 2013.

²²⁰ No caso do Brasil, que se insere junto com os demais países da América Latina em um contexto de ruptura com os regimes ditatoriais, é possível afirmar que as razões para a ascensão do Judiciário estão fundadas na crise da democracia. A sociedade brasileira vivencia seu distanciamento poderes eleitos, o que, inevitavelmente, acaba criando um afastamento entre a democracia – compreendida como participação política dos cidadãos na tomada de decisões – e a construção do direito – que de certo modo passa a estar tributário das definições judiciais (nem sempre pautadas por critérios jurídicos). O sentimento de acomodação/apatia política (e cívica) e o apelo permanente à jurisdição inviabilizam o cumprimento da promessa democrática, qual seja, a de consolidação de um sistema em que a sociedade é parte ativa. Assim, a centralidade atribuída ao âmbito jurisdicional acaba gerando fissuras no pacto democrático. Sobre o tema, ver: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Crise do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 69 e ss.

um enfrentamento ao voluntarismo na esfera da atividade jurisdicional. Em outras palavras, não adianta deslocar o conflito para o judiciário, com a pretensão de separar direito e política – compreendendo o direito como o âmbito da técnica e da decisão racional, em contraposição à ideia de política como esfera da motivação particular –, se a ideia de racionalidade jurídica estiver amparada em procedimentos que autorizam a tomada de decisão por critérios não jurídicos, como, por exemplo, políticos.

A ideia de que o judiciário (STF) é capaz de possibilitar respostas que a política não possui condições de oferecer – respostas técnicas – faz parte de um movimento de, cada vez mais, diante da complexidade das relações sociais e do aumento de demandas políticas, deslocar a decisão para “um corpo técnico-burocrático”. Isso faz parte de um contexto de desconfiança em relação às capacidades da esfera política. Muitas vezes, a questão nem chega ao judiciário, mas, ainda assim, vê-se uma tendência de esperar de instituições que possam responder à demanda a partir de elementos burocráticos e argumentos especializados, que, por sua vez, em algumas situações, acabam frustrando a implementação da política pública.²²¹

É claro que existem diferenças entre direito e política, distinções que colocam o direito como *fiscal* do poder político *arbitrário*. Mas, neste caso, não é que se esteja *fiscalizando a política*, mas aquilo que pode ser considerado sua distorção – seus excessos. E, como foi referido antes, este é um componente que pode estar presente em quaisquer dos âmbitos do estado, inclusive no jurisdicional. Ocorre que, a partir do desenvolvimento do discurso naturalizado de supremacia judicial (extraído do argumento constitucional), cria-se o imaginário de que o STF é incontrolável (e, por outro lado, *o controlador*), pelo simples fato de que decide por último. A tese surge, portanto, na urgência de se desconstruir esse *pressuposto*, apontando para a *supremacia judicial construída*.

²²¹ COPELLI, Giancarlo Montagner; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. A crise do estado social e a necessidade de novos discursos teóricos. In: DUARTE, Clarice Seixas et al (Orgs.). **Reflexões acadêmicas para superar a miséria e a fome**. Bauru: Canal 6, 2016. p. 434-449. Especificamente, p. 441-443. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewer? a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWVpbnxjb25mZXJlbmNpYWZlYXBicmFzaWx8Z3g6M2NjNjBmZDEzNDg0ZTBkMw>> Acesso em 12 nov. 2016.

Diante desse cenário apresentado, torna-se necessário visualizar as diferenças que existem entre direito e política, pois é possível que, olhando para elas, fique mais claro as especificidades dos papéis exercidos por cada um perante a sociedade. Mais uma vez, é preciso voltar ao debate central da tese: a grande questão é que o discurso naturalizado de supremacia judicial não possibilita o direcionamento desse olhar para a política, pois se estrutura a partir de um monólogo, que visualiza no STF a capacidade de *falar por todos*. Por isso a compreensão sobre o modo como se articulam direito e política sob uma perspectiva teórica é determinante para compreender o problema da supremacia judicial – que consiste na atribuição da superioridade de uma instituição jurídica em uma perspectiva abrangente. Ou seja, a supremacia que o STF exerce dentro de seu sistema (jurídico) – o fato de decidir por último ao exercer o controle de constitucionalidade – é alargada em sua máxima dimensão, transportando sua supremacia sobre os demais sistemas sociais, tendo a política como principal alvo.

Assim, pode-se traçar diferenciações entre direito e política a partir de distintos níveis: *a.* quanto ao seu objeto; *b.* quanto à sua temporalidade; *c.* quanto ao modo de visualizar suas manifestações; e *d.* quanto aos seus objetivos. Esses quatro elementos estão de algum modo interconectados – e pode ser que existam muito mais conteúdos que pudessem aqui ser explorados. Contudo, no horizonte deste trabalho, são o começo para a compreensão das abordagens possíveis para essas duas esferas. Algumas dessas questões ainda serão aprofundadas no desenvolvimento deste capítulo (não só nesta parte, mas considerando também os demais).

Para o momento, importa referir, na forma de síntese, que: *a.* o objeto da política são as pretensões/os desejos da sociedade, ao passo que o do direito é a vontade política institucionalizada; *b.* política é dinâmica, movimento, transformação e incertezas; direito é estática, voltado à garantir estabilidades; *c.* a política manifesta-se discricionariamente, faz suas *escolhas* sem que produzam retrocessos à sociedade; o direito decide vinculado ao que já foi instituído; e *d.* a política objetiva traduzir as demandas sociais na forma de direitos; o direito objetiva assegurá-los. Olhando para esse panorama, talvez um dos grandes desafios do

campo jurídico seja compreender as relações existentes entre instituição e temporalidade, assunto que pode remeter o pensamento a Cornelius Castoriadis.

Na obra “A instituição do imaginário social”, o autor faz uma abordagem sobre a dimensão social, colocando que sua marca é justamente a indefinição.²²² Ou seja, ainda que a todo momento criem-se definições, estruturas, ela constitui um espaço mutante, circunscrito ao tempo (“a cada instante”, nas palavras de Castoriadis). Apesar desse caráter de indeterminação, o social “só pode apresentar-se na e pela instituição”, sendo “mais do que a instituição”, porque é o que lhe preenche, fundamenta, cria e, até mesmo, destrói.

Nesse sentido, o autor dá a ideia de existência de um constante e reflexivo movimento entre o que ele chama de “social instituinte” e a instituição, interação que está condicionada ao decurso do tempo. Como ele mesmo afirma, “em tempo normal”, a dimensão social se manifesta na instituição; entretanto, há momentos em que o “social instituinte irrompe”, ocorrendo a revolução, que objetiva não outra coisa senão tornar-se instituída, para que fique “visível”. É isso que constitui o que Castoriadis chama de indefinição da dimensão social: ela é alvo de mudanças constantes, o que ocorre nessa articulação e metamorfose entre as forças instituintes e as instituições até então consolidadas.²²³

O problema que envolve o direito em relação ao que propõe Castoriadis é que os juristas ignoram esse processo cotidiano de revisão crítica do instituído que, inevitavelmente, perpassa a dimensão social. Numa tentativa de resolver todos os problemas do mundo, através de uma ideia de autossuficiência, os atores jurídicos esquecem aquilo que tudo acontece em sociedade; o direito está na sociedade, portanto, não está imune a essas interações. Aceitando a tese de Castoriadis, o processo de instituição e *des*instituição possui uma relação de inerência com os indivíduos, que, por pertencerem à sociedade e à história, não conseguem criar realidade fora disso, a não ser que se criem artificialidades, o que muitas vezes ocorre com o fenômeno jurídico.

²²² CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. 6. ed. Tradução de Guy Reynaud e revisão técnica de Luis Roberto Salinas Fortes. São Paulo: Paz e Terra, 1982. (Coleção Rumos da Cultura Moderna, v. 52). p. 135.

²²³ CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**, op. cit., p. 135.

Talvez este seja o ponto da problematização pretendida: existe uma resistência do direito na aceitação do dinamismo que é intrínseco ao campo político. A leitura de Castoriadis sobre instituição e desinstituição, no fundo, a partir de uma adaptação para a discussão proposta pela tese, retrata o elo existente entre direito e política, sua conexão. Todavia, simultaneamente, também aponta para as dificuldades que a teoria do direito possui para lidar com incertezas (que são próprias do âmbito político).

Nesse sentido, não apenas a lei, mas também discursos artificiais – como é o caso do que fundamenta a supremacia judicial no argumento constitucional – também revelam-se como meios de gerar estabilizações. Associando essa perspectiva ao papel da decisão judicial, consegue-se chegar à tese de que a decisão do Supremo Tribunal Federal é melhor porque estável – e assim é considerada porque imune às pressões sociais (a decisão é racional; é técnica). O grande paradoxo é que o discurso de supremacia judicial – que desloca a responsabilidade de trazer definições a controvérsias políticas exclusivamente para o judiciário –, na maioria das vezes, é impulsionado justamente pelo papel de representante da sociedade.

Por outro lado, essa ideia do *desacerto* do direito com a complexidade social também pode ser compreendida quando François Ost faz uma relação do direito com o tempo, exatamente porque ele demonstra a existência de diversos tempos – como, por exemplo, o tempo das comunicações midiáticas, que é imediato; o da regeneração de recursos naturais, que é muito lento; e o da reflexão, que é mediato. A partir disso, ele evidencia que os diferentes contextos sociais na contemporaneidade são marcados por uma grande velocidade e valorização das mudanças, mas, ao mesmo tempo, o autor reconhece que não há uma verdadeira alternativa que seja capaz de criar liberdade suficiente para o surgimento de novas vias.²²⁴

Desse modo, no livro “O tempo do direito”, Ost realiza uma abordagem que permite compreender a dualidade presente na esfera jurídica: ao mesmo tempo em que o direito é instância de instituição, faz parte do âmbito jurídico o

²²⁴ OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. pp. 19-31(Coleção Direito e direitos do homem). p. 17.

acompanhamento das transformações sociais. Em outras palavras, é próprio do direito a constante e necessária articulação entre instituir e *desinstituir*, embora a crítica aqui desenvolvida aponte para a dificuldade que os juristas possuem de reconhecer esse aspecto, sendo refratários aos processos de mudanças, a partir de uma ideia de completude do sistema. Assim, pode-se afirmar que o direito contemporâneo é marcado pela revisão permanente, caracterizada por um movimento no qual “(...) as forças instituintes se moldarão às formas instituídas, formas estas que, mais dia menos dia, pedirão para ser destituídas por novos modelos instituintes”.²²⁵

Tudo isso está fundamentado no que François Ost chama de “figuras da temporalidade”. A já mencionada obra de Ost sobre o tempo tem como base três teses: a de que o tempo é concebido como temporalização; a de que o direito é instituidor do social; e, por fim, a de que há uma interação dialética entre as duas primeiras teses. Para o autor, o direito constrói seu tempo, que, por sua vez, é desdobrado em passado e futuro, numa constante articulação entre ligar e desligar o tempo.

O passado possui duas dimensões: uma de fundação (memória) e outra que o desliga, na construção de um sentido novo portador de futuro (perdão); o futuro, por outro lado, manifesta-se em expectativas normativas (promessas) e, ao mesmo tempo, em revisões constantes para que as transformações sejam capazes de manter essas promessas (requestionamento). Assim, essas quatro figuras da temporalização – memória, perdão, promessa e questionamento – são “quatro tempos do compasso que queremos dar à instituição do social”, o que representa, para Ost, as condições de um “tempo público” – “um meio simultaneamente concreto e abstracto de participação e integração cidadãos”.²²⁶

A partir disso, Ost vai dizer que o tempo do direito é institucional, o que significa que ele não é “nem eterno, nem perecível”. Por isso, ele chamará esse tempo de “metamórfico” – especialmente baseado na posição de Gurvitch, que concebe esse tempo “metamórfico” como “o tempo da alternância entre avanço e atraso”. Isso significa que, ao mesmo tempo em que o tempo provoca no direito o

²²⁵ Ibid.

²²⁶ OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. pp. 19-31(Coleção Direito e direitos do homem). p. 23.

surgimento da confiança, também revela, a partir de uma concepção institucional do direito, o ajustamento contínuo, constituindo um tempo “que sabe transformar-se sem por tal motivo renegar-se”²²⁷, aspecto que muitas vezes não é compreendido pelos juristas, fazendo com que as decisões tomadas pelo direito sejam conservadas pela eternidade, porque destemporalizadas.

Mais uma vez, agora com François Ost, é possível perceber que a ambiguidade que permeia a temporalidade do direito emerge de sua interação com a política. Se nesse sentido é possível afirmar que o direito convive com uma dupla temporalidade, o mesmo ocorre em relação à própria política. Isso fica melhor visualizado através da proposta de Claude Lefort, que faz uma distinção entre o político e a política²²⁸, categorias que devem ser pensadas a partir de sua unidade, mas que também possuem diferenças, observadas a partir da manifestação de uma dupla temporalidade: a primeira corresponde ao tempo da instituição (da *polis*); a segunda, ao da contingência, que é próprio da democracia.²²⁹ Ou seja, considerando que política é incerteza, no momento em que a escolha política ganha autoridade, ela também produz *certa* estabilidade (que é o que dá contorno à ideia de político). O uso da palavra *certa* faz toda diferença, pois justamente indica a existência de uma dinâmica – desde que não crie retrocessos sociais, o pensamento político é caracterizado por uma perene reformulação de si mesmo.

Por outro lado, a questão da temporalidade do direito e sua associação com decisão judicial e supremacia vincula-se à ideia de que a conjugação das três autoridades (interpretativa, política e simbólica) em um único poder implica a compreensão de que decidir por último significa *decidir para sempre*. No interior de um sistema de controle de constitucionalidade, parece claro que as decisões devem inspirar estabilidade (que até pode ser lida como segurança jurídica). O grande problema está relacionado ao que já foi afirmado mais no começo deste subcapítulo: que a supremacia judicial não se coloca apenas como último ato do

²²⁷ Ibid., p. 18-20.

²²⁸ LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

²²⁹ BOLZAN DE MORAIS; BRUMM, Guilherme. REPE&C 15 – Incerteza democrática. **Empório do direito**, coluna Sconfinato. Publicada em: 08 jan. 2016. Disponível em: <http://emporiado direito.com.br/a-democracia-como-incerteza/#_ftnref11> Acesso em: 23 set. 2016.

sistema jurídico, mas impõe-se sobre os demais sistemas, justamente porque ancorada nos três modos de visualizar o exercício da autoridade do STF.

Isso tudo vai de encontro ao fato de que Ost não nega que o tempo atribua aos compromissos jurídicos (ou, então, ao direito) o “lugar central da confiança”, o que justamente demonstra a pertinência da concepção institucional do direito. Sob essa perspectiva, a importância da leitura que o autor faz sobre a relação tempo-direito consiste na noção de que o direito é concebido como um contínuo processo de ajustamento²³⁰. Esse “ajustamento” ocorre através do elo existente entre um passado que ainda não se esgotou, mantendo suas promessas, e de um futuro que, por mais indeterminado que possa parecer, também não é aleatório²³¹

Os critérios de racionalidade estabelecidos pelo direito na modernidade foram suficientes para resolver os problemas que assombravam aquele determinado contexto social fragmentado. Ou seja, a ideia de previsibilidade, de antecipação, de obrigatoriedade e de controle dos comportamentos sociais através da dogmática jurídica, criando-se, desse modo, um ambiente de estabilidade foi importante e uma resolução ótima para os dilemas daquela sociedade específica²³². A grande questão é que, como menciona Leonel Severo Rocha, “não é possível, nas sociedades complexas, uma ruptura radical entre passado e futuro”, justamente porque, em certas circunstâncias, é necessária a manutenção do já instituído, mas, em outras, há uma exigência de abertura do direito para a transformação, o que nem sempre é observado.²³³

Com Giacomo Marramao, no livro “Poder e secularização: as novas categorias do tempo”²³⁴, é possível compreender o reconhecimento e a aceitação do conflito como fundamento da “cultura da hipermodernidade”, aspecto que, pelos motivos já expostos, a tradição jurídica conservadora tende a renegar. Através da

²³⁰ OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. pp. 19-31 (Coleção Direito e direitos do homem). p. 19-20.

²³¹ Ibid., p. 31.

²³² ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 167-182. Especificamente, p. 170.

²³³ ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 167-182. Especificamente, p. 178.

²³⁴ MARRAMAIO, Giacomo. **Poder e secularização: as categorias do tempo**. Tradução de Guilherme Alberto Gomes de Andrade. São Paulo: Editora UNESP, 1995.

reconstrução de uma filosofia da temporalidade, baseada na afirmação de que as sociedades contemporâneas são caracterizadas pela existência de diversos tempos simultâneos, Marramao demonstra a relação entre poder, tempo e exercício da autoridade. Para o autor, presente e futuro vinculam-se na medida em que as decisões tomadas no hoje podem determinar o futuro, porque este já está incorporado no agora; entretanto, apesar de existir certa vinculação entre presente e futuro, Marramao ressalta que sempre é possível que os planos executados hoje possam apresentar debilidades e fragilidades, justamente porque as inovações e alterações que podem ocorrer na sociedade não são controláveis, modificando, assim, as consequências previstas para a decisão tomada no presente, o que vai na contramão da ideia de um determinismo, mas na linha da aceitação de que o atual contexto social é marcado pela imprevisibilidade.

A reflexão desenvolvida na obra de Giacomo Marramao, especialmente a noção de multiplicidade de tempos, permite o diálogo sobre o papel do direito nas sociedades contemporâneas, pois não apenas parte da premissa básica de que o direito é criado para controlar condutas futuras – e isso é inegável; este é o seu papel instituidor, como falava François Ost –, mas conclui pela imprevisibilidade do sucesso de suas decisões, o que, para Marramao, está vinculado à questão do tempo. É por esse motivo que se torna possível afirmar que o direito está envolvido num constante processo de revisão, embora isso seja assumido por poucos. Como escreveu o sociólogo Salvador Giner no prólogo da já referida obra de Marramao, é preciso “[...] assumir a conflituosidade endêmica do nosso mundo e os dilemas da razão, da democracia e da liberdade como co-naturais à hipermodernidade”.²³⁵

É nessa dinâmica de articulação existente entre estabilidade e mudança, portanto, que as sociedades vão ganhando identidade. Nesse sentido, François Ost alerta o fato de que esse papel institucional do direito está sempre sob a ameaça do imobilismo e do excesso de confiança, considerado um perigo. A ideia de imobilismo desenvolvida pelo autor se identifica com a crítica que desde o começo desse texto é feita ao direito, pois consiste no risco de que o pensamento se torne dogmático e, por falta de imaginação, a instituição se fixe nas suas figuras

²³⁵ MARRAMAO, Giacomo. **Poder e secularização**: as categorias do tempo. Tradução de Guilherme Alberto Gomes de Andrade. São Paulo: Editora UNESP, 1995. p. 19.

canônicas²³⁶. É por isso que o autor vai reforçar a importância da figura do “perdão”, isto é, da “necessidade de instituições jurídicas capazes de inovação”.²³⁷

O risco de se criar uma cultura do imobilismo representa o fato de que, apesar do tempo ser instituído pelo direito, é sempre possível a ocorrência de uma destemporalização. Isso acontece quando há uma fuga, isto é, uma negação do tempo entendido como mudança, evolução, finitude e mortalidade. Retomando a perspectiva abordada por François Ost, esses acontecimentos fazem parte de um contexto social caracterizado por manifestações do “não-tempo”. Assim, a sociedade vivencia a existência de um “hoje como ontem” ou de um “presente que eterniza sem projeto”, como se “inexistisse tempo e a história tivesse parado”. No direito, isso repercute na formulação de soluções “urgentes e provisórias” e, portanto, frágeis, no sentido de que não são capazes de orientar o direito.²³⁸

É o caso do discurso naturalizado de supremacia judicial, que tem a pretensão de resolver os descompassos entre o tempo do direito e o tempo da política, alçando-se a *uma categoria abrangente*, que torna o STF a instituição capaz de decidir por todas as demais. Talvez seja o momento de fazer aquilo que Jose Luis Bolzan de Moraes propõe: colocar em pauta o futuro do estado democrático de direito a partir de um amplo diálogo entre as instituições.²³⁹ Há algum tempo este autor, seja em seus livros ou em suas palestras, vem tratando da necessidade de promover uma reconciliação entre a teoria do estado (fundada sob os pressupostos de uma teoria política) e a teoria do direito.

Poderia ser dito neste momento que o isolamento do direito e das reflexões produzidas a partir daquilo que se manifesta como fenômeno jurídico é culpa das influências de uma matriz de pensamento que asfixia o imaginário dos juristas, direcionado seu olhar apenas para si mesmo – o positivismo jurídico. Provocar um enfrentamento a este modelo (positivista) como estratégia de recuperação do elo perdido anunciado acima pode ser o início do percurso; contudo, manter o foco

²³⁶ OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. (Coleção Direito e direitos do homem). p. 43.

²³⁷ Ibid.

²³⁸ OST, François. **O tempo do direito**, op. cit., p. 43.

²³⁹ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. Estado e Constituição e o “fim da geografia”. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. n. 12. p. 69-82. Especificamente, p. 102.

exclusivamente nisso equivaleria a continuar preso a uma crítica interna – da teoria do direito a seus próprios fundamentos. Algo necessário, mas insuficiente diante das contradições que o estado constitucional apresenta.

As crises que caracterizam as sociedades contemporâneas afetam o estado em seu âmago. Considerando os fatores que podem ser considerados (novos atores sociais, novos ambientes e novos arranjos institucionais²⁴⁰), talvez uma das consequências mais impactantes seja a ausência de uma unidade do estado. E, assim, na contramão do que se entende por sua crise, o judiciário é alçado a poder capaz de produzir essa unidade, através de seu componente de supremacia, que, como já referido, não se limita às fronteiras de seu próprio sistema, mas se expande para os demais, especialmente para o político. Desse modo, direito e política, que deveriam expressar linguagens distintas, acabam falando a mesma língua, mas produzindo uma absoluta anemia significativa – discursos incompreensíveis e/ou conflitantes.

4.2 SISTEMA DE JUSTIÇA E PODERES ELEITOS

“Por que os políticos têm estado tão ansiosos para ungir os juízes como os ‘intérpretes finais’ da Constituição, um manto que o poder judiciário tem aceitado com muita felicidade?” A pergunta é feita por Keith E. Whittington, para provocar o pensamento que acredita que supremacia judicial e *posicionamentos finais* da Suprema Corte sejam questões conexas.²⁴¹ É a indagação deste subcapítulo também, mas não é a única. Talvez esta seja apenas a primeira *estação*.

Durante quase todo o *tempo*, a tese foi vista como uma jornada. *Estação* é local de embarque e desembarque; traz à mente a imagem de um trem. Só que supremacia judicial é um tema complexo, que, na tríade proposta para este capítulo, não leva a desembarques. *O intérprete autorizado* entra por uma porta, e

²⁴⁰ Ibid., p. 80-81.

²⁴¹ Tradução livre. No original: “[...] politicians have been so eager to anoint the judges as the ‘ultimate interpreters’ of the Constitution, a mantle that judges have been only too happy to accept”. WHITTINGTON, Keith E. **Political foundations of judicial supremacy**: the president, the Supreme Court, and constitutional leadership in U. S. history. Princeton: Princeton University Press, 2007. Lido em sua Kindle Edition, posição 50.

não abandona esta viagem. O *governante bem intencionado* ressurgiu, quando não era esperado. O *poder mais admirado* ressona ao fundo, até ser acordado. A cada nova página aberta, as ideias vão tomando acento. Por enquanto, não se vê descida, apenas movimento. Se o roteiro segue um rumo crescente, melhor pensar noutro tipo de *estação*. Não se sabe qual é o começo, mas a lembrança vai pro verão. O que seria desta tese senão visualizar a supremacia judicial em transformação?

Alto verão. É a *estação* em que se encontra a supremacia judicial neste capítulo, com suas três partes. Momento de explosão, de iluminação. É a época do calor da argumentação. Que tal começar com Louis Fisher, colocando sua posição? Afirma o autor que se acredita que o poder que possui o judiciário é construído a partir de elementos que se extraem da autoridade da constituição, mas, na verdade, ele se apoia em “posicionamentos políticos e institucionais feito pelas cortes”.²⁴² É uma frase que coloca a supremacia judicial naturalizada no centro da discussão. Três casos podem ser lembrados, para ilustrar a situação.

Caso 1. *Goldman versus Weinberg*, julgado pela Suprema Corte em 1986. A Suprema Corte deu validade à regulamentação das Forças Armadas que proibiam judeus ortodoxos a usar o quipá no exercício de seu ofício. À época do julgamento, um dos juízes, *Justice William J. Brennan*, argumentou que a Corte estava falhando ao não garantir uma das liberdades: a religiosa. Então judeus não puderam usar aquilo que é considerado um dos símbolos de sua religião? Não mesmo: um ano depois da decisão judicial que não autorizou o uso do quipá, o congresso expediu legislação determinando que as Forças Armadas modificassem sua regulamentação, autorizando seu uso.²⁴³

Caso 2. *Citizens United versus FEC (Federal Election Commission)*, julgado pela Suprema Corte em 2010. A discussão constitucional envolvia a primeira

²⁴² Tradução livre. No original: “The exercise of judicial power, however, relies on political and institutional judgements by the courts”. FISHER, Louis. Introduction. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Editors). **Judicial power and the constitution**. New York: Macmillan Publishing Company, 1992. p. ix-xv. Especificamente, p. xii.

²⁴³ FISHER, Louis. Introduction. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Editors). **Judicial power and the constitution**. New York: Macmillan Publishing Company, 1992. p. ix-xv. Especificamente, p. xiii.

emenda (que diz respeito à liberdade de expressão): a possibilidade de que uma corporação (*Citizens United*) gozasse dos mesmos direitos que os cidadãos possuem para a atividade política. Sem que quaisquer das partes pedissem, foi declarado inconstitucional o *Bipartisan Campaign Reform Act (BCRA)*, aprovado pelo congresso em 2002, que “proibia as empresas de participar do processo eleitoral de televisão por um período de trinta dias antes da primária para o pleito federal e sessenta dias antes de uma eleição”. No fundo, como menciona Ronald Dworkin, isso significou afirmar que “[...] as corporações e os sindicatos têm o direito constitucional de gastar tanto quanto desejarem em comerciais de televisão especificamente eleitoral ou visando a apoiar determinados candidatos”.²⁴⁴

Com essa decisão, tomada por 5 a 4, a Suprema Corte anulou dois precedentes (*Austin versus Michigan Chamber of Commerce*, de 1990, e *McConnel versus Federal Election Commission – FEC*, de 2003), deixando para trás “um século de história e tradição”. Uma das piores partes: neste caso, os juízes simplesmente agiram por iniciativa própria. Mas não é isso que mais interessa para o momento, embora este julgamento talvez seja a ilustração recente mais detalhada sobre as influências das orientações políticas e político-partidárias na composição da Corte (foram dos juízes conservadores os cinco votos que possivelmente favorecem os candidatos do partido republicano em sua campanha eleitoral), o que importa é observar o que aconteceu depois.²⁴⁵

Declarações presidenciais. Manifestação do congresso. Participação ativa do senado. Uma grande movimentação política na busca de corrigir a decisão judicial. Uma união de esforços para apresentar uma resposta legislativa. Talvez a situação não tenha sido tão dramática como o uso de pontos finais em frases curtas pode causar. Entretanto, o resultado desta decisão, considerada um ataque à democracia por Dworkin, foi uma reação das instâncias tradicionalmente consideradas políticas.

²⁴⁴ DWORKIN, Ronald. Uma decisão que ameaça a democracia. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (Orgs.). **Direito à democracia: ensaios transdisciplinares**. Tradução de André Pedreira Ibañez. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 41-56. Especialmente, p. 41-43.

²⁴⁵ DWORKIN, Ronald. Uma decisão que ameaça a democracia. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (Orgs.). **Direito à democracia: ensaios transdisciplinares**. Tradução de André Pedreira Ibañez. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 41-56. Especialmente, p. 41-43.

Caso 3. *Brown versus Board of Education*, julgado pela Suprema Corte em 1954. Em uma discussão que durou seis dias, neste caso, a Suprema Corte rejeitou (*overruled*) um precedente que já durava mais de meio século. *Justice* Warren pôs fim à doutrina “separados, mas iguais” (que autorizava a segregação racial nas escolas). E não apenas isso: determinou que as crianças fossem aceitas “com toda rapidez possível”.²⁴⁶ Mesmo após a decisão da Corte, a segregação continuou existindo – escolas públicas fecharam, e as privadas não eram acessíveis às crianças negras. Para que a decisão judicial fosse cumprida, foi necessária a união dos três braços do governo neste empenho, inclusive através do uso da força (com a intervenção das tropas federais nos governos do sul). Ou seja, como afirma Bruce Ackerman, este caso é considerado um superprecedente, entretanto, é dado mais peso a ele do que realmente possui: o fim da segregação racial no Estados Unidos exigiu uma intensa atividade política, sendo muito mais um ato de “garantia do governo republicano”²⁴⁷. Em outras palavras, embora se considere que a atuação da Suprema Corte tenha sido estratégica para a segregação racial – o que não se pode negar –, deve ser compreendido que essa transformação social nos Estados Unidos apenas aconteceu porque todos os poderes do estado estavam em comunhão.

O que se pode concluir a partir disso? A Suprema Corte sendo a porta voz da transformação política, um imaginário a ser repensado, seja. Louis Fisher demonstra que, na verdade, a Corte norte-americana costuma devolver para o sistema político o poder de decisão na maioria dos casos. Isso significa que o papel da decisão judicial pode ser pensado como aquele que se destina a estabelecer um mínimo para os direitos constitucionais, sendo que o poder político, a partir disso, pode dar uma amplitude maior à garantia dos direitos, mesmo depois do julgamento de uma controvérsia.²⁴⁸

²⁴⁶ TRACHTMAN, Michael G. **The Supremes’ greatest hits**: the 37 Supreme Court cases that most directly affect your life. Revised & updated edition. New York: Sterling Publishing Co. Inc., 2009. p. 55.

²⁴⁷ ACKERMAN, Bruce. Oliver Wendell Holmes lectures: the living constitution. **Harvard Law Review**, v. 120, n. 7, p. 1737-1812. 2007. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/116> Acesso em: 13 set. 2016. p. 1741-1742. Especialmente, p. 1752.

²⁴⁸ FISHER, Louis. Introduction. In: LEVY, Leonard W. ; KARST, Kenneth L. ; MAHONEY, Dennis J. (Editors). **Judicial power and the constitution**. New York: Macmillan Publishing Company, 1992. p. ix-xv. Especialmente, p. xiii.

As luzes do verão desacomodam a imagem criada para a atuação da Suprema Corte no exercício de sua tríplice autoridade (interpretativa, política e simbólica). Os três exemplos mencionados acima, sob certa perspectiva, revelam a falsa ideia de supremacia do judiciário em relação aos poderes eleitos. Em primeiro lugar, estes julgamentos demonstram que a Corte não julga completamente desassociada do que pretende o sistema político. Aliás, é esta a perspectiva de abordagem de Robert Dahl, quando afirma que “a Suprema Corte é inevitavelmente uma parte da aliança nacional dominante. Como um elemento na liderança política da aliança nacional, a Suprema Corte apoia as principais políticas da aliança.”²⁴⁹

Por outro lado, a síntese dos casos apresentada também revela que as instâncias majoritárias sempre tiveram a oportunidade de se manifestar, modificando ou ratificando o conteúdo do pronunciamento judicial. *É tempo de despedidas, o outono começa a chegar*. As folhas secas vão caindo, o velho discurso perde o seu lugar. A supremacia judicial como um pressuposto, uma ideia a se enfrentar. Mas, se existe alguma supremacia judicial possível, do que mais se pode falar?

O inverno aparece sombrio, cheio de histórias não contadas. Há um clima de névoa, perspectivas não observadas. Quem sabe a *primavera floresça*, a partir de uma ideia bem fundamentada. Entre livros e artigos lidos, qual a semente que está sendo plantada? A doutrina norte-americana, conjugada com a experiência brasileira, aponta para a existência de um vínculo até então não aparente entre o imaginário que sustenta a ideia de supremacia judicial (naturalizando-a a partir do argumento constitucional) e a dinâmica política, especialmente no que diz respeito à ligação existente entre o papel do judiciário e a atuação dos poderes eleitos para a *construção* da supremacia judicial através dos papéis que foram apontados. É possível perceber pela abordagem acima que, especificamente no sentido da tese proposta, a tensão existente entre os três poderes acaba se diluindo. Como

²⁴⁹ DAHL, Robert A. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 252, p. 25-43, abr. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7954>>. Acesso em: 28 out. 2016. Especialmente, p. 41.

mesmo afirma Conrado Hübner Mendes, “os poderes negociam informalmente seus espaços ao longo do tempo”.²⁵⁰

É o que afirma também Keith Whittington, para revelar que a supremacia judicial, nos Estados Unidos, decorre de uma dúplici realidade: do interesse político (dos poderes eleitos) de autorizar o judiciário (em especial, a Suprema Corte) a ser o intérprete exclusivo da constituição (*o intérprete autorizado*), retirando, assim, do âmbito da política, a responsabilidade de uma atuação baseada na fidelidade ao texto constitucional; e da própria satisfação do judiciário ao sentir-se privilegiado e satisfeito com essa transferência de responsabilidade (*o poder mais admirado*).²⁵¹ Como já demonstrado, este cenário não é exclusivo do contexto norte-americano, podendo ser adaptado para o que acontece no Brasil. A partir da análise deste autor, seria possível, então, incluir mais um elemento que se relaciona com as instâncias majoritárias: a transferência da autoridade política ao STF, que *permite* que ele encarne o papel de *governante bem intencionado*.

Com essa afirmação não se está desconsiderando a existência de um elemento de conflito entre os três poderes, afinal, isso faz parte do que se entende por controle de constitucionalidade; é evidente que isso persiste e se manifesta claramente pela cotidiana disputa de atribuições entre eles. O que se pretende demonstrar, então, é a ideia de que essa luta por poder muitas vezes desaparece, pois, em determinados momentos, pode ser conveniente aos poderes eleitos não manifestarem sua opinião, especialmente se for sobre assuntos polêmicos, porque isso pode acarretar a perda de votos ou gerar comprometimentos políticos. Assim, a tensão entre eles – legislativo, executivo e judiciário – se dilui na exata medida em que os poderes eleitos avaliam ser muito melhor deixar que o Supremo Tribunal Federal se posicione sobre questões sociais sensíveis do que gerar, por sua atuação, indisposições políticas; neste caso, é muito mais interessante construir e fomentar o imaginário que favorece a supremacia judicial. Enfim, trata-se de uma *supremacia judicial estratégica*, voltada a evitar desgastes políticos.

²⁵⁰ CARVALHO, Luiz Maklouf. Conrado Hübner Mendes: “O Supremo ainda é muito obscuro”. Entrevista com Conrado Hübner Mendes. *Época*. 24 jun. 2011. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI243786-15223,00-CONRADO+HUBNER+MENDES+O+SUPREMO+AINDA+E+MUITO+OBSCURO.html>>. Acesso em: 12 set. 2016.

²⁵¹ WHITTINGTON, Keith E. **Political foundations of judicial supremacy**: the president, the Supreme Court, and constitutional leadership in U. S. history. Princeton: Princeton University Press, 2007. Lido em sua Kindle Edition, posição 50.

Como mesmo afirma Keith Whittington, no contexto norte-americano, há uma “luta institucional” pela liderança constitucional, influenciada pela separação dos poderes e por elementos políticos.²⁵² Com isso, fica estabelecida uma constante articulação entre os poderes. Nesse sentido, com o intuito de investigar essas relações, o livro de Louis Fisher, chamado “Diálogos constitucionais”, foi escrito para confirmar a tese de que os princípios constitucionais emergem do diálogo existente entre os três braços do governo e o público em geral (em especial, as unidades federadas).²⁵³

A ideia de diálogo constitucional de Fisher, portanto, está na compreensão de que o constitucionalismo democrático é marcado por uma ampla interação entre os diferentes poderes e, sobretudo, no reconhecimento do caráter nitidamente político de todos eles, respeitando-se, naturalmente, suas adversidades nesse aspecto. Assim, dando seguimento a este posicionamento, no livro que escreveu com Devins, os autores desafiam a ideia de que a mais alta corte de uma nação possui a última palavra – o que pode ser lido como uma das facetas da supremacia judicial – a partir da ideia de que é saudável para a constituição e para a noção de constitucionalismo a união de esforços na atribuição do sentido constitucional. Ou seja, a supremacia judicial é refutada a partir da demonstração da existência de um “diálogo constitucional” na construção do direito (e não uma exclusividade ou centralização na esfera jurisdicional).

A proposta central destes autores não é negar o papel da Suprema Corte, mas posicionar-se a favor de um amplo debate, que qualifica a tomada de decisão no âmbito constitucional. Assim, o objetivo é demonstrar que as decisões judiciais podem ser qualquer coisa, menos finais, e que “os direitos constitucionais são melhores protegidos por um processo político que envolva todos os três braços, os estados e o público”. Considerando tudo isso, a conclusão é de que o reconhecimento da participação de outras entidades nesse processo demonstra que a Suprema Corte nem sempre ela possui a última palavra.

²⁵² Tradução livre. No original: “[...] the institutional struggle for constitutional leadership over the course of American history”. WHITTINGTON, Keith E. **Political foundations of judicial supremacy**: the president, the Supreme Court, and constitutional leadership in U. S. history. Princeton: Princeton University Press, 2007. Lido em sua Kindle Edition, pos. 173.

²⁵³ FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**: interpretation as Political Process. Princeton: Princeton University Press, 1988. Lido em sua Kindle Edition, *passim*.

Esta concepção de “diálogos constitucionais” contribui duplamente para a elaboração do trabalho. Primeiro, porque, com esse conceito, Fisher desnaturaliza a noção de supremacia judicial, indicando a participação de outras entidades (como os poderes eleitos) na construção do direito ou na definição de controvérsias sociais, o que reforça o tema central da tese. Por outro lado, também a ideia de “diálogos constitucionais” revela a importância do estabelecimento de uma relação entre os três poderes que favoreça a supremacia constitucional. Assim, de um modo ou de outro, essa questão está profundamente relacionada e fundamenta o desenvolvimento desta proposta.

O interessante de fazer esse aprofundamento teórico sobre o conceito de supremacia judicial é o fato de que, no Brasil, essa ideia da aposta de um papel protagonista da jurisdição costuma ser fundamentada a partir da experiência norte-americana e da função exercida pelo *judicial review*. Contudo, como visto acima, autores como Keith E. Whittington e Martin Shapiro, cientista político estadunidense, possuem uma posição desconfiada quanto a atribuir tamanha responsabilidade às Cortes. De acordo com Shapiro, nem mesmo na Inglaterra e nos Estados Unidos, isto é, nos países que deram origem a este sistema de controle judicial, foi possível tornar o Judiciário um espaço de consolidação democrática e justiça social. Assim, considerando que os países latino-americanos, em decorrência dos acontecimentos históricos pelos quais passaram, possuem um vazio no preenchimento das condições sociais e políticas prévias sobre as quais as nações que deram origem ao controle de constitucionalidade fundaram a legitimidade desta instituição, Shapiro afirma que não é otimista em relação a esta consolidação de uma jurisdição (constitucional) forte.²⁵⁴

Aliás, mesmo no interior da doutrina norte-americana, onde a Suprema Corte possui um papel muito mais acentuado, é possível apresentar dois

²⁵⁴ No original: “In the realm of constitutional judicial review, the question addressed here is success. How and when have constitutional courts succeeded? Success will be defined narrowly and positivistically in terms of when an exercise of constitutional judicial review has changed public policy in the direction the court wants public policy to go. Obviously implicit in this definition of success is the precondition that the court manages to establish and retain its power to exercise judicial review. What it does not contain is any substantive component such as changing public policy in a direction more favorable to ‘human rights’ or ‘social justice’”. SHAPIRO, Martin. The success of judicial review: the United States’ experience. In: GLOPPEN, Siri; _____; SAKAAR, Elin (Editors). **Democratization and the judiciary**: the accountability functions of courts in new democracies. London/Portland: Frank Cass, 2004. p. 5.

equívocos que pairam sobre e pretensamente legitimam a ideia de supremacia judicial: a) considerar o papel central da Suprema Corte na defesa dos direitos da minoria: isso pode ser facilmente contestado na história constitucional norte-americana, na medida em que, desde 1789, a atuação da Suprema Corte tende a proteger os direitos de corporações e do governo do que as minorias. Aliás, a história revela que o Congresso e o poder executivo foram mais efetivos na proteção dos direitos de minorias; e b) acreditar que os atores judiciais possuem papel central em relação a questões estruturais: na verdade, esses problemas são deixados para que os poderes eleitos definam. Quando os juízes intervêm, sua atuação ocorre em sintonia com o público e com os legisladores.²⁵⁵

Desse modo, considerando a trajetória de avanços e retrocessos do estado constitucional de direito no Brasil, em algumas situações, como no referido caso da lei do casamento entre pessoas do mesmo sexo, por critérios de conveniência (isto é, para não criar indisposição com a bancada religiosa e, assim, perder apoio), o poder político evoca a autoridade da mais alta corte do país, como se a própria constituição não fosse passível de emenda no que diz respeito a este tema, alteração que dependeria, obviamente, da disposição e mobilização dos poderes eleitos. O que fica evidente é que, com posicionamentos como este, a responsabilidade da decisão acaba sendo deslocada, ou seja, o poder político se desonera e, ao mesmo tempo, faz do judiciário o poder supremo para definir as mais controvertidas questões sociais. Como afirma o cientista político Rogério Arantes, “desde 1988, a Justiça não conheceu qualquer derrota no seu enfrentamento com a Política”.²⁵⁶

Claro que é possível dizer que o judiciário vem se impondo ao longo do constitucionalismo democrático. Se não fosse verdade, não seria possível identificar a supremacia judicial a partir das três autoridades mencionadas no segundo capítulo da tese (*o intérprete autorizado, o governante bem intencionado e o poder mais admirado*). Entretanto, é importante perceber que isso não é algo

²⁵⁵ FISHER, Louis; DEVINS, Neal. **The Democratic Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2004. Lido em sua Kindle Edition, posições 77, 83 e 88.

²⁵⁶ OLIVEIRA, André de. “Protagonismo da Justiça deslocou centro gravitacional da democracia brasileira”. Entrevista com Rogério Arantes. **El País**, São Paulo, 24 set. 2016. Disponível em: < http://brasil.elpais.com/brasil/2016/09/16/politica/1474061979_483659.html > Acesso em: 12 out. 2016.

natural – é resultado da crise institucional pela qual passam as instituições políticas, isto é, pelos fracassos de suas intervenções. Em outras palavras, é preciso reconhecer as fragilidades do sistema político, mas também suas responsabilidades na transferência da autoridade política ao STF, sendo possível visualizar um *governo de juízes*. Como mesmo afirma Arantes: “essa peleja entre Justiça e Política está inscrita no nosso desenho institucional e deve ser encarada como um campeonato permanente e não apenas como uma partida isolada.”²⁵⁷

Cria-se, assim, uma situação em que, para não gerar controvérsias políticas para o congressista (ou para o administrador), ao invés de se posicionarem sobre certas questões de grande divergência social, movidos por interesses político-partidários, atribuem tal função aos juízes e tribunais, evitando a indisposição política, o conflito e a polêmica com os seus eleitores e, principalmente, com seus opositores.²⁵⁸ Por isso, o principal argumento que justifica a tese é o desenvolvimento de um conceito de supremacia judicial construído através do consentimento, o que ocorre através da percepção de que as próprias instituições majoritárias delegam suas atribuições ao judiciário – uma *supremacia judicial consentida*.

Tudo o que foi abordado acima pode ser resumido no reconhecimento de que o poder político estabelece cálculos estratégicos que fundam a supremacia judicial.²⁵⁹ Ou seja, os presidentes da república podem desafiar a supremacia judicial ou se submeter a ela, encorajando outros membros do partido nessa postura.²⁶⁰ Por outro lado, o próprio legislativo também se comporta de modo a favorecer a atuação do judiciário.

Isso fica bem claro através de uma análise da história norte-americana, marcada por declarações de membros do congresso em defesa da supremacia

²⁵⁷ OLIVEIRA, André de. “Protagonismo da Justiça deslocou centro gravitacional da democracia brasileira”. Entrevista com Rogério Arantes. *El País*, São Paulo, 24 set. 2016. Disponível em: < http://brasil.elpais.com/brasil/2016/09/16/politica/1474061979_483659.html > Acesso em: 12 out. 2016.

²⁵⁸ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: _____ (Orgs.). **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995. pp. 194 e ss.

²⁵⁹ No original: “The strategic calculations of political leaders lay the political foundation for judicial supremacy”. WHITTINGTON, Keith E. **Political foundations of judicial supremacy**: the president, the Supreme Court, and constitutional leadership in U. S. history. Princeton: Princeton University Press, 2007. Lido em sua Kindle Edition, posição 296.

²⁶⁰ Ibid., posição 50

judicial, mas também por posicionamentos de conveniência dos legisladores, que preferem deixar que a Suprema Corte declare a inconstitucionalidade de uma lei popularmente aceita.²⁶¹ Essa situação também ocorre com o governo presidencial, tendo como principal exemplo o caso do presidente James Buchanan, que declarou que a questão da escravidão era uma questão judicial, o que também ocorreu com o presidente Dwight Eisenhower.²⁶²

Esse cenário não é menos visível no Brasil, tampouco aqui existem menores contradições. Veja-se, para ilustrar que, em meio ao apoio político à supremacia judicial (através de medidas já mencionada do decorrer deste trabalho), foi criada a PEC n. 33/2011, que, dentre outros aspectos, objetivava realizar um controle político das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

A partir do reconhecimento de uma crise funcional interna do Estado²⁶³, a PEC 33/2011 pode ser considerada uma resposta do sistema aos excessos do judiciário. Contudo, não se pode esquecer que o aumento do poder do Judiciário não seria possível sem a aceitação, ainda que tácita, dos grupos políticos dominantes e não diz respeito apenas a interesses populares, mas também àqueles de outros setores da sociedade. É possível afirmar, com Ran Hirschl, que acreditar que os juízes e cortes constitucionais sejam os maiores culpados pela expansão do poder judiciário é simplificar de maneira ingênua um fenômeno tão complexo e tão interligado com diversos fatores sociais, políticos e econômicos.²⁶⁴

É em proximidade dessa linha de raciocínio que Marcelo A. Cattoni de Oliveira, Alexandre Gustavo M. Franco Bahia e Dierle Nunes posicionam-se contra

²⁶¹ Ibid., posição 124

²⁶² FISHER, Louis; DEVINS, Neal. **The Democratic Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2004. Lido em sua Kindle Edition, posição 134.

²⁶³ A crise funcional está relacionada à perda de centralidade e exclusividade do Estado no exercício do poder, especialmente em decorrência da multiplicação dos loci de tomada de decisões legislativas, executivas ou jurisdicionais. Embora a fragilização por forças externas seja comumente associada à crise funcional, também é essencial verificar essa desconstrução interna, que ocorre em virtude das “[...] transformações que se observam nas relações mesmas entre as funções estatais tradicionais quando, ao que parece, cada uma delas, como reflexo de sua perda de importância própria, se projeta por sobre aquilo que tradicionalmente seria atribuição característica de outra ou, em decorrência mesmo da fragilização das funções de governo e sua incapacidade de realizar as promessas contidas no projeto constitucional fazem crescer e se transformar o papel da função de garantia, constituindo-a como ambiente de disputa e busca de satisfação de interesses individuais e coletivos”. BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Crise do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 58.

²⁶⁴ HIRSCHL, Ran. “Juristocracy” – Political, not Juridical. **The good society**, Pennsylvania, v. 13, n. 3, p. 6-11, 2004. DOI: 10.1353/gso. 2005.0020.

a PEC n. 33/2011. Antes de tudo, em sua argumentação contrária a tal medida, eles afirmam que a história do direito brasileiro já passou por momento semelhante (de tentativa do controle político das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade). Trata-se da doutrina das questões políticas, que vigorou durante a República Velha. Relembrem os autores que, com propósito distinto ao de agora, a Carta de 1937 previu expressamente “a possibilidade de o Congresso derrubar decisões do STF a pedido do presidente da República e mesmo da tentativa proibição de questionamento judicial, de tornar judicialmente imunes dos atos institucionais, e bem como suas as medidas de execução deles, em face do controle judicial durante a Autocracia de 1964”.²⁶⁵

Para além disso, esses autores reconhecem e reforçam o papel do parlamento como o “centro do regime político”, motivo pelo qual ele também deve “zelar pela sua legitimidade, representatividade e abertura ao debate público, assim como zelar por suas competências constitucionais”. Desse modo, afirmam compartilhar das preocupações que deram origem à PEC n. 33/2011, mas discordam que ela seja o modo através do qual o legislativo possa melhor fazer-se se representar ou recuperar o seu espaço.

O texto destes autores sobre a PEC n. 33/2011 é elaborado, então, com o objetivo de demonstrar que o parlamento tem condições de recuperar-se da crise pela qual vem passando através do exercício de suas próprias funções constitucionais, isto é, recuperando a vivacidade perdida, saindo do estado de apatia que foi o que também permitiu o crescimento do judiciário. Ou seja, para Cattoni de Oliveira, Bahia e Nunes, o legislativo possui na própria possibilidade de legislar o modo de enfrentamento do agigantamento do poder judiciário, pois, se muitas das querelas judiciais fossem resolvidas em momento anterior através de políticas legislativas, não seria necessário acionar recorrer à jurisdição. Respondendo à pergunta que eles mesmos se fazem sobre como controlar legislativamente o judiciário, eles afirmam

²⁶⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; BAHIA, Alexandre Franco; NUNES, Dierle. Controle de constitucionalidade é judicial, não político. **Consultor Jurídico**. Publicado em: 30 abril 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>

Primeiramente, legislar, enfrentando temas polêmicos e de relevância política e social. Não deveria faltar ao Legislativo coragem política para tratar de temas fraturantes tais como o do tratamento diferenciado para a interrupção da gravidez no caso de anencefalia em face do crime de aborto, para a extensão e sentido da Lei da Anistia de 1979 hoje, para a questão do reconhecimento pleno das uniões homoafetivas, para a questão acerca de casos de descriminalização e regulamentação do uso — inclusive medicamentoso — de drogas, bem como para as diversas questões, enfim, envolvendo políticas sociais, econômicas e culturais exigidas política e socialmente para a garantia efetiva do exercício em igualdade dos direitos fundamentais (igualdade como isonomia e como diversidade), afetas ao desenvolvimento, à redistribuição e à sustentabilidade.

Não pode faltar ao Legislativo coragem política para rever a legislação e abolir os resquícios de autoritarismo ainda nela presentes, seja em matéria de segurança, de sistema penal, de estrutura sindical, de sistema eleitoral e partidário ou mesmo de organização da administração pública brasileira. E para cuidar com atenção das reformas judiciais e processuais.

Sobre as reformas judiciais e processuais, tramita no Congresso Nacional o projeto de Novo Código de Processo Civil, no qual a Câmara dos Deputados está com a faca e o queijo na mão para rever as decisões do Senado que pretendiam atribuir mais e mais poderes aos juízes.

Em última análise, a defesa de Cattoni de Oliveira, Bahia e Nunes vai no sentido de que controlar posteriormente a atuação do Judiciário não seria necessário se previamente o legislativo enfrentasse questões que lhe exigiriam uma tomada de decisão de comprometimento. Como mesmo afirma Hirschl, muitas vezes é conveniente deixar para outro poder resolver, porque determinadas decisões exigem e repercutem certo nível de comprometimento. De todo modo, isso retrata o fato de que a crise da democracia está diretamente vinculada à ideia de sacralidade da jurisdição, sendo ao mesmo tempo, causa e consequência.

A análise deste tema (PEC n. 33/2011) revela as contradições nas quais está imersa a relação que existe entre judiciário e poderes eleitos. É esse cenário que impulsiona, no Brasil, a construção da ideia de supremacia judicial, compreendida como a maior autoridade e superioridade que possui o Supremo Tribunal Federal para resolver e definir questões centrais da sociedade. O objetivo da tese, neste aspecto, é desnaturalizar esse imaginário, demonstrando o papel que exercem as instâncias majoritárias.

Voltando à metáfora da palavra *estação*, é possível voltar à ideia primeira. Ideia de que cada um possui seu lugar. Que a troca exige disposição, a não ser

que haja familiaridade. A não ser que haja amizade. A não ser que haja colaboração. Ainda assim, se ocorre um acidente de percurso, como fica a identificação?

4.3 DECISÃO JUDICIAL E ESCOLHA POLÍTICA

Diz-se do selvagem aquele que não é civilizado; aliás, esse é seu antônimo. Os autores contratualistas, em especial, Hobbes, Locke e Rousseau, para explicar a passagem do estado de natureza para o estado moderno, apresentaram a oposição entre o homem selvagem e o civil, cada qual de sua maneira. É possível também lembrar neste momento do *mito do bom selvagem* (que se costuma relacionar a Rousseau), de Tarzan e de tantas outras metáforas que imprimem certo tom de bondade e ingenuidade para a pessoa que não vive sob aurora da civilização. Já que se começou falando minimamente sobre o selvagem, fazendo uso da partícula *é*, talvez seja importante aqui entender, pelo menos um pouco, o que pode ser o seu contrário.

Norbert Elias ajuda a esclarecer a ideia de civilização. Para ele, o processo civilizador é fruto de um conjunto de transformações que ocorrem em diversos níveis – tecnologia, maneiras, conhecimentos, religião e costumes. Para o momento, o que mais interessa da abordagem feita pelo autor é a dimensão que ele atribui a isso, como algo que expressa a “consciência nacional”, “ênfatisa o que é comum a todos os seres humanos ou deveria sê-lo”. Ou seja, quando se pensa em civilização, desenha-se a imagem daquilo que se manifesta como coletivo a partir de um “valor existencial, uma função na existência concreta da sociedade”.²⁶⁶ Por mais que isso nem sempre possa significar a caracterização de um corpo social inteiramente homogêneo e integrado, a civilização reporta uma comunicação coletiva, um comportamento social mínimo compartilhado, que é, portanto, esperado, porque fruto de condições passadas.

²⁶⁶ ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**: uma história dos costumes. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990. p. 23-26.

Inspirando-se em Norbert Elias, mas desenvolvendo o argumento para além do que foi por ele apresentado, é possível visualizar a presença de uma dupla temporalidade no processo civilizatório: *passado* e *futuro*. O passado se relaciona com aquilo que aparece no texto de Elias, “as cristalizações” de hábitos, fazendo com que *civilização* transmita a ideia de acontecimento pretérito que se perpetua através de ciclos, podendo se renovar (ou não). Por outro lado, o futuro direciona o pensamento para o progresso, isto é, para uma leitura de *civilização* como avanço, transformações que direcionam o passo da sociedade sempre à frente, que é a principal característica do pensamento moderno (tempo histórico como filosofia do progresso, assunto que é especialidade de Giacomo Marramao, através de sua leitura sobre a secularização²⁶⁷).

Parece ter ficado minimamente esclarecido o sentido de civilização – e este era o objetivo. Mas o subcapítulo foi aberto com a palavra *selvagem*, e isso pode significar que ela tenha sido o pensamento primeiro para esta parte. Então, o que é ser selvagem? Não domesticado, indomável, indisciplinado, incontrolável. Algo mais? Traduzindo para uma linguagem jurídica, é possível buscar apoio em Luigi Ferrajoli, que cria uma leitura específica para tratar da questão, retratando um dos aspectos que caracterizam as sociedades contemporâneas: a existência de “poderes selvagens” (*Poteri selvaggii*).

Em um livro publicado no ano de 2011²⁶⁸, *inspirado* pela crise política que atravessava a Itália, Ferrajoli identificou o surgimento de novas formas de poder que fragilizam a democracia política nas sociedades contemporâneas. Nesse sentido, o autor relata a existência de um descompasso entre o desenvolvimento do constitucionalismo, que pressupõe o amplo reconhecimento de direitos e garantias fundamentais, e a insurgência de “poderes de fato”²⁶⁹, cujo arbítrio não consegue ser contido. Em uma rápida síntese, trata-se da dificuldade de estabelecer o controle jurídico sobre as influências que os poderes privados passam a exercer na sociedade – e, por isso mesmo, porque ilimitados, são

²⁶⁷ MARRAMAO, Giacomo. **Poder e secularização**: as categorias do tempo. Tradução de Guilherme Alberto Gomes de Andrade. São Paulo: Editora UNESP, 1995, *passim*.

²⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta.

²⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1995. p. 933.

considerados selvagens. Muito mais poderia ser dito aqui sobre a proposta de Ferrajoli, entretanto, o objetivo desta parte não é aprofundar a obra do autor, mas apenas esboçar o núcleo conceitual que foi por ele elaborado para a expressão “poderes selvagens”.

Quem é selvagem nesta narrativa? Ou, em outras palavras, como tudo isso se relaciona com o tema proposto para esta parte da tese? Jose Luis Bolzan de Moraes foi um dos primeiros autores a fazer uso da proposta de Ferrajoli como uma metáfora para a democracia brasileira, questionando: quem são os poderes selvagens no Brasil? ²⁷⁰ Embora não seja a visão do autor italiano, pois ele compreende o poder judiciário como uma instituição de garantia (justamente responsável pelo controle arbitrário do poder, questão que mais tarde será explorada), com Bolzan de Moraes, é possível, mais uma vez, elaborar outra indagação: a crise política que se acentuou no contexto brasileiro especialmente a partir de 2012 alçou a atuação do Supremo Tribunal Federal (ou, até mesmo, dos demais órgãos do sistema de justiça) a poderes selvagens?

Correndo o risco de que Ferrajoli possa até discordar dessa apropriação que está sendo feita de sua obra, porque construída a partir de especificidades do constitucionalismo no Brasil, em uma adaptação da proposta do autor italiano, pode-se dizer que, *em supremacia*, o poder judiciário, especialmente, o STF, cria um paradoxo para sua atuação: manifesta-se como uma instituição propulsora de transformações, como portador dos avanços sociais no país, mas agindo como um *poder selvagem* (absoluto, ilimitado). Indo mais longe ainda, através disso, conjuga elementos de passado e futuro: cria um discurso de legitimidade pelo passado (pelo argumento constitucional), mas inova em suas decisões sob o fundamento de progresso. Assim, se a sociedade não avança em seu projeto de civilização por contra própria (ou através daqueles que estão autorizados pelo voto a lhe representar, o corpo político), isso ocorre por concessão do judiciário, que passa considerar a si mesmo como instância de “consciência social”, numa relação de dependência. Então aqui seria possível trazer Ingeborg Maus novamente ao texto,

²⁷⁰ No ano de 2016, as reuniões do grupo Estado e Constituição (UNISINOS-RS), coordenado pelo prof. dr. Jose Luis Bolzan de Moraes proporcionaram debates amplos e aprofundados sobre a relação direito e política. Essa leitura da obra de Ferrajoli foi apresentada em um desses encontros.

afinal, não é isso que dizia a autora quando afirmava que o judiciário assumia o papel de superego da sociedade?

Em supremacia, o Supremo Tribunal Federal possui uma *alma indomável*; é selvagem. Essa é uma visão panorâmica, abrangente. Indo para as especificidades, neste ponto, objetiva-se colocar sob discussão a manifestação *desse espírito livre do judiciário* no papel de *o intérprete autorizado*. A oposição a essa *figura* que se fixa no imaginário social pode ser elaborada a partir de dois movimentos, que se relacionam aos sentidos que se extraem da autoridade interpretativa que lhe é adjacente:

a. da compreensão de que o desenvolvimento da cultura constitucional brasileira não pode acontecer exclusivamente através dos posicionamentos do STF – existem outros atores que contribuem neste processo de significação do fenômeno jurídico, de construção dos sentidos sobre o direito; e

b. da crítica ao excessos do STF – ao ativismo judicial. É por essa leitura que se objetiva fazer a distinção entre *decisão jurídica* e *escolha política*, uma diferenciação feita por Lenio Streck, impulsionada pela pergunta: “O que é isto – decido conforme minha consciência?”²⁷¹, que é o título de uma de suas obras.

No horizonte do item *b*, a partir de uma linguagem de hermenêutica jurídica, o que significa excesso? *Discrecionalidade*. É esta a fronteira entre a *decisão judicial* e a *escolha política*. Imaginando direito e política como dois grande reinos, *discrecionalidade* seria o muro de contenção que os separa, construído ainda dentro das cercanias da política; portanto, é o critério que permite identificar a origem de um argumento. O ato discricionário não está relacionado somente à inexistência da construção de justificativas (até pode ser que seja só isso), mas especialmente à análise de seu conteúdo; não se diz discricionário apenas aquele que não apresenta razões – para a decisão judicial, é necessário que sejam demonstradas as raízes *jurídicas* de seu fundamento.

Fundamento não é palavra aleatória deste capítulo. Afirmar que é exigência constitucional (art. 93, IX, CF) já seria suficiente para que juízes e tribunais percebessem a distinção entre *decisão judicial* e *escolha política*, ou melhor, para

²⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme à consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

que compreendessem a necessidade de apresentar detalhadamente a argumentação jurídica que condiciona a resposta para a controvérsia. Contudo, subjaz a essa diferenciação, em seu núcleo conceitual, algo ainda mais relevante, o pressuposto do estado *democrático*: a *igualdade*. Como a igualdade pode ser a *pedra fundamental* para este assunto?

Com Ronald Dworkin, a igualdade, como “virtude soberana da comunidade política”, ganha um conteúdo específico: tratar as pessoas com igual consideração e respeito.²⁷² O pensamento de Dworkin é denso, desenvolvendo-se sob diversas perspectivas (teoria do direito, filosofia moral e política).²⁷³ Esse aporte teórico dworkiniano específico (a síntese de seu pensamento sobre igualdade) é assumido, neste momento da tese, de dois modos, que estão conectados. Pensando fora do sistema de justiça, sob a perspectiva política, como os cidadãos tornam-se iguais? Infelizmente, em um estado cheio de contrastes, como é o brasileiro, não é por oportunidades ou por condições sociais, mas por um critério objetivo: a universalização do voto, por democracia. Quando votam, as pessoas tornam-se iguais. Claro que não é só isso, na medida em que o poder público possui responsabilidade na formulação de estratégias/ações que objetivem a promoção da igualdade (em sua dimensão material). Mas quem autoriza o poder público? A sociedade – e esta autorização não é simbólica (tal como ocorre no caso da atuação do STF); é procedimental, é pelo voto, é uma escolha cujas possibilidades se renovam de tempo em tempo.

Sob um segundo olhar, convivendo com a intensa onda de judicialização, como é possível visualizar a dimensão de igual consideração e respeito? Se igualdade é um dos fundamentos da democracia, e o poder judiciário está inserido como uma das instituições responsáveis por sua preservação (ainda que no exercício de sua função contramajoritária), resta evidente que sua atuação deve de algum modo *espelhar democracia*. Aqui, o uso do verbo *espelhar* é de fundamental importância: como a sociedade não vota para eleger seus julgadores, e, portanto, não é ao poder judiciário que ela transfere sua representatividade

²⁷² DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005. I-XV.

²⁷³ Para aprofundar a leitura sobre Ronald Dworkin, indica-se a obra de um de seus melhores leitores no Brasil: MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

política, mas às instâncias majoritárias, é *por reflexo* que se pode exigir das decisões judiciais preocupação democrática. Então, voltando ao tema, como os pronunciamentos judiciais devem expressar igual consideração e respeito? Honrando o texto constitucional e a legislação a partir dele produzida (o que, mais uma vez, retorna à *democracia espelhada*), e, por isso mesmo, mas também porque deve existir “coerência” entre julgamentos sobre questões análogas, garantindo que não haverá decisões imprevisíveis (exceto se tomadas a partir de outras circunstâncias que juridicamente as fundamentem).²⁷⁴ E se isso não ocorre? Volta em cena, então, *o intérprete autorizado*.

Isso vai ao encontro do conceito que Keith E. Whittington dá para supremacia judicial, como “a habilidade da Suprema Corte de apagar a distinção entre suas opiniões ao interpretar a Constituição e o próprio texto constitucional”. Ou seja, quando a decisão não está fundamentada por critérios jurídicos, ela representa apenas a opinião de seus julgadores (movida por inclinações desconhecidas, pois sempre protegidas pelo discurso de leitura constitucional do caso). É por isso que se pode afirmar que, *em supremacia*, a autoridade (interpretativa) reivindicada pela Corte “não está apenas relacionada em fazer da constituição um guia para seus julgamentos, mas, principalmente, em dizer o que ela significa para ela mesma [para a Suprema Corte] e para todos os outros”.²⁷⁵

Pode-se perceber, portanto, uma tentativa de engrandecimento do papel da Suprema Corte a partir da ideia de que seus membros possuem a autoridade de traduzir, com certo descompromisso, a constituição para a sociedade – e é por isso que o direito vira aquilo que os tribunais dizem que é (numa releitura do realismo jurídico de Oliver Wendell Holmes, assunto já explorado no item 3.1). No

²⁷⁴ Estes dois modos de visualizar a igual consideração e respeito relacionados com a decisão judicial remetem a dois elementos centrais para a teoria de Ronald Dworkin, coerência e integridade. Em rápida síntese, a primeira diz respeito a essa harmonização entre os posicionamentos judiciais; e a segunda refere-se à observação do direito a partir de seus princípios fundamentais e seu conjunto legislativo (o direito como um todo). DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge/Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986. p. 226 e ss.

²⁷⁵ Tradução livre. No original: “Judicial supremacy largely consists of the ability of the Supreme Court to erase the distinction between its own opinions interpreting the Constitution and the actual Constitution itself. The Court claims the authority not only to look into the meaning of the Constitution as a guide to the justices own actions, but also and more importantly to say what the Constitution means, for themselves and for everyone else”. WHITTINGTON, Keith E. **Political foundations of judicial supremacy: the president, the Supreme Court, and constitutional leadership in U. S. history**. Princeton: Princeton University Press, 2007. Lido em sua Kindle Edition, posição 50.

Brasil, o *intérprete autorizado* representa justamente essa leitura que é feita do papel da Suprema Corte, o que é ainda pior, considerando as diferenças existentes entre as constituições brasileira e norte-americana. A situação agrava também se observada a tendência que possui o STF de, diante de assuntos polêmicos, posicionar-se de modo fragmentado, com cada um de seus ministros exercendo, sob os holofotes da TV Justiça, um modo diferenciado de proferir seus votos.

É disso que surge a metáfora das “onze ilhas”, relacionada ao número de ministros que compõem o STF, mas também o fato de que as “decisões colegiadas correspondem a nada mais do que a soma de votos individuais, sem maiores interações comunicativas entre eles”. Conrado Hübner Mendes explica que, por mais que os dados estatísticos demonstrem que majoritariamente as decisões tomadas pelo órgão colegiado são unânimes (o que refutaria a tese das “onze ilhas”), quando o assunto é controverso, quase “nenhum ministro do STF resiste à tentação de se expressar com sua própria voz [...], mesmo se concorda com a linha de outro voto, ou se o que tem a dizer for, no limite, redundante”. Ainda, o autor afirma que a referência à ilha também pode ser compreendida como o fato de que 90% das decisões tomadas pelo Tribunal são monocráticas, o que lhe conduz à afirmação de que “O STF é refém dos caprichos de cada um dos seus ministros”.²⁷⁶

Diante de tudo isso, se, como demonstrado mais no início do texto, o constitucionalismo estabelece uma teia para a atuação do STF (e dos mais órgãos do poder judiciário), o Tribunal alcança sua supremacia sendo aquilo que não deve ser. Em outras palavras, a supremacia judicial pode ser compreendida como uma justificação interna para seus excessos. E isso ganha ainda mais relevância se for percebido que o papel de *o intérprete autorizado* é uma ficção, pois, por mais que se espere do judiciário que suas decisões judiciais obedeçam a parâmetros de constitucionalidade e legalidade em sua fundamentação (como diz Dworkin, que sejam íntegras e coerentes), seria ingenuidade depositar exclusivamente a

²⁷⁶ NONATO, Israel. Conrado Hübner Mendes: “O STF é refém do capricho de seus ministros”. Entrevista com Conrado Hübner Mendes. **Os constitucionalistas**. 08 jun. 2016. Disponível em: < <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros> >. Acesso em: 12 set. 2016.

confiança no STF, como se fosse instituição infalível. Talvez por isso o grande acerto desta tese seja comparar sua atuação *em supremacia* como atos cênicos.

A partir de tudo isso, não há muita dificuldade em compreender os limites da decisão judicial. O que falta agora? Analisar como ela se relaciona com a *escolha política*. Já foi referido na primeira parte deste subcapítulo que democracia possui certo grau de incerteza e instabilidade (4.1). Por outro lado, quando Lenio Streck faz sua diferenciação entre decisão judicial e escolha, afirma que este último termo está vinculado à vontade.²⁷⁷ Uma *escolha política*, em última análise, também pode ser lida como um ato de vontade. Contudo, na medida em que vontade é uma expressão que está ligada à autonomia do sujeito, é possível afirmar que associar *escolha* com *política* pressupõe uma qualificação específica – a representação de interesses coletivos, o que até pode, mas não significa uma total correspondência a pretensões homogêneas.

A *escolha política* é livre de um modo que a decisão judicial não é, porque admite discricionariedade; mas, por outro lado, *não é livre* da mesma forma que a vontade subjetiva (individual), porque pressupõe a responsabilidade perante os conteúdos que os avanços democráticos já construíram ao longo dos anos (podem ser lembradas, aqui, as cláusulas pétreas existentes na constituição). Nesse sentido, como já aprofundado neste capítulo (4.1), o direito estabelece certas blindagens à *vontade política*, o que está conectado à maturidade constitucional atingida pelo país. Em resumo, a *escolha política* não carece de fundamentação em nível metodológico, mas, se não *representar* seu compromisso com a sociedade – seu compromisso democrático –, perderá sua legitimidade – seja simbolicamente ou pela via de um novo processo eleitoral.

Aqui vale a pena voltarmos à Itália na carona de Luigi Ferrajoli, fazendo-lhe uma rápida visita através da distinção que ele faz entre “instituições de garantia” e “instituições de governo”, que, de certa forma, se conecta à diferenciação entre *decisão judicial* e *escolha política*. Para o autor, a constituição estabelece as

²⁷⁷ “A escolha, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariedade e, quiçá (ou na maioria das vezes), arbitrariedade”. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme à consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 112.

condições de legitimidade ao exercício do poder, criando certos limites. Isso está amparado naquilo que Ferrajoli denomina de “esfera do indecidível”: a criação de cláusulas pétreas, bem como procedimentos específicos (e mais complexos) para alteração de seu texto. Assim, considerando que a “esfera do indecidível” corresponde a um controle do poder arbitrário, e que a história do constitucionalismo sempre foi a da contenção do poder político, o judiciário acaba sendo a instituição responsável por exercer a função de garantia neste espaço no qual *não há escolha*, mas vinculação ao texto constitucional. Por outro lado, legislativo e executivo – instituições de governo – tornaram-se responsáveis pela “esfera do decidível”. Isso significa que às instâncias majoritárias é atribuída a responsabilidade de estabelecer a agenda política, numa amplitude de poder que não provoque retrocessos constitucionais.²⁷⁸

Como se pode perceber, certamente Ferrajoli teria uma grande dificuldade em visualizar o que ele considera instituições de garantia como poderes selvagens. Não só Ferrajoli – é esperado que qualquer jurista se decepcione diante do que se poderia chamar de *decisões judiciais selvagens*. Mas este é o problema: o discurso naturalizado de supremacia judicial esconde excessos através de distorções do argumento constitucional. O resultado disso? “[...] o Brasil tem uma outra Constituição feita pela jurisprudência” – palavras de Joaquim José Gomes Canotilho, em uma entrevista que concedeu ao jornal “Folha de São Paulo”.²⁷⁹

Voltando à diferenciação entre *decisão judicial* e *escolha política*, a supremacia do judiciário acontece quando essa distinção desaparece, ou seja, quando a decisão judicial passa a ser política por seus fundamentos. Exemplo claro disso são as decisões que se pautam pela opinião pública. Esse assunto é tema também no constitucionalismo norte-americano: Louis Fisher e Neal Devins consideram que um dos níveis pelo qual é possível visualizar as influências da política sobre a atuação da Suprema Corte é quando a opinião pública (dos poderes eleitos, de grupos de interesse, da comunidade, de setores da sociedade)

²⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2008. p. 106.

²⁷⁹ MENDONÇA, Ricardo. “Os réus do mensalão têm alguma razão”, diz jurista guru dos ministros do STF. Entrevista com José Joaquim Gomes Canotilho. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 24 nov. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1375636-os-reus-do-mensalao-tem-alguma-razao-diz-jurista-guru-dos-ministros-do-stf.shtml>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

torna-se um fator decisivo para orientar o julgamento.²⁸⁰ Não há beleza nisso, mas é perceptível que o STF “[...] é um tribunal que consegue estar em sintonia com a opinião pública”.²⁸¹

É no mínimo curiosa essa preocupação em fazer um ajuste dos posicionamentos judiciais à opinião pública, pois, considerando que, tanto a composição da Suprema Corte quanto a do STF não estão sujeitas a modificações pelo desagrado popular, esses órgãos poderiam simplesmente “dizer não” às demandas da sociedade, se considerassem em desacordo com a constituição.²⁸² Ou seja, como Georges Abboud sugere, o STF não precisaria encarnar o *espírito Don Juan* e pretender viver “[...] em constante lua de mel com a opinião pública e a maioria da população”; seria importante, aliás, que sua postura fosse justamente contrária, afinal, trata-se de uma instituição contramajoritária.²⁸³ Mas por que isso é assim? Porque decisões judiciais *simpáticas* reforçam o imaginário de supremacia judicial de dois modos: aumentam a legitimidade do Tribunal perante à sociedade (e isso cada vez mais engrandece o STF, que se torna o protagonista das relações sociais – *o poder mais admirado*); mas também garante que suas decisões sejam cumpridas, sob o manto de uma *aparente supremacia* (quando mais se trata de estratégia política).

Essa questão da *aparente supremacia* está de certo modo relacionada ao que foi abordado no item anterior (4.2), que analisa as interações entre judiciário e poderes eleitos. Trata-se de uma leitura específica do contexto americano, mas que pode ser aproveitada para o Brasil, na medida em que a *construção* do papel do STF ocorreu a exemplo da atuação da Suprema Corte nos Estados Unidos. Assim, é possível perceber que as decisões da Corte estadunidense sempre

²⁸⁰ FISHER, Louis; DEVINS, Neal. **The Democratic Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2004. Lido em sua Kindle Edition, posição 58 e 65.

²⁸¹ MENDONÇA, Ricardo. “Os réus do mensalão têm alguma razão”, diz jurista guru dos ministros do STF. Entrevista com José Joaquim Gomes Canotilho. **Folha de São Paulo**, op. cit.

²⁸² Tradução livre: “As indicações dos juízes da Suprema Corte são vitalícias e, portanto, eles não precisam se preocupar em tomar decisões populares, opostas à decisão correta. Eles podem simplesmente dizer não”. No original: “Supreme Court justices are appointed for life and, therefore, do not have to worry about making the popular decision, as opposed to the right decision. They can just say no”. TRACHTMAN, Michael G. **The Supremes’ greatest hits: the 37 Supreme Court cases that most directly affect your life**. Revised & updated edition. New York: Sterling Publishing Co. Inc., 2009. p. 03.

²⁸³ ABOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 921, p. 191-214, 2012. p. 198.

ocorreram dentro de seus limites institucionais, pois, desde *Marbury versus Madison*, a preocupação era de “não avançar por terrenos onde as suas pronúncias poderiam permanecer letra morta graças à arma terrível do poder que é a força da inércia”.²⁸⁴ Ou seja, como afirma Trachtman, considerando que “a Suprema Corte não possui exército”²⁸⁵, o cumprimento de suas decisões sempre dependeram de seus arranjos políticos com os demais poderes, como aconteceu no julgamento do caso *Brown versus Board of Education* – daí porque Fisher e Devins consideram que, em suas decisões, muitas vezes foram escutadas a opinião dos poderes eleitos.

Para além dos impactos dos fundamentos da decisão judicial para a *construção* da supremacia judicial, há aspectos institucionais relacionados à postura do Supremo Tribunal Federal que também contribuem para isso. Poderiam ser referidos, aqui, os seguintes elementos:

a. a ausência de critérios objetivos para o julgamento de casos (levou cinco meses para analisar o afastamento de Eduardo Cunha; Gilmar Mendes, sem pedido de vista, ficou vinte meses com o processo sobre o fim do financiamento empresarial de campanha; processo de Renan Calheiros, acusado de peculato e falsidade ideológica aguarda parecer de alguns ministros há mais de três anos);

b. o grande número de decisões monocráticas, conjugado à atribuição de muitos poderes aos relatores, crítica que é feita por Marcelo Cattoni;

c. o não cumprimento dos prazos estabelecidos para análise de um processo após o pedido de vista. Isso leva Marcelo Cattoni a afirmar que “qualquer advogado nesse país dirá informalmente: prazo existe para as partes, dificilmente para os juízes”, construindo-se uma “[...] cultura entre o Ministério Público, juízes e advogados, na qual ninguém cobra ninguém”;

d. a antecipação pública do voto, avaliada por Marcelo Cattoni como “uma violação do dever funcional” não punida.²⁸⁶

²⁸⁴ ZOLLER, Élisabeth. Esplendores e misérias do constitucionalismo. **Sub judice**: justiça e sociedade. *Judicial Review – o sonho americano*. Lisboa, n. 12, p. 3-12, jan. /jun., 1998. Especialmente, p. 3.

²⁸⁵ Tradução livre. No original: “[...] the Supreme Court has no army”. TRACHTMAN, Michael G. **The Supremes’ greatest hits**: the 37 Supreme Court cases that most directly affect your life. Revised & updated edition. New York: Sterling Publishing Co. Inc., 2009. p. 10.

²⁸⁶ Todos itens foram retirados da matéria referenciada a seguir. Marcelo Cattoni foi um dos entrevistados. ALESSI, Gil. A caixa preta do STF: por que o tribunal julga o que quer quando quer?

Tudo o que foi mencionado até agora aponta para a existência de uma *supremacia judicial construída*, afastando a hipótese teórica que naturaliza o discurso que torna o STF uma instituição com poderes supremos a partir da previsão do controle de constitucionalidade, isto é, sob o argumento constitucional. Se, por um lado, é possível *desconstruir* esse imaginário, revelando, neste caso, que isso ocorre através das próprias investidas do judiciário (o que ocorre à margem da constituição), por outro, também torna-se interessante demonstrar como é possível enfrentar esse cenário. Assim, pode-se pensar em desafiar a figura de *o intérprete autorizado* a partir de alguns caminhos, que neste espaço serão apenas veiculados como exemplos, sem o compromisso de aprofundamento teórico que cada um dos temas é capaz de gerar:

a. Através do que Anderson Vichinkeski Teixeira chama de “uma realidade irrefutável”: a caracterização de uma tendência, forjada pela globalização, de se pensar as escolhas públicas a partir de *novas esferas de decisão política*, como transnacionalização dos processos democráticos. Trata-se dos desafios lançados ao modelo liberal de democracia que promovem a remoção de prerrogativas do estado (relativização de sua soberania), dentre as quais está a “autonomia jurisdicional”. Isso implica um crescimento das instâncias jurisdicionais supranacionais, como a “criação de novos tribunais internacionais, incluindo os de arbitragem” e as decisões da OMC, que passam a intervir diretamente na sociedade, relativizando o papel do STF.²⁸⁷

b. Pela via do que sido chamado de *controle de convencionalidade*. Em linhas gerais, trata-se da possibilidade de confrontar os atos normativos com os tratados que versem sobre direitos humanos que tenham sido ratificados pelo Brasil. O exemplo mais claro disso ocorreu no caso da prisão civil do depositário infiel, afastando a aplicação do direito infraconstitucional em defesa judicial da

Especialistas listam dilemas da Corte e dizem que ministros deveriam estabelecer critérios claros. **El País**, São Paulo, 17 jul. 2016. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/10/politica/1465591620_578341.html>. Acesso em: 19 set. 2016.

²⁸⁷ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Democracia transnacional: as novas esferas transversais de decisão política. In: FREITAS, Juarez; _____ (Orgs.). **Direito à democracia**: ensaios transdisciplinares. São Paulo: Grupo Conceito/Editora Modelo, 2011. p. 123-137.

ordem internacional No âmbito interamericano, o órgão encarregado de exercer o controle jurisdicional de convencionalidade é a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em linhas gerais, isso diz respeito ao peso do que é definido pela comunidade internacional.²⁸⁸

c. Por intermédio da atuação do *Conselho Nacional de Justiça* – CNJ, cuja missão é verificar se a prestação jurisdicional está sendo realizada de acordo com a moralidade, efetividade e eficiência. Assim, ao realizar uma fiscalização abrangente sobre o comportamento da magistratura, é possível afirmar que, em certa medida, gera constrangimentos mínimos à postura judicial.

d. Através de *ação rescisória*, que é possibilidade de suspender os efeitos de uma decisão judicial que já transitou em julgado, devido à existência de um vício.

e. Como já visto no item anterior – e não custa reforçar –, por meio da *atuação das instâncias majoritárias*, que podem propor uma reforma no teor da decisão judicial, via emenda constitucional ou lei.

f. Por *resistência* teórica. Desse modo, para avaliar os acertos ou desacertos da atuação do STF, é importante que hajam critérios. E eles já existem – o sistema jurídico brasileiro, com todos seus componentes. Fazer essa afirmação e aprofundá-la resolveria o problema sobre a pergunta *o que é o direito?*, cuja resposta, a partir de um conceito interpretativo (Ronald Dworkin), está ancorada: “[...] nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador”²⁸⁹. Assim, há algum modo de blindar a supremacia judicial provocada por atos de ativismo do judiciário?

É hora de ressuscitar Nicolas Flamel para fazer um pouco de *alquimia*²⁹⁰ *constitucional*, na tentativa de conjugar os elementos que produzam o *elixir da vida*

²⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Controle de convencionalidade dos tratados internacionais. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 abr. 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais> > Acesso em: 13 set. 2016.

²⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. O passado, o presente e o futuro do STF em três atos. **Consultor Jurídico**, Coluna Senso Incomum, São Paulo, 15 nov. 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-nov-15/senso-incomum-passado-presente-futuro-stf-tres-atos> > Acesso em: 12 out. 2016.

²⁹⁰ Para leitores desavisados, “Alquimia é uma prática que combina elementos da Química, Antropologia, Astrologia, Filosofia, Metalurgia e Matemática. Existem quatro objetivos principais na sua prática: [...] transmutação dos metais inferiores ao ouro; [...] a obtenção do Elixir da Longa; [...] criar vida humana artificial; [...] fazer com que a realeza conseguisse enriquecer mais rapidamente

eterna à democracia (ou pelo menos desta democracia, que tanto tende à judicialização). Parece um pouco exagerado? Certamente é, porque desnecessário ressuscitar Flamel: prestando bem atenção, em algum lugar metafórico de sua generosa *árvore genealógica (do pensamento)*, é possível encontrar o sobrenome Streck como descendente distante. Sim, os livros contam que ele produziu (e produz) ouro através do experimento da palavra. Então, exagerado talvez não seja o melhor termo, pois talvez seja isso que se espera da doutrina em meio a tantas crises que atingem o direito brasileiro: *ressuscitar certas alquimias*.

A “fórmula da Crítica Hermenêutica do Direito” é uma química composta pelas seguintes *substâncias*: a exigência de “respostas constitucionalmente adequadas”, a partir da verificação das “seis hipóteses de fazer jurisdição constitucional”, da propositura das “três perguntas fundamentais” e da observação dos “cinco princípios”, o que pode ser assim descrito:

06 Hipóteses de fazer jurisdição constitucional:

- 1) lei (ato normativo) inconstitucional (controle de constitucionalidade);
- 2) aplicação dos critérios de resolução de antinomias;
- 3) interpretação conforme a Constituição;
- 4) nulidade parcial sem redução de texto;
- 5) declaração de inconstitucionalidade com redução de texto;
- 6) princípio que afasta a regra.

03 Perguntas fundamentais:

- i) trata-se de um direito fundamental?
- (ii) essa decisão pode ser concedida à outras pessoas em mesma condições?
- (iii) é possível transferir recursos do restante dos cidadãos para satisfazer a felicidade de quem está em juízo reivindicando aquele direito?

05 Princípios:

- (i) Princípio um: a preservação da autonomia do direito
- (ii) Princípio dois: o controle hermenêutico da interpretação constitucional – a superação da discricionariedade
- (iii) Princípio três: o respeito à integridade e à coerência do direito
- (iv) Princípio quatro: o dever fundamental de justificar as decisões

(este último talvez unicamente para assegurar a sua existência, não sendo um objetivo filosófico)”. Pensamento seletivo: interessa, aqui, apenas os dois primeiros objetivos. ALQUIMIA. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. 21 nov. 2016. Disponível em: < <https://pt.wikipedia.org/wiki/Alquimia> >. Acesso em: 22 nov. 2016.

(v) Princípio cinco: o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada²⁹¹

A proposta de Lenio Streck refuta o discurso de supremacia judicial criado a partir do papel do STF como o *intérprete autorizado*. Trata-se da consagração do que ele chama de “constrangimento epistemológico” da doutrina.²⁹² Seu propósito é demonstrar que existem meios de analisar hermeneuticamente se a decisão tomada pelo poder judiciário está adequada ou não. Com isso, tem-se um duplo enfrentamento à supremacia judicial como um discurso naturalizado: primeiro, mediante a crítica que é feita aos excessos do Tribunal (refutação da discricionariedade como elemento de *justificação* decisória); segundo, pela via da percepção que, ao construir alicerces teóricos que delimitam o modo de exercer o controle de constitucionalidade, na verdade, está-se também apontando para a desconstrução da ideia de que apenas a última instância jurisdicional tem o condão de criar *cultura constitucional*.

O conjunto dos itens referidos acima indica novos roteiros para o espetáculo produzido pelo estado democrático brasileiro; podem ser considerados esboços de um possível estágio de transição, uma peça adaptada. De modo muito frágil, novos cenários também começar a ser avistados e necessitam ser montados. O STF, como *guardião da constituição* é uma narrativa a ser recuperada. Entretanto, a construção dessa nova *estória* somente será possível na medida em que as personagens se articulem harmoniosamente em níveis distintos: da teoria do direito (hermenêutica jurídica), mas também de uma teoria constitucional reconciliada com a teoria política. Que se fechem as cortinas para que se inicie, novamente, o tempo de ensaiar novas falas.

²⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 322.

²⁹² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme à consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 115.

5 DESFECHO. A SUPREMACIA JUDICIAL CONSENTIDA – A TRAGÉDIA DE PANDORA



Pandora

O que foi dito até então? Muitas coisas. Mas houve uma frase que ecoou ao longo dos capítulos quase como um mantra (espero que não tenha convencido o leitor por seu conteúdo): no Brasil, prospera um discurso de naturalização da supremacia judicial em favor do Supremo Tribunal Federal, que se funda através de uma leitura constitucional de seu papel. É incrível o movimento circular de uma tese: esse é começo de tudo, que aparece no fim. Mas, se, no início, isso surgiu como base para a proposta, como premissa e hipótese teórica; agora, retorna como alvo. Os dardos já foram lançados no capítulo anterior. O que mais precisa ser dito?

É preciso deixar bem explícito o argumento final, ao menos para fazer com que dele repercutam muitas outras inquietações, pois é inegável que toda vez que se ilumina um ponto é provável que se escureça muitos outros. Dar a luz é sempre um processo simultâneo de vida e morte – algo nasce, mas há muitas outras coisas que são sepultadas. Como ato derradeiro, portanto, *celebra-se* a vida da *supremacia consentida*; enquanto é *velada* a hipótese teórica que considera

supremacia judicial um elemento naturalmente associado à função jurisdicional. Foi escrito isso mesmo? *Celebra-se?*

Pensando melhor, não há o que festejar. Mas acontece que a construção de uma narrativa ficcional sobre a supremacia do STF foi tão bem arquitetada no imaginário da sociedade brasileira e da comunidade jurídica que perceber suas fragilidades ganha certo tom de *conquista*. A sensação fica ainda mais agradável se isso adquire um formato específico: o de tese de doutorado, pois significa que, de algum modo, o pensamento caminhou rumo a conexões originais. Então, a chegada ao *desfecho* representa a *satisfação* de ver acesa a lâmpada pessoal da ideia, que ilumina.

Mas não é bem assim. A ambiguidade presente neste final consiste na percepção de que tudo isso pode ser uma tese devidamente fundamentada, contudo, é também uma grande tragédia. A *supremacia judicial consentida* confronta o discurso sedutor que facilita a aceitação do acúmulo de poder no Supremo Tribunal Federal ao visualizar a constituição como o componente de justificativa para excessos (o que é ainda mais problemático pela ampla abrangência temática do texto constitucional brasileiro). Entretanto, por mais que se tenha tentado demonstrar em diferentes ocasiões os equívocos de conceder qualquer supremacia que não seja a constitucional – a partir de um viés que reconhece que, no horizonte de projeções do estado, é indispensável ao desenvolvimento da democracia o equilíbrio institucional –, revelar que a supremacia judicial é fruto de concessões significa, em meio a tudo isso, compreender *como* este elemento está presente na formação do perfil do judiciário brasileiro. Em outras palavras: a *supremacia judicial consentida* combate um problema, mas não impede a amarga convivência com sua própria tragédia.

Neste ponto, a escolha da palavra tragédia é fundamental para compreender o dilema apresentado. As tragédias gregas são gêneros de peças teatrais através dos quais é possível apreender (e aprender) pelo menos duas coisas: a dualidade que habita o ser humano e sua capacidade de lidar com o fracasso. Afinal, às personagens de uma tragédia geralmente é atribuída personalidade heróica, que é conjugada a destinos desgraçados (ou vice-versa),

sem que a *estória* seja interrompida, sem que o movimento da escrita (ou da vida) deixe de seguir seu fluxo. Vive-se *em tragédia e apesar dela*.

Qual a tragédia da tese? Seu objetivo é cumprido: a autoria nasce, em conteúdo e, principalmente, em estética, mas, simultaneamente, seu desfecho não fecha – ele abre, porque, diante de uma *supremacia consentida*, talvez o grande ponto de interrogação a ser colocado é sobre como modificar esse cenário (só que as respostas a essa pergunta só caberiam no espaço de outra tese). Mas, direcionando esta pergunta especificamente ao tema da tese, qual seria a tragédia do Supremo Tribunal Federal? Poderia ser o fato de que, por vezes, errando (*em supremacia*), ele pode até acertar – alcançar um resultado *constitucionalmente desejado* –; ou, então, o fato de conviver com oscilações: por vezes, age dentro dos parâmetros constitucionalmente esperados, mas outras tantas suas responsabilidades são de tal modo expandidas que lhe tornam soberano (ou tirano?), agindo fora dos compromissos constitucionais.

Considerando tudo isso, esse último capítulo possui uma dupla inspiração: na mitologia grega, representada por Pandora; e na literatura árabe, que vem à lembrança através de “As Mil e Uma Noites”. Ainda não é tempo de Pandora, embora ela já tenha sido anunciada como imagem lá começo. Então, o espaço está aberto para ouvir como “As Mil e Uma Noites” foram trazidas a este subcapítulo, e qual a metáfora que foi desenvolvida a partir disso.

Xariar, rei da Pérsia, havia sido traído por sua esposa. Por isso, depois de matar sua mulher, nunca mais conseguia confiar em outras. Decide dormir a cada noite com uma mulher diferente e matá-la no dia seguinte. A narrativa se desenvolve assim até que ele escolhe Sherazade para ser sua acompanhante. Elaborando uma estratégia para evitar sua morte, a moça decide passar a noite contando *estórias* ao rei. De manhã, quando seria executada, avisa a ele que daria continuidade à leitura no outro dia. O rei ficava tão enfeitiçado com os contos de Sherazade que nunca a matou, porque as *estórias* eram muito boas, deixavam-lhe imerso no mundo fantasioso. Assim Sherazade se salvou e terminou casando com Xariar.

Como isso pode interessar à tese? A *supremacia judicial consentida* é composta por diversas *belas estórias contadas* – pelos três poderes e pelos

juristas. No desenvolvimento desta tese, é preferível acreditar que, na verdade, o rei não apenas ficava curioso pela continuidade da *estória*, mas acabava dormindo ao som das palavras de Sherazade. Sim, isso pode soar como uma adaptação do conto (que dá origem ao livro “Mil e Uma Noites”) para os interesses da metáfora pensada para a tese: *deitados em berços esplêndidos* (espero que não seja eternamente), ficamos – comunidade jurídica e sociedade – imersos em narrativas convincentes. O capítulo quer responder claramente a uma pergunta: quem são os *contadores de história*?

5.1 PRIMEIRO SONO: QUANDO OS POSICIONAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PASSAM A VINCULAR COMO PRECEDENTES

Breve relato do pesadelo

O sono veio quando as vozes começaram a contar a *estória* sobre o papel do Supremo Tribunal Federal na contemporaneidade. A autoridade do Tribunal era retratada como a *aurora de um novo dia* – resplandescia em brilho e luminosidade. Havia quase um tom místico naquelas palavras, e um jogo entre elas que deixava tudo mais interessante: “os juízes e tribunais interpretam para decidir, mas não existem para interpretar”. No começo, a mente ficou um pouco confusa, mas, como toda boa narrativa, passo-a-passo, tudo foi ficando mais seguro e muito convincente. Foi bonito quando disseram que era preciso ter respeito pelo STF; e impactante quando afirmaram que isso significava não contrariar seus posicionamentos. A palavra respeito ganhava um novo sentido. Por outro lado, “rebeldia” e “gravidade” foram os termos utilizados para demonstrar os perigos de não “[...] nos sentirmos obrigados perante o precedente” do STF. Sonhava-se com a supremacia judicial que a doutrina concedia ao judiciário. Se já era emocionante para quem ouvia, poderia ser ainda mais para os membros desta instituição, que executariam a proposta. Mas era só um sonho.

O despertar para o desfecho: qual o papel dos juristas para a construção da supremacia judicial?

O sonho vira pesadelo quando se tem consciência de que a construção literária acima é inspirada pelas passagens de duas obras jurídicas que abordam o tema dos precedentes no direito brasileiro²⁹³, assunto que ganha ainda mais importância a partir da recente reformulação do código de processo civil. O objetivo deste momento não é provocar uma discussão sobre isso: Lenio Streck já produziu muitos esclarecimentos em uma sequência de publicações no sítio “Consultor Jurídico”, na coluna “Senso Incomum”²⁹⁴. Assim, se o objetivo da tese foi desnaturalizar a ideia de supremacia judicial, demonstrando que o imaginário que eleva o STF a poder supremo é fruto de uma *construção*, sobra apenas uma pergunta: quem são os arquitetos?

Os primeiros a aparecer em cena são os próprios juristas. Nesse sentido, *construção* é uma palavra pensada sob a perspectiva de assentamento teórico,

²⁹³ Na íntegra, os parágrafos de onde foi extraída a ideia e sua referência: “[...] os juízes e tribunais interpretam para decidir, mas não existem para interpretar; a função de atribuição de sentido ao direito ou de interpretação é reservada às Cortes Supremas. No momento em que os juízes e tribunais interpretam para resolver os casos, colaboram para o acúmulo e a discussão de razões em torno do significado do texto legal, mas, depois da decisão interpretativa elaborada para atribuir sentido ao direito, estão obrigados perante o precedente”. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sérgio Cruz. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 105. Ainda: “Tendo a interpretação da Corte Suprema valor em si mesma, sendo o móvel que legitima sua existência e outorga sua função, eventual dissenso na sua observância pelos seus próprios membros ou por outros órgãos jurisdicionais é encerado como um fator grave, como um desrespeito e um ato de rebeldia diante de sua autoridade, que deve ser evitado e, sendo o caso, prontamente eliminado pelo sistema jurídico e pela sua própria atuação.” MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação: da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 68.

²⁹⁴ Trata-se de um conjunto de quatro colunas escritas em sequência: STRECK, Lenio Luiz. Por que commonistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar?. **Consultor Jurídico**, coluna Senso Incomum. Publicada em: 22 set. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonistas-brasileiros-proibir-juiz-es-interpretar>> Acesso em: 15 out 2016. STRECK, Lenio Luiz. Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes - Parte II. **Consultor Jurídico**, coluna Senso Incomum. Publicada em: 29 set. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>> Acesso em: 15 out 2016. STRECK, Lenio Luiz. Uma tese política à procura de uma teoria do direito: precedentes III. **Consultor Jurídico**, coluna Senso Incomum. Publicada em: 06 out 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-06/senso-incomum-tese-politica-procura-teoria-direito-precedentes-iii>> Acesso em: 15 out 2016. STRECK, Lenio Luiz. Precedentes IV: final. Por que interpretar não é um ato de vontade. **Consultor Jurídico**, coluna Senso Incomum. Publicada em: 13 out 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-13/senso-incomum-precedentes-iv-final-interpretar-nao-ato-vontade>> Acesso em: 15 out 2016.

posicionamentos doutrinários que visam a definir o papel do poder judiciário no constitucionalismo brasileiro. Assim, é possível dizer que os juristas consentem com a supremacia judicial por sua passividade, traduzida até mesmo em certa dependência dos posicionamentos judiciais, mas também através dos incentivos que provocam quando desenvolvem justificativas teóricas para o *judiciário em supremacia*.

Ressaltando o papel da teoria do direito no reforço à supremacia judicial, Christopher Wolfe faz um chamado: é necessário criar medidas para reestabelecer o governo republicano. Para o autor, isso faz parte de sua análise que percebe a supremacia judicial como um elemento de excesso na atuação da Suprema Corte. E mais, avalia que os esforços têm sido poucos para enfrentar essa situação que desloca para as cortes/tribunais de última instância a responsabilidade pela tomada de decisão política. Tudo isso faz parte de um contexto: da divulgação da opinião da elite intelectual, que, pela circulação de seus discursos, ganham poder político que não conseguem atingir via eleição; da influência de intelectuais e acadêmicos do direito; e do papel da mídia, que estimulam este imaginário de supremacia judicial. Para Wolfe, considerando a atuação dessas instituições (mídia, academia etc.), tornam-se pequenas as expectativas de se visualizar uma transformação no modo de compreender a atuação das cortes de última instância²⁹⁵.

Por outro lado, o papel dos juristas na construção da supremacia judicial também está relacionado à abordagem presente no item 4.1, que versa sobre a relação direito e política. É pelo apego à técnica que os juristas se sentem confortáveis a construir embasamento teórico para a supremacia do STF: porque se acredita que, à diferença dos representantes políticos, ministros deste Tribunal possuem conhecimento especializado, afinal, formam a mais alta cúpula do judiciário. É provável (e espera-se) que realmente possuam mesmo; entretanto, para resolver certas controvérsias, não se espera uma decisão jurídica (que, em última análise, pode aqui ser lida como técnica), mas, sim, uma escolha política que esteja afinada aos anseios sociais ou que apresente uma resposta às

²⁹⁵ WOLFE, Christopher. Introduction. In: _____ (Editor). **That eminent tribunal**: judicial supremacy and the constitution. New Jersey: Princeton University Press, 2004. Lido em sua Kindle Edition, posição 91.

demandas da sociedade. Talvez, então, seja o momento de voltar à literatura, que tanto contribui na elaboração deste texto.

Parnasianismo é um movimento literário que surgiu como reação ao romantismo, caracterizando-se por certa soberba de seus autores em relação aos dramas sociais. Foi o movimento da *arte pela arte*: “os parnasianos achavam que o objetivo maior da arte não é tratar dos problemas humanos e sociais”; objetivavam apenas atingir a perfeição na forma: “rimas, métrica, imagens, vocabulário seletivo, equilíbrio, controle das emoções etc.”²⁹⁶ Por outro lado, marfim pode ser considerada uma cor. E também um material. A cor remete a algo pálido, apático, praticamente incolor – um objeto decorativo desta cor tende a não ser notado. O material, por sua vez, a algo duro, muito resistente. É algo de grande valor, porque em extinção. Marfim é obtido através dos dentes de animais, como, por exemplo, do elefante.

O que isso tem a ver com a tese? Primeiro, é preciso explicar qual a relação que existe entre parnasianismo e marfim: os autores parnasianistas eram tão preocupados com a forma de sua poesia, tão portadores de uma erudição inatingível, que se escondiam em sua Torre de Marfim, uma metáfora para a clausura do conhecimento, um saber que não dialoga. Algo que fica inatingível, preso a uma estrutura resistente, como é o marfim.

Pensando de modo audaz sobre a hipótese teórica que naturaliza a supremacia judicial no Brasil a partir do modo como é visualizada a relação direito e política, enxerga-se o jurista envolvido nesse imaginário sentado lá no alto de sua devoção ao judiciário, de costas para a janela da torre, produzindo discursos a partir de si mesmo, desconsiderando diálogos possíveis. Sob esta perspectiva, o discurso de supremacia judicial basta para resolver os problemas da sociedade. E não apenas isso: ele torna o julgador autossuficiente, uma figura intocável, endeusada. Poderia ser dito, então, que a Torre de Marfim é ocupada – às vezes por vontade própria, outras tantas por concessão – pelo direito, seja pelos juristas ou por seus julgadores, de maneiras diversas.

²⁹⁶ CEREJA, William Roberto; MAGALHÃES, Thereza Cochar. **Português: linguagens**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

O marfim que constrói essa torre da supremacia judicial naturalizada consiste na resistência desse imaginário, tão bem articulado sob o argumento constitucional. O jurista, por vezes, se enclausura junto, e não é capaz de romper com isso. Fomenta discursos com métrica perfeita, bem encaixados, apenas em aparência. E, assim, convence. E deixa ser convencido por quem ele mesmo coloca lá em cima, em sua torre de marfim – o julgador. Enquanto a doutrina não recuperar seu papel de produzir constrangimentos epistemológicos²⁹⁷ ao judiciário, continuará isolada nas alturas, como diz Almada Negreiros, poeta parnasianista, “na paz de ignorar”, mas a queda pode ser grande:

[...]
 Que queres que te diga
 se não sei nada e desaprendo?
 A minha paz é ignorar.
 Aprendo a não saber:
 que a ciência aprenda comigo
 já que não soube ensinar.
 [...]
 Eu tive a dita de me terem roubado tudo
 menos a minha torre de marfim.
 Jamais os invasores levaram consigo as nossas
 torres de marfim.
 Levaram-me o orgulho todo
 deixaram-me a memória envenenada
 e intacta a torre de marfim.
 Só não sei que faça da porta da torre
 que dá para donde vim.
 (*Encontro*, Almada Negreiro)

5.2 SEGUNDO SONO: QUANDO AS PRERROGATIVAS POLÍTICAS COMEÇAM A SER EXERCIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Breve relato do pesadelo

²⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme à consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 115.

As páginas do livro haviam rasgado, e seu conteúdo estava misturado. O enredo começava a ser escrito, de modo desorganizado. Uma confusão entre as personagens, uma tragédia complicada. *Os contadores da estória* foram *muito bons* ao juntar os retalhos: perceberam que a saída era deixar apenas uma única personagem. E assim foram narrando os acontecimentos de uma sociedade em ebulição. O STF autorizava união homoafetiva e aborto até o terceiro mês de gestação. Que exemplo de poder, que bela representação! Flexibilizavam garantias, otimizando a solução. Era uma atuação incrível, algo jamais visto. Os narradores até inseriam novas frases em códigos, acentuando sua intervenção. No processo civil veio o art. 927 e o art. 489, este último inserindo a ponderação. O papel do STF ia crescendo, aumentando sua projeção. O sono começou a vir, quando nem mesmo era previsto. A ideia foi ficando presa no imaginário, de um modo natural. Era impossível esquecer daquele cenário, que parecia ser a salvação. Em meio a isso tudo, fica a lembrança dos *contadores de estória*, que sempre deram a direção.

O despertar para o desfecho: qual o papel do poder político (dos poderes eleitos) na construção da supremacia judicial?

Novamente, o sonho vira pesadelo quando os exemplos acima referidos fazem parte do cenário jurídico brasileiro. Em várias situações, o poder político achou conveniente silenciar (como no caso das uniões homoafetivas e do aborto); quando não silenciou, foi para autorizar o Tribunal a falar (como na hipótese das alterações que foram feitas ao código de processo civil). Se a supremacia judicial é consentida, o que mais, a partir disso, é possível afirmar?

Verbo é uma classe gramatical; é uma palavra que não só indica ação. De todas as existentes, é a que mais apresenta flexão. O verbo pode ter voz, embora nem sempre tenha opinião. Há verbos que, na verdade, escondem uma segunda intenção. Procrastinar é um bom exemplo. Evitar é outro também. Deixar pode ser interessante; cabe bem para esta seção. De tudo o que está sendo pensado, qual é a conexão? É hora de verbalizar, registrar parte da aflição: se a conjugação muda com a pessoa, qual seria o tempo desta redação?

A questão não é o tempo. Mas o modo como tudo acontece. Olhando para as vozes verbais, pode-se lembrar do STF. Há alguns anos a dinâmica entre judiciário e poderes eleitos vem obedecendo a uma certa conjugação. O Tribunal com a voz ativa, e os demais poderes parecem sem opção. Mas como tudo tem uma forma, a voz passiva *entra em ação*. Os cidadãos viram pacientes; é uma ausência sem justificação. Então para isso serve este texto: para provocar reflexão. O que sobra para essa escrita, senão a possibilidade de reconstrução?

O título propõe uma pergunta. Mas, pensando bem, é possível que o texto acima já a tenha respondido. Ela foi elaborada desta maneira para criar certa unidade com as demais partes deste capítulo. Talvez a melhor forma de tentar esboçar uma resposta que não seja enfadonha – apenas a repetição de argumentos passados – seja fazendo outro questionamento, que vai mais direto ao ponto: afinal, o que pode significar, então, a *supremacia judicial consentida*? Consentimento pressupõe aceite; significa dizer sim. Essas são questões óbvias, que o exercício da língua portuguesa resolve. Mas o que significa relacionar a palavra *consentimento* à supremacia judicial?

Para este momento, seu sentido acontece nos limites da observação que pode ser feita sobre como os poderes eleitos (legislativo e executivo) exercem um papel fundamental para a *construção* da supremacia judicial. Costuma-se se associar os poderes supremos do judiciário, em especial, do Supremo Tribunal Federal, com o entendimento de que ele decide por último. Está errada essa afirmação? Não, se for compreendida sob a perspectiva de que, diante de um caso específico, correspondendo a uma temporalidade determinada, sua decisão gere efeitos – nesta hipótese, o Tribunal figura como a instância de derradeiro julgamento no horizonte de um caso particular; esta é a situação limite do sistema jurisdicional. Entretanto, dando maror abrangência à análise, pode-se perceber que a supremacia judicial ganha ainda mais prestígio na medida em que as instâncias majoritárias colaboram para isso. Nesse sentido, como afirma Conrado Hübner Mendes, “o Supremo não tem, ao contrário do que se diz, a última palavra”²⁹⁸.

²⁹⁸ CARVALHO, Luiz Maklouf. Conrado Hübner Mendes: “O Supremo ainda é muito obscuro”. Entrevista com Conrado Hübner Mendes. **Época**. 24 jun. 2011. Disponível em: <

Assim, analisando as possíveis interações entre poder político e poder judicial, pode-se identificar uma leitura sobre como isso acontece, a partir da fixação de quatro pontos de ancoragem:

a. Legislativo e Executivo fomentam a atuação do STF *pelo descumprimento de suas funções*: este é o clássico exemplo através do qual a teoria constitucional analisa o papel do judiciário nas sociedades contemporâneas. Ainda, este é argumento mais fácil de se encaixar na hipótese teórica do discurso naturalizado de supremacia, pois, de fato, é possível que se esteja diante de uma omissão desses poderes. Entretanto, o que geralmente acontece nessas situações é que, verificando-se a existência de um caso de admissão da intervenção do judiciário para deflagrar inconstitucionalidade, o STF acaba cometendo excessos (veja-se, por exemplo, a decisão que importa a tese colombiana do estado de coisas inconstitucional: ninguém duvida que é adequada a procedência da ADPF; contudo, o papel do *governante bem intencionado* surge na medida em que o Tribunal não se limita a fazer um julgamento jurídico e passa a determinar medidas orçamentárias à administração pública).

Nesse sentido, é interessante perceber que, muitas vezes, o discurso de supremacia judicial também se propaga como fruto dessas tensões da instância judicial com os demais poderes, alinhando-se *apenas aparentemente* com o objetivo da tese. Porém, de um modo geral, isso ocorre através do reconhecimento de um fatalismo inevitável, que, por sua vez, acaba regressando ao argumento constitucional (afinal, na inércia do poder político, alguém tem que cumprir a constituição, não é mesmo?). Então, torna-se importante ressaltar: quando se concretiza direitos constitucionais, nas hipóteses em que o estado está em débito com a sociedade naquilo que já foi textualmente garantido, não se está diante de supremacia judicial, mas de um caso de jurisdição constitucional. Entretanto, acreditar que apenas o Supremo Tribunal Federal possui condições de concretizar direitos é, sim, um problema de supremacia judicial. Supremacia judicial envolve, assim, uma questão de monopólio.

b. Legislativo e executivo *agem por inércia*: isso ocorre quando estes poderes intencionalmente deixar de fazer suas escolhas políticas por critérios de conveniência, isto é, quando evitam se posicionar sobre assuntos polêmicos, direcionando a discussão para a apreciação judiciária, pelo temor da impopularidade. Diferente da situação acima exposta, é a ausência de posicionamento político diante de matéria não ainda não regulada. Não se trata do descumprimento de um dever de implementação, mas de um agir estratégico que silencia para evitar eventuais indisposições que um posicionamento político pode causar (como, por exemplo, em relação às uniões homoafetivas);

c. Legislativo e executivo *criam mecanismos de favorecimento ao STF*: essa situação se caracteriza quando, através da produção de leis ou decretos, fundam instrumentos, procedimentos e/ou institutos que favorecem a intervenção judiciária, ou seja, que deslocam a decisão final para o judiciário, crescendo-lhe e centralizando poderes; e

d. Legislativo e executivo *atuam como instituições revisoras*: esta seria sua atuação exponencial, pois representa um comportamento reativo em relação a um posicionamento judicial proveniente da mais alta corte de uma nação. Nesta hipótese, percebendo o descontentamento popular ou discordando da postura do STF, decidem propor, mediante mecanismos adequados, a reforma da posição do Tribunal ou, até mesmo, sua ratificação, o que, embora não gere efeitos em relação à coisa julgada, repercute em casos futuros. Este é o melhor modo de demonstrar a capacidade que o sistema político possui em desafiar a supremacia do STF, provocando novas discussões sobre temas controversos no ambiente democrático; entretanto, no Brasil, é possível afirmar que isso é um tanto quanto raro de acontecer.

Ao longo dos anos, os elementos mencionados acima, talvez à exceção do primeiro, restaram escondidos e imperceptíveis, não tão aparentes, devido à veiculação do discurso de supremacia judicial que o tornava natural, algo inerente às funções do judiciário, especialmente do STF. Ou seja, os incentivos do próprio poder político para a manutenção da ideia de supremacia judicial ao longo desses mais de vinte e cinco anos de constitucionalismo democrático restaram ocultos,

praticamente invisíveis. Mais do que perceber esses acontecimentos, pode ser interessante compreender por que eles ocorrem.

É possível perceber que faz parte da cultura de representatividade do país certa acomodação proveniente do poder político. As instâncias majoritárias já se acostumaram com o deslocamento de suas prerrogativas – e, com isso, de sua autoridade política – à jurisdição. Como afirma Ingeborg Maus, nessa hipótese verifica-se a facilidade desses poderes de se desobrigarem de suas funções – eles se mostram alheios à “pressão desses pontos de vista que vêm de baixo”; não honram seu compromisso perante à sociedade –, demonstrando que já internalizaram, no interior de suas atribuições, os “parâmetros funcionalistas do controle judicial”.²⁹⁹

Então alguém poderia dizer: mas essa não é a regra; é a exceção. Se há um excesso na atuação do STF, também se caracteriza em sua avaliação. Há muitos mais casos julgados com parcimônia, do que este *estado de exceção*. Até pode ser possível não discordar dessa leitura. Mas o fato é que, se talvez um dos maiores mecanismos formais de revisão das posturas descabidas do Tribunal seja constituída por uma expectativa de ação – pela expectativa de que algum dos outros poderes seja capaz de produzir legislação em sentido oposto (ou no mesmo sentido), nem que seja como um ato simbólico. E, se isso não acontece, então, é melhor que mesmo o mais singelo ato de excesso seja scandalizado – quantos mais serão necessários para desconstruir a democracia?

5.3 TERCEIRO SONO: QUANDO O SISTEMA DE JUSTIÇA NÃO ACEITA SER CONTROLADO

Breve relato do pesadelo

²⁹⁹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, pp. 183-202. nov. 2000.

Imagine um país cujas instituições estão fragilizadas, especialmente o poder político. Diante de tanta desconfiança, o sistema de justiça garante que vai ser o guardião dos interesses da nação. O ministério público cria o pacote de medidas contra a corrupção. É preciso controlar os desvios, melhorar o sistema de punição. É o que a sociedade precisa; a grande aposta da população. Mas eis que alguém tem uma ideia: que tal incluir a responsabilização de membros do ministério público e da magistratura por seus excessos? Não, nesse caso não. Se isso for assim, vai atrapalhar todo o processo de investigação e de tentativas de condenação. Quase foi possível ouvir: abuso de autoridade não ocorre nessas instituições.

O despertar para o desfecho: qual o papel do judiciário na construção da supremacia judicial?

A anedota escrita acima simplificou todos os acontecimentos. Trata-se da aprovação do PL 4.850/2016, que foi incentivado pelo projeto “10 medidas contra a corrupção” (elaborado pelo Ministério Público Federal), com acréscimos, feitos na madrugada no dia 29 de novembro de 2016, que elencavam hipóteses de responsabilização de membros da magistratura e do ministério público por abuso de autoridade. A votação causou grande impacto no sistema de justiça, que condenou a atuação do parlamento. A leitura de dois textos conjuntamente ajudam a esclarecer como pode ser compreendida a situação: os que foram produzidos por Alexandre Morais da Rosa³⁰⁰ e André Karam Trindade³⁰¹. Ambos os autores

³⁰⁰ Inseriram dispositivos que já eram previstos no ordenamento jurídico, como a impossibilidade de proferir “julgamento quando impedido ou suspeito” (prevaricação, advocacia administrativa, CP, artigo 319 e 321); “ser patentemente desidioso” (desidioso pode, patentemente, não?); “atuar com motivação político-partidária”[...]; “proceder de modo incompatível com a honra, dignidade e decore de suas funções”[...]; “proibição de exercer atividades de direção e técnicas na iniciativa privada” (já presente na Constituição, Loman e resoluções do CNJ); “receber participação nas custas ou participação no processo” (concussão – CP, artigo 316 – não era crime? Ficou mais brando?); “expressar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério”. MORAIS DA ROSA, Alexandre. Criminalizar a magistratura e o MP: um dia da caça e outro do caçador? **Consultor Jurídico**. Publicado em: 02 dez. 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-dez-02/limite-penal-criminalizar-magistratura-mp-dia-caca-outro-cacador> > Acesso em: 04 dez. 2016.

³⁰¹ De pronto, quero deixar claro que não vejo nenhum problema em responsabilizar criminalmente — seja por abuso de autoridade ou o nome que se pretenda dar — os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público. Também acredito que, sim, o momento é oportuno, tal qual sustentou o ministro Gilmar Mendes [...] Isso não significa, contudo, que esse importante debate democrático

revelam que o problema não está relacionado ao momento para fazer esse tipo de discussão (esse foi um dos argumentos levantados como crítica à aprovação do projeto com as emendas), mas, sim, ao modo como feito, bem como ao seu conteúdo (que, em grande medida, repetem tipidificações já existentes).

Por que isso é importante para o tema? Porque o modo *escandaloso* como recepcionado esse acontecimento, no fundo, tem por base o imaginário de supremacia judicial, que o próprio judiciário fomenta. Parece difícil para as instituições do sistema de justiça imaginar que estão sendo controladas. No fundo, essa iniciativa do poder político insere a pergunta que André Karam Trindade dá ao título de seu artigo: “Quem vigia os vigilantes?”. E será que é possível pensar em controle quando se está falando de supremacia? Esse é o ponto: supremacia judicial e controle do judiciário são elementos antagônicos.

Afirmar que o judiciário, em especial, o Supremo Tribunal Federal ou, até mesmo, a Suprema Corte norte-americana *sentem-se em supremacia* não é nenhuma novidade. É isso que aparece durante quase todo o percurso de redação da tese, sob diversas maneiras. O texto, a todo momento, é atravessado por exemplos e aportes teóricos que visam a demonstrar como as cortes/tribunais constitucionais exercem sua supremacia. Que supremacia judicial e STF sejam elementos conexos parece não haver dúvida, portanto. Perguntar sobre se existe supremacia no Brasil já não se traduz mais numa boa indagação ao tema. Mas o que é preciso questionar neste espaço?

A interrogação fundamental poderia ser a que constitui o título desta seção. Mas, para ela, a resposta vem fácil: existe uma *sensação* de supremacia judicial que aflora de dentro da instituição para a sociedade. Trata-se de uma *auto-investidura*. É por isso que, em diversos momentos, optou-se pelo uso das expressões *estar em supremacia*, *sentir-se em supremacia*. Entretanto, como já indica o parágrafo, isso até poderia não ter ficado tão claro, mas já era sabido. O

pudesse ser subtraído da sociedade, incluído no pacote das medidas anticorrupção e votado durante a madrugada. Também não autoriza que se possa utilizar da péssima técnica legislativa aplicada. E tampouco legitima que se empreguem tipos penais abertos. TRINDADE, André Karam. Quem vigia os vigilantes? A questão da responsabilidade dos juízes. **Consultor jurídico**, coluna Diário de Classe. Publicado em: 03 dez. 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-dez-03/diario-classe-quem-vigia-vigilantes-questao-responsabilidade-juizes> > Acesso em: 04 dez. 2016.

que mais precisa ser dito? Talvez um bom começo seja retomar o que significa *estar em supremacia*.

A auto-investidura do STF em supremacia pode ser traduzida na sensação de que esta instituição autoriza a si mesmo, sem quaisquer constrangimentos. Ou seja, *estar em supremacia*, sob a perspectiva interna (do próprio poder que a exerce), implica desonerar-se de sua responsabilidade de decidir através de critérios jurídicos, mas lançando mão de valores circunstanciais, que podem mudar a qualquer tempo e, assim, geram imprevisibilidade sobre o conteúdo da decisão judicial. É um comportamento *por excesso*. Como já foi abordado em outros momentos, isso é um problema para as sociedades democráticas, pois, nelas, ao direito é justamente atribuída a função de produzir estabilidade social, a partir de escolhas políticas tomadas em representação da vontade popular, que se renova através do pleito eleitoral (aspecto que não está presente na composição do STF, que ocorre por indicação da presidência, sem que haja um mandato que possa ser destituído via insatisfação popular, por exemplo).

Este é o quadro que se apresenta. Por falar nisso, uma pinacoteca pode guardar pinturas valiosíssimas, nas duas acepções da palavra: como patrimônio cultural, mas também monetário. Adquirir uma obra de Pablo Picasso, por exemplo, é privilégio para poucos, aqueles que dispõem de pequenas fortunas³⁰². Mas, por outro lado, é possível ir até uma loja especializada em venda de quadros e comprar *uma obra de Picasso*, isto é, algo que não foi feito por ele, mas que tem a aparência de ter sido, por ser uma imagem reproduzida (uma réplica) – e vai custar pouco, muito pouco.

Por que isso é assim? O que dá valor a uma obra de arte? Sua autoria. Mas essa afirmação não parece ser suficiente. Um diálogo possível seria pensar a autoria como “estilo”, um “modo inédito de lidar com algo”. Se, com a Crítica Hermenêutica do Direito (Lenio Streck), foi aprendido que tudo sempre é linguagem – seja um quadro ou um texto –, como mesmo disse Foucault, autor é

³⁰² Em 2015, um quadro de Picasso (*Les femmes d'Alger*) foi arrematado em um leilão por 179,3 milhões de dólares. PICASSO bate recorde; o que é possível comprar com US\$179 milhões. **G1** – BBC, São Paulo, maio 2015. Disponível em: < <http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2015/05/quadro-de-picasso-bate-recorde-o-que-e-possivel-comprar-com-us-179-milhoes.html>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

aquele que fala em nome próprio³⁰³. Em outras palavras, ser autor significa fazer o que qualquer um pode ou sabe fazer de um jeito que é único daquele que faz.

É mais ou menos este o raciocínio que pode ser desenvolvido para o momento: a supremacia judicial ganha valor (ou peso) social se o Supremo Tribunal Federal cumpre sua autoria no exercício de suas funções. Sem sua *autoria em supremacia*, a hipótese teórica não sai do papel, isto é, do plano doutrinário. Como mesmo afirma Conrado Hübner Mendes, “ninguém abre mão da vaidade autoral, nem quando isso teria potencial para estimular uma Corte melhor, que toma decisões melhores”.³⁰⁴ Mas, tal como uma pintura original, a autoria da supremacia judicial custa caro, muito caro – não, obviamente, ao autor, que só se sente engrandecido, mas à cultura constitucional, que passa a viver sob o desequilíbrio entre as instituições, pela via dos excessos jurisdicionais.

A metáfora explica o papel do judiciário na *construção* da supremacia judicial, que, portanto, se apresenta como determinante. Lembrando do caminho já percorrido, a partir disso, poderia ser construído o seguinte raciocínio: a teoria do direito, os juristas, oferecem incentivos à construção da supremacia? Sim: quando criam o descompasso entre o direito e a política; se consideram o STF como a instituição mais autorizada a representar os interesses da sociedade; ou na medida em que naturalizam o discurso de supremacia judicial em nome da constituição. E o poder político? Também, nas situações em que, por conveniência, silencia sobre determinadas matérias ou, ainda, por criar mecanismos de concentração de poder no STF (como as súmulas vinculantes, apenas para ilustrar). E a isso (e muito mais), no conjunto dos argumentos da tese, dá-se o nome de *supremacia consentida*, criada a partir de determinadas concessões (dos demais poderes do estado ou da própria doutrina constitucional). Mas qual o *consentimento* que há quando o judiciário *sente-se em supremacia*? Desaparecia, assim, a *supremacia consentida*? Não há nada a ser feito diante desta *sensação de supremacia* que invade as instâncias jurisdicionais de poder?

³⁰³ FOUCAULT, Michel. **O que é um autor**. Lisboa: Vega, 1992.

³⁰⁴ NONATO, Israel. Conrado Hübner Mendes: “O STF é refém do capricho de seus ministros”. Entrevista com Conrado Hübner Mendes. **Os constitucionalistas**. 08 jun. 2016. Disponível em: < <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros> >. Acesso em: 12 set. 2016.

É preciso perceber que essas perguntas são pensamentos que se desenvolvem a partir do que se pode chamar de uma *dupla confiança do judiciário*, que se extrai da conjugação de dois elementos: da inexistência de instrumentos formais de revisão das decisões do STF (numa leitura que transforma a última palavra em final); e de uma espécie de autorização popular, justificada pela intensidade da judicialização que caracteriza o cenário brasileiro e compreendida como deslocamento das expectativas da sociedade para o judiciário (algo que se desenvolve no campo simbólico, no sentido de que se constrói o imaginário de que os cidadãos não questionam as decisões do STF porque já o consideram seu representante, construindo a imagem do poder esclarecido – o que decide melhor, porque com base em critérios técnicos, jurídicos). É através dessa *sensação de dupla confiança* que se pode chegar à supremacia na qual o próprio poder judicial se investe – porque se torna um poder selvagem, não controlável.

Mas não é bem assim. No interior do sistema de controle de constitucionalidade, para efeitos de uma decisão jurídica, em determinadas circunstâncias, ele vai, sim, decidir por último. Só que nem sempre isso significa *estar em supremacia* – quando não há abusos (distorções em suas prerrogativas ou ausência de fundamentação jurídica), trata-se apenas de um ato de jurisdição constitucional – do cumprimento de seu propósito como órgão judicial. Assim, supremacia judicial não pode ser entendida como sinônimo da ausência de critérios formais de revisão da decisão do tribunal ou da corte que decide por último. Por outro lado, considerando que o STF decide por último, isso significa que suas decisões são finais? Que ele decide *para sempre*?

Há momentos quando essa inexistência de poder de revisão sobre o que foi definido pelo órgão que decide por último relativiza-se. Alguns exemplos foram apontados neste subcapítulo, como amostra das reflexões que podem surgir a partir do tema. O Supremo Tribunal Federal se *auto-investe em supremacia judicial*. Isso é inevitável, uma fatalidade? Sim e não. Sim, porque é possível que anos de história não superem os erros de uma decisão mal jugada. Não, porque, enquanto existirem mecanismos de resistência, ainda haverá esperança de pôr fim aos monólogos criados pelas instâncias judiciais.

5.4 PANDORA DECIDE NASCER

Neste momento, volta-se a olhar para a imagem que abre o capítulo. Pandora foi ideia de Zeus, mas criação de Hefesto, com a ajuda de Afrodite, Atena e Hermes. Desses três, herdou beleza, perspicácia e capacidade de enganar (ou manipular), respectivamente. Uma mulher de muitos dons, pelo menos é assim que conta a mitologia grega. Ela era dona de uma caixa (que algumas interpretações do mito dizem ser um jarro, mas não acredito nessa versão – e não pense que seja só por conveniência, mas também é), que Zeus havia lhe feito guardiã, junto com Epimeteu, seu marido, sob a recomendação de que não deveria ser aberta. Pandora era movida por curiosidade e, por isso, tirou a tampa – dali saíram os problemas do mundo, todas as mazelas. Mas é Pandora quem também fecha a caixa. E o que resta de tudo isso? Esperança.³⁰⁵ Será?

O despertar de Pandora: a presença de uma tríplice leitura

A narrativa construída acima sobre Pandora conta um bom mito. Através da mitologia, é possível aprender muitas coisas, inclusive, a entender melhor os acontecimentos da vida. Mas essa não é exatamente a minha *estória*, mas tendo a pensar que seja bem parecida (ou assim pretendo torná-la). Pandora veio ao mundo da tese aos poucos. Não foi primeira ideia. Quem primeiro nasceu para o texto foi Alice. Alice entrou na toca despretensiosamente, caindo no mundo desconhecido, ainda insegura, pelo grande fluxo de informações. Exatamente, Alice foi a queda – a imersão na construção de um novo horizonte de sentido, sem mesmo perceber. Alice foi a leveza de uma possibilidade a ser explorada, *sem se preocupar com o onde*, como ela mesmo gostou de dizer ao leitor logo no início. Alice não era angústia – era experiência irresponsável.

³⁰⁵ BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia**: história de deuses e heróis – a idade da fábula. Tradução de David Jardim Júnior. 26. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 19-26.

Mas, aos poucos, quando o roteiro começa a surgir, e o caminho vai sendo andado, nem tudo fica tão fluído, não há mais um pensamento despreocupado. Quando Alice foi deixada pra trás, Emília apareceu. As perguntas começaram a brotar; a curiosidade nasceu. Emília era a dúvida, a incerteza que questionava de um modo quase irritante. Eram sequências de pensamentos, todos eles como interrogação. Emília era esperteza, mas também era ingenuidade. Mal sabia que para ser sábia, não bastava curiosidade. Muito mais do que falar, era importante saber ouvir. O abandono de certas perguntas, fez o ego de Emília sumir.

E assim Pandora foi sendo gestada, com toda sua beleza. Não era interrogação forçada, tampouco era só leveza. Pandora era temperança, uma forma de equilíbrio. Era a maturidade chegando, com toda sua calma. Havia um traço de acomodação, mas também de rebeldia. Pandora era o meio termo, o pensamento inspirado: a personificação da reflexão, a preocupação bem orientada.

A temporalidade de Pandora: o compasso (e o descompasso) da existência

A física já nos contou que tempo é distância sobre velocidade. Não é este tempo que me interessa; estou tratando é de temporalidade. Mas a metáfora pode ser interessante. Ao longo do caminho, existiu um certo compasso. Ele foi se modificando, caminhando passo a passo. O tempo de Alice foi o do pensamento pensativo – deitar-se na grama, pensar sem pressão. Alice abria-se ao mundo, fechava os olhos, prolongava-se em reticências, sem nenhuma preocupação. O tempo de Alice era prolongado; mas ela pensava que era infinito. O despertador decidiu tocar, e novamente Alice ficou pra trás. Aquele barulho ensurdecido, era o tempo de Emília voltar.

Era um ritmo muito veloz, o tempo da inquietação. Diálogos intermináveis, que não davam a direção. O tempo era circular: proporcionava voltas em si mesmo. Emília não sabia calar, organizar seus pensamentos. Quanta confusão gerada, quanta interrogação. Era preciso de um novo tempo, um tempo de reflexão. Pandora nasceu a tempo, e com ela trouxe o progresso. Era um tempo horizontal,

de uma dupla velocidade: agregava contemplação com o tempo da curiosidade. Um momento diferente, era o tempo da maturidade.

A caixa de Pandora: sobre o que está inacessível aos olhos

Alice viu e fez que não viu: não era hora de se preocupar. Emília viu e duvidou: era ali que era pra chegar? Pandora viu e decidiu observar: antes de tudo, era preciso pensar. A caixa estava ali, apresentando o seu desenho. Eram contornos perfeitos: altura, largura e profundidade. O que poderia esconder cada uma dessas dimensões? Altura remetia à ascensão, então poderia ser algo muito elevado; largura, à expansão, quem sabe um comportamento exagerado?; e profundidade, à imersão, que pode lembrar algo estudado.

Em tese, já havia passado muito tempo. Pandora nem sentiu, mas abriu a caixa.

Os fantasmas de Pandora: deixe a escuridão falar

Eram muitos os fantasmas. Eram vários de um só. Havia escuridão ao olhar para eles. Não a escuridão que amedronta – mas a que propositalmente quer se fazer obscura. Havia um tom de incompreensão; havia uma sensação de rebeldia. Inacreditavelmente, a caixa não aprisionava – ela escondia. Ocultava o que não era pra ser visto. Se Pandora soubesse que do que saberia... teria aberto do mesmo jeito.

Dentro daquela caixa, muitos de um mesmo – e este era Supremo. Naquele espaço tão singular, tão único, tão deles, não eram fantasmas. E talvez não existisse escuridão. Se nunca tivessem saído, se Pandora não tivesse aberto a caixa, não teriam perdido sua iluminação. Era possível que apenas cumprissem o seu papel, numa hipótese que não lhes amaldiçoava, tampouco lhes temia. Seriam o que tinham que ser – partes de uma realidade, que, em grande medida, muito contribuía.

Mas ao saírem da caixa, a imagem assustou. Falavam várias vozes, Pandora as identificou. Um se dizia especialista na arte de saber interpretar; outro era mais

político, e mostrava à Pandora como governar. E houve até aquele que seus conhecimentos queria a ela apenas mostrar. E Pandora ficou ali pensando: será meu imaginário que faz esses fantasmas falar?

As sensações de Pandora: a angústia de conviver com a consciência

Pandora não sabia o que pensar. A angústia de saber o que estava dentro da caixa era perturbadora. O que representava tudo aquilo? Ela os havia criado? Quem os havia autorizado? Havia algo realmente para se enfrentar? Eles voltariam na caixa a morar? Ela poderia novamente a caixa fechar? Com tantas perguntas, parece ter uma sensação de Emília presente. Mas o fato é que Pandora sabia: aqueles fantasmas eram de *papel*.

Os caminhos de Pandora: a trajetória sem fim – como conviver com a tragédia?

Diante das dúvidas, e passado já o assombramento, Pandora decidiu caminhar. Percebeu a dualidade existente naquela caixa: o problema havia surgido após ela criar. E então concluiu que, realmente, era melhor avançar. Haveria mais algum outro ponto para o qual ela pudesse olhar? Andando à frente poderia ser que tudo viesse a mudar. Será que aqueles fantasmas não eram fruto de um contexto particular? Será que não pertenciam a um tempo singular? E, quando estavam na caixa, havia só aparência de iluminação? Ou será que aquela caixa, cumpria a função, dando àqueles corpos, o tamanho de sua dimensão? A abertura da caixa anunciava uma tragédia (no sentido grego). Ao mesmo tempo, permitia novas possibilidades de reflexão. A vida continuaria, apesar disso. O papel estava cumprido. Foi mostrado o que precisava ser visto.

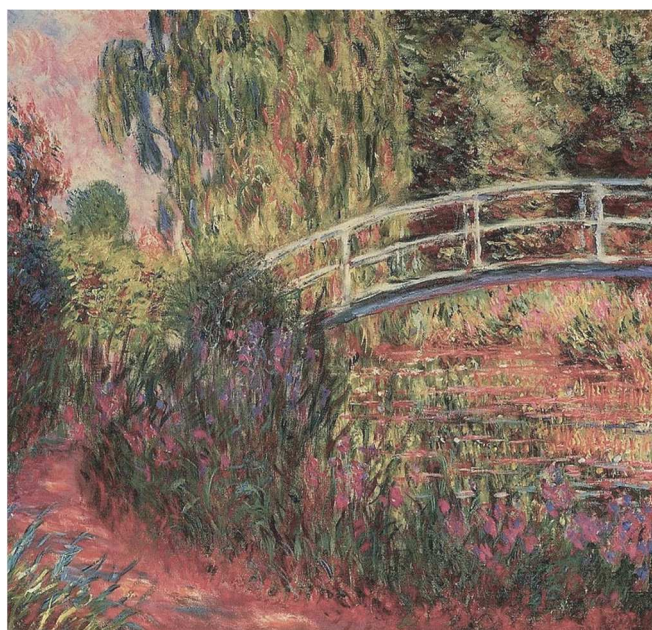
Quem é Pandora? As faces de Pandora

Saber quem é Pandora talvez seja a pergunta mais difícil. Por vezes é autora, com suas sensações de acesso ao tema. Quem sabe seja Pandora o próprio conhecimento, o que dá acesso a visualizar a atuação do Supremo Tribunal

Federal a partir da naturalização de um discurso de supremacia judicial; e mais, que permite que seus papéis sejam vistos como *fantasmas* que assombram a trajetória desta instituição judicial.

E se Pandora fosse o próprio STF, que apenas às vezes acessa seus próprios fantasmas, atuações irreverentes para situações específicas? Ou ainda, e se Pandora fosse o poder político, aquele que produz consentimento, que constrói a *supremacia consentida*, que *consente* que aquelas figuras saiam da caixa? No final das contas, de um jeito ou de outro, tudo é *consentimento*; nada é natural.

6. CONCLUSÃO



Le Pont japonais ou le Bassin aux nymphéas (Oscar-Claude Monet, 1900)

Grandes perguntas sempre moveram o mundo. O mais curioso é que o ambiente acadêmico – e, como só é possível falar sobre o que se conhece, a referência é o direito – sempre esteve muito preocupado em contar certezas. Uma tese (jurídica) é pensada para apresentar uma ideia concreta, de um modo bem articulado, que possa trazer repercussões para os debates que instigam a sociedade; uma tese, portanto, tem o que poderia ser chamado de sua *função social* pelo que pode afirmar e, assim, contribuir – discordar disso seria ir contra o próprio conteúdo do trabalho. Mas também parece importante perceber que a cada ponto final trazido para o texto multiplicam-se as possibilidades de colocar interrogações – e talvez este momento seja a melhor representação do que cabe na concepção de ponto final, para além de um sinal gráfico com significado específico na língua portuguesa.

Uma tese começa sempre sua gestação através de uma pergunta, uma dúvida – afinal, é esse o modo de formulação do problema de um projeto de pesquisa, cujo ápice é sua redação. Então vem a propositura de uma hipótese

(como resposta), que pode ser negada ou confirmada através do desenvolvimento do trabalho, que, por sua vez, ganha a forma de capítulos, organizados a partir de temas. Identifica-se um objetivo geral, mas também outros específicos. E não se pode esquecer de indicar a metodologia, que é sempre o ponto de discórdia entre os juristas. seria um bom começo para pensar uma obra sobre como fazer trabalhos acadêmicos, ou melhor, sobre seus elementos constitutivos. Disso não se tem dúvidas. Mas a pergunta fundamental que deve ser feita agora é: quando um conjunto de páginas vira uma tese?

Está dito em algum lugar que a conclusão serve para retomar o assunto que foi desenvolvido, apresentando resultados de modo claro. Se houver repetição de conteúdo, transposição de partes dos capítulos para cá, como diria Lenio Streck³⁰⁶: “Houston, temos um problema”³⁰⁷ – faltou combustível para o último percurso da jornada, e já houve momentos quando foram presenciadas duras críticas a isso. Como transformar ideias já contadas em um texto inédito, a conclusão? Quem criou essa estrutura para uma tese, na verdade, lançou um desafio aos autores. Na tentativa de cumpri-lo, a proposta para este momento é construir uma possível resposta para a pergunta lançada ali no final do parágrafo anterior.

O ritmo da tese é crescente. Por isso, é muito difícil compreender este texto sem que seus capítulos sejam lidos do modo como foram sequencialmente organizados. Em outras palavras, pode ser até possível entender o conteúdo de cada um deles isoladamente, na medida em que se extrai uma conclusão de cada uma das partes (que, aliás, os acompanha na forma de subcapítulos), mas,

³⁰⁶ Lenio Streck costuma usar essa frase em suas colunas para o sítio “Consultor Jurídico”. Este é o exemplo de uma delas: STRECK, Lenio Luiz. “Não sei... mas as coisas sempre foram assim por aqui”. **Consultor Jurídico**, Coluna Senso Incomum, São Paulo, 19 set. 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-set-19/senso-incomum-nao-sei-coisas-sempre-foram-assim-aqui>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

³⁰⁷ Tradução livre. No original: “Houston, we have a problem”. Essa frase está relacionada à viagem espacial feita por Apollo 13 à lua em 11 de abril de 1970, na qual o astronauta Jack Swigert, após perceber que um dos tanques de oxigênio havia explodido, avisa a base em Houston, comunicado que é repetido por Jim Lovell, devido a falhas na transmissão da mensagem. A frase original é “Houston, we’ve had a problem here” (grifou-se), que, por ocasião do filme que foi lançado sobre a viagem de Apollo 13, é modificada para a que foi utilizada neste texto. A alteração ocorreu pelo tom de passado que transmitia a frase original (“we’ve had”), o que poderia dar a entender que o problema de oxigênio já estaria resolvido. MACHADO, Bruno. De onde veio a frase “Houston, temos um problema”? **Mundo estranho**, Editora Abril, 31 jul. 2015 (alterado em 26 set. 2016). Disponível em: < <http://mundoestranho.abril.com.br/ciencia/de-onde-veio-a-frase-houston-temos-um-problema/>> Acesso em: 20 nov. 2016.

sozinhos, eles não produzem sentido para a ideia central da proposta. Isso pode ser demonstrado da seguinte maneira:

No primeiro capítulo, foi apresentado como ocorreu o desenvolvimento da jurisdição constitucional em três países – Estados Unidos, Alemanha e Brasil –, colocando ênfase na pergunta sobre como visualizar supremacia judicial nesses diferentes contextos. Isso pode ser visto como uma simples narrativa histórica sobre a trajetória da Suprema Corte norte-americana, do Tribunal Constitucional Federal alemão e do Supremo Tribunal Federal, afinal, *história* é a palavra que dá título à seção. Mas, para a tese, o mais importante foi demonstrar como as leituras brasileiras sobre a atuação do poder judiciário nas tradições estadunidense e germânica influenciaram teoricamente e pragmaticamente o comportamento de juízes e tribunais no Brasil (em especial, do STF) na veiculação de um discurso de supremacia judicial naturalizado, isto é, produzido em decorrência do argumento constitucional. Ou seja, já no primeiro capítulo foi lançada uma hipótese teórica que se projeta para o diálogo que será feito em seguida.

No segundo capítulo, a ideia de supremacia judicial como discurso naturalizado foi explorada a partir de elementos que podem dar contornos a essa concepção (três papéis para o STF, dos quais se extraem diferentes autoridades). Poderia ser dito, portanto, que foi realizada uma exploração quase conceitual (o quase vale pelo fato de que a palavra conceito pode representar um fechamento de sentido em torno da expressão, o que não é o que se pretende com esta análise, mas, sim, a identificação de alguns pontos de abordagem possíveis). Desse modo, o capítulo ganharia autonomia a partir de uma intenção que se cumpriria nele mesmo: respondendo tão somente à pergunta de seu título – qual o sentido de supremacia judicial? Ocorre que, sem visualizar as influências do constitucionalismo norte-americano no Brasil, o que foi possibilitado pela redação do primeiro capítulo, também restarão obscuros os motivos pelos

quais as contribuições da doutrina estadunidense são recorrentes na elaboração deste. Por outro lado, uma leitura isolada do capítulo também pode acabar conduzindo o leitor a pensar que a tríade apresentada como componentes da supremacia judicial é adequada ao direito constitucional brasileiro, isto é, que corresponde a uma proposição aceitável, uma vez que sua desconstrução aparece apenas na sequência, isto é, em dependência da próxima parte da tese.

No terceiro capítulo, a hipótese teórica que foi firmada lá no primeiro momento (a da supremacia judicial como discurso naturalizado, inerente ao controle de constitucionalidade) e os três papéis visualizados na postura do STF (que é o tema da segunda parte da tese) foram confrontados através de uma problematização que busca, na relação direito e política *lato sensu* (tanto na perspectiva teórica de interação desses dois sistemas, mas também de relação entre os poderes do estado), um critério orientador para revelar a falácia presente nos dois primeiros momentos da tese. Assim, se lido autonomamente, não restará tão clara a razão de sua existência (porque conectada à perspectiva histórica de formação da hipótese teórica, assunto do primeiro capítulo), tampouco será possível visualizar a concepção que está pressuposta à expressão supremacia judicial (que é o cerne do segundo capítulo), esvaziando o tom da crítica.

Por fim, *no quarto capítulo*, a tese aparece de modo mais conclusivo, definitivo e propositivo. Talvez esta seja a única parte cuja leitura individual esteja impossibilitada desde a origem, pois se trata do ápice do trabalho, o *desfecho*, cuja construção exige, como alicerce, os componentes de suas demais fases.

É assim que a tese ganha unidade. Em uma perspectiva geral, o resultado pretendido e atingido fluiu através de um triplo movimento interligado: (1) de *apresentação do contexto*, da visualização de elementos caracterizantes do cenário a partir do qual a tese seria desenvolvida; (2) de *negação* do imaginário

que agrega o componente de supremacia judicial ao direito brasileiro na contemporaneidade (denunciando a artificialidade e o equívoco do discurso que lhe dá amparo a partir da constituição); e, ao mesmo tempo, (3) de *revelação*, da luminosidade provocada em torno das dinâmicas institucionais que fomentam a supremacia judicial no Brasil. Com isso, foi possível chegar à desconstrução da ideia de judiciário, em especial, de Supremo Tribunal Federal com poderes supremos naturalmente extraídos do texto constitucional, demonstrando que, no contexto brasileiro, a supremacia judicial se manifesta por *consentimento* – por diversas concessões que ocorrem em dimensões variadas. Trata-se, portanto, de uma supremacia judicial *criada por critérios circunstanciais, atribuída por conveniência*.

Assim, compreendendo a ampliação dos poderes jurisdicionais sob diferentes perspectivas (institucional, política e simbolicamente), perceber a supremacia judicial como *construção* implica visualizar a existência de pelo menos três incentivos a isso: da *teoria do direito* (que fomenta um descompasso entre direito e política, no sentido de que produz um imaginário que atribui ao raciocínio jurídico o papel de *corretor* da política por critério técnicos); das *instâncias majoritárias* (o que não se reduz apenas à ineficiência de sua atuação, mas agrega a conveniente e intencional transferência de responsabilidades ao Supremo Tribunal Federal, o que está relacionado tanto ao fato de não se posicionarem sobre determinados assuntos, aqueles considerados sensíveis ao pleito eleitoral, bem como à criação legislativa de mecanismos que privilegiam a concentração do poder de decisão no STF); e da *conduta do próprio poder judiciário* (que se sente engrandecido ao ser considerado supremo – superior às demais instâncias de poder, dando a dimensão de ato heroico às suas posturas).

Isso conduz à conclusão de que supremacia judicial é um elemento dispensável às democracias constitucionais (o que, mais uma vez, se opõe à naturalização do discurso que é propagado no Brasil); trata-se de uma *anomalia*, uma distorção que atinge a atuação dos órgãos jurisdicionais, em especial, no Brasil, do Supremo Tribunal Federal. Se houvesse equilíbrio político-institucional, moderação e responsabilidade na atuação de cada um dos poderes, seria, inclusive, inexistente. Em outras palavras, o discurso de supremacia judicial não

se sustenta sob qualquer argumento de teoria constitucional, de teoria do direito ou de teoria política, tampouco pela conjugação de todos eles. Aliás, é justamente pela inexistência de um diálogo entre as diversas linguagens que caracterizam as diferentes instituições que supremacia judicial ganha espaço, numa espécie de *elemento de unificação social*, porque fundada na imposição de vontades soberanas.

Por isso, atos do judiciário *em supremacia* só podem ser pensados no horizonte de justificativas artificiais. Mas o que ocorre, então? Pelos motivos já sugeridos acima, acontecem concessões institucionais, favorecimentos ao poder do judiciário, que, por isso mesmo, sente-se autorizado a agir por (ou em) supremacia. Fosse o STF um órgão que reconhecesse os limites de sua atuação, de nada adiantaria esse movimento que lhe concede supremacia. Em outras palavras: há um elo indissociável entre poderes políticos e instâncias jurisdicionais na construção da supremacia judicial, o que ganha ainda mais reforço a partir de aportes teóricos que lhe sustentem.

Em resumo, essa é a tese, com suas principais ideias e sua arquitetura. Todavia, há muito mais a ser pensado a partir de cada parte. Quais seriam as possíveis conexões originais presentes na tese?

No *primeiro capítulo*, o argumento fundamental consiste na percepção de que a história do constitucionalismo brasileiro funda o discurso de supremacia judicial do Supremo Tribunal Federal em duas leituras, assimiladas sem quaisquer filtros, de sistemas jurídicos distintos (que acabam repercutindo também no papel dos juízes e tribunais, em razão do controle difuso de constitucionalidade):

a. de uma visão idealizada da Suprema Corte norte-americana, concebendo a *dimensão política* de sua atuação de modo acrítico (ignorando os intensos debates existentes em solo estadunidense voltados a questionar essa postura da Corte, como se justamente esse elemento não tivesse sido alvo de contestação ou, ainda, acreditando que, através desse modelo, só tenham sido produzidos avanços ao direito constitucional americano);

b. de uma concepção de *concretização de direito* extraída do contexto alemão, o que, considerando as dificuldades que a história brasileira enfrentou para consolidar efetividades constitucionais, acaba se transformando em discurso de legitimação desta *dimensão política* que é admitida/autorizada a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos.

Com uma atuação política do STF sustentada pela ideia de concretização de direitos, cria-se um ambiente fértil ao florescimento do discurso naturalizado de supremacia judicial, compreendido como inerente às funções constitucionais atribuídas ao Tribunal.

No *segundo capítulo*, a originalidade aparece sob a forma de criação de uma hipótese teórica que versa sobre possíveis elementos caracterizantes da supremacia judicial no Brasil, que se conjuga à produção teórica americana. Assim são visualizados três papéis para o STF *em supremacia*, produzindo discursos de autoridade em diferentes dimensões: *o intérprete autorizado* (autoridade interpretativa), *o governante bem intencionado* (autoridade política) e *o poder mais admirado* (autoridade simbólica). Isso tudo conduz à concepção de supremacia judicial como um elemento que *legitima excessos* sob um tríptico aporte:

a. o que desonera o STF de seu compromisso constitucional de fundamentar as decisões por parâmetros de constitucionalidade, compreendendo que, a partir de sua autoridade interpretativa, é concedido ao Tribunal o monopólio sobre a construção da cultura constitucional, atuando como intérprete exclusivo do sentimento nacional;

b. o que considera como necessária e imprescindível a ampliação das atribuições jurisdicionais, agregando ao papel do STF a função de governo, promovida através do deslocamento da autoridade política das instâncias majoritárias para o Tribunal.

c. o que cria uma imagem do STF como o representante da sociedade, o poder esclarecido que, por possuir conhecimento técnico, consegue apresentar melhores respostas às controvérsias políticas.

Um dos pontos mais importantes é perceber que, nesses três modelos, a *supremacia judicial* é sustentada/amparada através do argumento constitucional, sendo, portanto, considerada pressuposta, inerente ao exercício do controle de constitucionalidade.

No *terceiro capítulo*, a principal ideia está engajada na desconstrução da tese apresentada na parte anterior, colocando diversas interrogações sobre a hipótese teórica levantada, o que é feito a partir da dinâmica da relação direito e política. Nesse sentido, é demonstrada a passagem de uma concepção *naturalizada* (pressuposta) de supremacia para outra que é concebida como *construção*, isto é:

a. como produto de um modo específico de compreender como os sistemas jurídico e político se relacionam – constata-se o papel dos juristas para a supremacia judicial;

b. como resultado da atuação do poder político (legislativo e executivo) por critérios de conveniência, transferindo, por inércia, sua responsabilidade de trazer definições sobre questões sensíveis da sociedade ao judiciário – verifica-se a relevância das instâncias majoritárias para a supremacia judicial;

c. como consequência de uma auto-investidura do STF em supremacia, o que acontece quando os critérios que tornam possível diferenciar a decisão jurídica da escolha política (nos termos propostos por Lenio Streck) não são observados, quais sejam, o respeito à fundamentação dos pronunciamentos do Tribunal a partir da constituição e da legalidade produzida em consonância com o texto constitucional.

No *quarto capítulo*, é apresentada a tese, como já foi detalhado nesta conclusão. A *supremacia judicial consentida/atribuída/concedida* aparece de modo claro, revelando que o imaginário que lhe constitui convenientemente ignora o fato de que as decisões judiciais do STF poderiam ser rediscutidas através da vontade política (via emenda constitucional ou regulamentação posterior, que podem acompanhar o

posicionamento do Tribunal ou reformá-lo), do constrangimento epistemológico da doutrina (terminologia criada por Lenio Streck) aos excessos desta instância jurisdicional e de uma releitura da relação direito e política.

Para finalizar, é importante fazer alguns esclarecimentos finais: o objetivo principal da tese foi confrontar a concepção de supremacia judicial como um componente da teoria constitucional brasileira, isto é, como um elemento próprio do constitucionalismo compreendido sob um novo paradigma (a partir de sua transformação). Assim, talvez uma das perguntas centrais tenha sido a do segundo capítulo, considerando que este tema vem sendo tratado de forma fragmentada e controversa, sendo possível encontrar mais bibliografia relacionada aos fenômenos ativismo judicial e judicialização da política. Portanto, questionar *qual o sentido de supremacia judicial?* direciona o olhar à caracterização de problemas específicos, relacionados a excessos e transferências de responsabilidades.

Ainda, como foram tecidas duras críticas ao judiciário (em especial, ao Supremo Tribunal Federal), é importante reconhecer que seu papel foi, e quem sabe ainda possa ser, estratégico para a concretização de direitos e para a consolidação da democracia, se sua atuação for inspirada por um equilíbrio institucional, o que não vem acontecendo. Por outro lado, a existência de uma crise política que atravessa o país coloca a sociedade e os atores políticos diante de uma provocação: a de repensar a interação entre direito e política, evitando que garantias constitucionais sejam fragilizadas em momentos de instabilidade política; ou que o poder político seja de tal modo esquecido (ou desacreditado) a ponto de não mais ser representante democrático, fazendo com que a democracia brasileira, que passa por um árduo processo de amadurecimento desde 1988, seja visualizada apenas de modo reflexo, através da interferência do *eminente tribunal*.

Depois dessa imersão no tema da tese, o leitor atento e rigoroso pode estar perguntando a si mesmo: afinal de contas, o que significa compor o átrio da conclusão de um trabalho jurídico com a ponte que foi lindamente pintada por Monet? É um quadro muito (muito) bonito, mas só isso não justificaria ele ter sido pendurado nesta antessala acadêmica – explicaria, por exemplo, a pessoa ter

comprado uma réplica e colocado na parede da sua casa. Mas não se trata de uma questão decorativa, ornamental. De fato, as outras figuras que já apareceram nesta tese eram autoexplicativas, essa não é. O texto se encaminha, portanto, para sua derradeira reflexão, dentro deste circuito projetado.

O grande desafio de escrever uma tese consiste em atravessar a ponte, fazer a travessia. Depois de uma longa caminhada, o escritor vê-se ali imóvel, diante da ainda não tão clara estrutura da ponte e adiante de si mesmo. Carregando suas pilhas de livros, alguns fisicamente, outros apenas na lembrança, coloca para dançar em sua mente aqueles autores que lhe foram fundamentais, que lhe fizeram companhia durante o percurso, com seus conceitos, sua escrita, seu ritmo, e, assim, ganha confiança. Mas tem consciência de que confiança adquirida por dependência não é suficiente – é chegada a hora de ter autonomia; é exigido autoria.

Então, fica olhando fixamente para a ponte, mas o desenho ainda parece incompreensível, um pouco turvo e, sob certa perspectiva, indecifrável. A insegurança faz com que questione a si mesmo se seu passo, estrategicamente impregnado pela cadência de seus referenciais (teóricos), mas, ao mesmo tempo, agora tão solitário, conseguirá cruzá-la com equilíbrio. A dúvida mais inquietante, ao final, é saber se a travessia, visualizada agora como movimento último desta jornada (de doutoramento), torna-se possível ou se a ponte que está ali construída pode ser considerada insustentável, seja porque imatura, repleta de fragilidades em sua arquitetura, seja porque avaliada como suficientemente velha para ser utilizada. Em ato de desespero, fecha os olhos, tentando ignorar o cenário para o qual ele mesmo se projetou.

Que grande engano. Tudo é só uma questão de ângulo. Girando seu corpo e seu pensamento em 180º graus, percebe-se que a ponte já foi cruzada. É possível lembrar, neste instante, de Lenio Streck: “Não é possível atravessar o abismo do conhecimento – que ‘separa’ o homem das coisas – construindo uma ponte pela qual ele já passou”.³⁰⁸ Nota-se, então, que, desde a primeira vez que a ponte foi avistada, na verdade, já se estava do outro lado. Como depois de uma

³⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 432.

intensa jornada, tudo ainda fica um pouco confuso e fragmentado, não se dá por conta que o pensamento direciona a visão ainda embaçada para a visualização do ponto de origem. Sim, a travessia já foi feita, entretanto, por um momento, não intencionalmente, é possível que se vire de costas para o futuro, numa busca por compreender a si mesmo e o lugar onde o pensamento conseguiu repousar. Sabe-se que não é mais tempo de voltar – o despertar para um novo destino cria as condições de voltar a sonhar.

Quando a travessia acontece, considerando tudo o que foi percorrido de modo lento e atento, só resta a perturbação de não saber exatamente por onde continuar. Mas só há um modo de compreender essa nova localização atingida, este novo espaço ocupado: trilhando livremente o caminho que a vida e a imaginação possibilitar. Por isso, o desejo de avançar: que sejam feitas novas perguntas, que sejam criadas rotas inéditas, inauguradas partituras, expandidas leituras até que se encontre o tempo de outra travessia alcançar. Não há ponto final que consiga uma mente inquieta definitivamente colocar...

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 921, p. 191-214, 2012.

ACKERMAN, Bruce. **We the People**: foundations. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1993. Lido em sua Kindle Edition.

_____. Oliver Wendell Holmes lectures: the living constitution. **Harvard Law Review**, 2007. p. 1737-1812. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/116> n. 7, volume 120, may 2007.

ALESSI, Gil. A caixa preta do STF: por que o tribunal julga o que quer quando quer? Especialistas listam dilemas da Corte e dizem que ministros deveriam estabelecer critérios claros. **El País**, São Paulo, 17 jul. 2016. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/10/politica/1465591620_578341.html>. Acesso em: 19 set. 2016.

ALEXY, Robert. **Contitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

ALICE. [S.I.], 2010. Disponível em: <<http://www.semorelha.com.br/cinema/alice-morrer-para-viver/>> Acesso em: 19 nov. 2016.

ARENDT, Hannah. **Crises of the republic**. San Diego/New York/London: A Harvest Book/Harcourt Brace & Company, 1972.

ARRUDA, Roldão. STF é o novo poder moderador da República, defende Toffoli. **Estadão**, São Paulo, 08 abr. 2014. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/roldao-arruda/stf-e-o-novo-poder-moderador-da-republica-diz-toffoli/>>. Acesso em 03 set 2014

AZZARITI, Gaetano. **Il costituzionalismo modern può sopravvivere?** Roma: Editori Laterza, 2013.

BARBOSA, Rui. **Teoria política**. Rio de Janeiro: W. M. Jackson Inc. Editores, 1970. v. XXXVI. (Clássicos Jackson).

BARROSO, Luís Roberto. A função representativa e majoritária das cortes constitucionais. In: MORAIS DA ROSA, Alexandre et al (Orgs.). **Hermenêutica**,

constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014.

BERCOVICI, Gilberto. A constituição invertida: a Suprema Corte americana no combate à ampliação da democracia. **Lua Nova**, São Paulo, n. 89, p. 107-134, 2013.

_____. As possibilidades de uma Teoria do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 49, p. 81-100, jul.-dez. 2006.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Crise do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. Estado e Constituição e o “fim da geografia”. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:** anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. n. 12. p. 69-82.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; COPETTI NETO, Alfredo. REPE&C 8: Garantismo Brasil e Sconfinato: unindo forças contra o Estado de Coisas Inconstitucional – notas à ADPF 347. **Empório do direito**. Coluna Sconfinato. Publicado em: 19 set 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/repec-8-garantismo-brasil-e-sconfinato-unindo-forcas-contr-o-estado-de-coisas-inconstitucional-notas-a-adpf-347-por-jose-luis-bolzan-de-morais-e-alfredo-copetti-neto/>> Acesso: 12 jan 2016.

BOLZAN DE MORAIS; BRUMM, Guilherme. REPE&C 15 – Incerteza democrática. **Empório do direito**, coluna Sconfinato. Publicada em: 08 jan. 2016. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/a-democracia-como-incerteza/#_ftnref11> Acesso em: 23 set. 2016.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989.

BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia:** história de deuses e heróis – a idade da fábula. Tradução de David Jardim Júnior. 26. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BRESCANI, Eduardo. Celso de Mello: STF tem “monopólio da última palavra”. **Estadão**, São Paulo, 17 dez. 2012. Disponível em:

<<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,celso-de-mello-stf-tem-monopolio-da-ultima-palavra,974786>>. Acesso em 03 set 2014

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental**. Tradução de Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

_____. **European law in the past and the future**: unity and diversity over two millennia. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

CALVO GONZÁLEZ, José. A senda do direito de Holmes. **Consultor jurídico**, coluna Opinião. Publicada em: 12 out. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-12/jose-gonzalez-senda-direito-holmes-desemboca-brasil>> Acesso em: 20 out. 2016.

CARBONELL, Miguel. Presentación: el neoconstitucionalismo en su laberinto. In: _____ (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 9-12.

CARROLL, Lewis. **Alice's adventures in Wonderland**. Chiago/Illinois: A Book Virtual Digital Edition, 2000. p. 89. Disponível on line: <https://www.adobe.com/be_en/active-use/pdf/Alice_in_Wonderland.pdf> Acesso em: 27 out. 2016.

CARVALHO, Luiz Maklouf. Conrado Hübner Mendes: "O Supremo ainda é muito obscuro". Entrevista com Conrado Hübner Mendes. **Época**. 24 jun. 2011. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI243786-15223,00-CONRADO+HUBNER+MENDES+O+SUPREMO+AINDA+E+MUITO+OBSCURO.html>>. Acesso em: 12 set. 2016.

CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito**: história, teoria e crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. 6. ed. Tradução de Guy Reynaud e revisão técnica de Luis Roberto Salinas Fortes. São Paulo: Paz e Terra, 1982. (Coleção Rumos da Cultura Moderna, v. 52)

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; BAHIA, Alexandre Franco; NUNES, Dierle. Controle de constitucionalidade é judicial, não político. **Consultor Jurídico**. Publicado em: 30 abril 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>> Acesso em: 14 jun. 2016.

CEREJA, William Roberto; MAGALHÃES, Thereza Cochar. **Português: linguagens**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CLETO, Murilo. A era da antipolítica. **El país**, São Paulo. 05 out. 2016.

Disponível em:

<http://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/05/opinion/1475671551_641754.html> Acesso em: 12 out. 2016.

COPELLI, Giancarlo Montagner; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. A crise do estado social e a necessidade de novos discursos teóricos. In: DUARTE, Clarice Seixas et al (Orgs.). **Reflexões acadêmicas para superar a miséria e a fome**.

Bauru: Canal 6, 2016. p. 434-449. Disponível em: <

[https://docs.google.com/viewer?](https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbmxb25mZXJlbnNpYWZfYXBicmFzaWx8Z3g6M2NjNjBmZDEzNDg0ZTBkMw)

[a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbmxb25mZXJlbnNpYWZfYXBicmFzaWx8Z3g6M2NjNjBmZDEzNDg0ZTBkMw](https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbmxb25mZXJlbnNpYWZfYXBicmFzaWx8Z3g6M2NjNjBmZDEzNDg0ZTBkMw)> Acesso em 12 nov. 2016.

CUNHA, Luciana Gross. Por que devemos confiar no judiciário? In: WANG, Daniel Wei Liang (Org.). **Constituição e política na democracia**: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 167-178.

DAHL, Robert A. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 252, p. 25-43, abr. 2013. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7954>>. Acesso em: 28 out. 2016.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de coisas inconstitucional. **Estadão**. Coluna Opinião. Publicado em: 19 set 2015.

Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>> Acesso: 12 jan 2016.

DIFRAÇÃO. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. 03 dez. 2016. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Difração>>. Acesso em: 03 dez. 2016.

DOSSIÊ expõe presença de nazistas na Justiça alemã do pós-Guerra. **Deutsche Welle (Brasil)**. Disponível em: <<http://m.dw.com/pt-br/dossiê-expõe-presença-de-nazistas-na-justiça-alemã-do-pós-guerra/a-36015630>>. Acesso em: 25 out 2016.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005. I-XV.

_____. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

_____. **Law's empire**. Cambridge/Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

_____. Uma decisão que ameaça a democracia. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (Orgs.). **Direito à democracia**: ensaios transdisciplinares. Tradução de André Pedreira Ibañez. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 41-56.

DWORKIN, Ronald. Uma decisão que ameaça a democracia. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (Orgs.). **Direito à democracia**: ensaios transdisciplinares. Tradução de André Pedreira Ibañez. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 41-56.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**: uma história dos costumes. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990.

ELSTER, Jon. Regla de mayoría y derechos individuales. **La Política**: revista de estudios sobre el estado y la sociedad, Barcelona, n. 4, oct 1998. pp. 23-58.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 2008.

_____. **Poderes salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. O STF nas "Cortes" Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 23-45, jan. /jun. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v9n1/a02v9n1.pdf>> Acesso em: 20 fev. 2016.

FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**: interpretation as Political Process. Princeton: Princeton University Press, 1988. Lido em sua Kindle Edition,

FISHER, Louis; DEVINS, Neal. **The Democratic Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2004. Lido em sua Kindle Edition.

FISHER, Louis. Introduction. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Editors). **Judicial power and the constitution**. New York: Macmillan Publishing Company, 1992. p. ix-xv.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Editora Loyola, 2010.

_____. **Microfísica do poder**. 14. ed. Tradução e organização de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV). FGV: Índice de confiança na justiça brasileira. 2016. Disponível em: < <http://portal.fgv.br/temas-dos-periodicos/estado-direito> >. Acesso em: 25 out. 2016.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**. 12. ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1982.

GARGARELLA, Roberto. In search of a democratic justice: what courts should not do. In: GLOPPEN, Siri; _____; SAKAAR, Elin (Editors). **Democratization and the judiciary**: the accountability functions of courts in new democracies. London/Portland: Frank Cass, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia I**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAIDAR, Rodrigo. STF não pode fazer controle prévio de projetos de lei. **Consultor Jurídico**. 13 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/supremo-nao-controle-previo-projetos-lei>>. Acesso em: 03 set. 2014.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

_____. "Juristocracy" – Political, not Juridical. **The good society**, Pennsylvania, v. 13, n. 3, p. 6-11, 2004.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. Kansas: Digireads.com, 2005.

_____. The path of the law. In: BURTON, Steven J. (Editor). **The Path of the Law and its influence**: the legacy of Oliver Wendell Holmes Jr. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

J. HORWITZ, Morton. **The transformation of american law (1870-1960)**: the crisis of legal orthodoxy. New York: Oxford University Press, 1992. Lido em sua Kindle Edition.

JESTAEDT, Matthias. El positivismo jurídico aplica al Tribunal Constitucional alemán. In: MONTEALEGRE, Eduardo (Coord.). **La ponderación en el derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 255-263.

KAUFMANN, Arthut; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**: análise de uma “recepção”. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LAWN, Chris; KEANE, Niall. **The Gadamer dictionary**. London: Continuum, 2011.

LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LEITE, José Adércio Sampaio. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LIMA, Danilo Pereira. **Constituição e poder**: limites da política no estado de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O oráculo de Delfos**: o Conselho de Estado no Brasil-império. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. **Teoría impura del derecho**: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Legis, 2004.

LOSANO, Mario. G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008. v. 1: das origens à escola histórica.

_____. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão, revisada por Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACHADO, Bruno. De onde veio a frase “Houston, temos um problema”? **Mundo estranho**, Editora Abril, 31 jul. 2015 (alterado em 26 set. 2016). Disponível em: < <http://mundoestranho.abril.com.br/ciencia/de-onde-veio-a-frase-houston-temos-um-problema/> > Acesso em: 20 nov. 2016.

MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Tradução de Beatriz Hennig *et alli*. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

MARRAMAO, Giacomo. **Poder e secularização**: as categorias do tempo. Tradução de Guilherme Alberto Gomes de Andrade. São Paulo: Editora UNESP, 1995.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Madrid: Editora Trotta, 1988.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, pp. 183-202. nov. 2000.

McPHERSON, James M. **Battle cry of freedom**: the Civil War Era. New York: Oxford University Press, 1988.

MENDONÇA, Ricardo. “Os réus do mensalão têm alguma razão”, diz jurista guru dos ministros do STF. Entrevista com José Joaquim Gomes Canotilho. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 24 nov. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1375636-os-reus-do-mensalao-tem-alguma-razao-diz-jurista-guru-dos-ministros-do-stf.shtml>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.

MONET, Claude Oscar. **Le Pont japonais ou le Bassin aux nymphéas**. 1900. 1 original de arte, óleo sobre tela.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Criminalizar a magistratura e o MP: um dia da caça e outro do caçador? **Consultor Jurídico**. Publicado em: 02 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-02/limite-penal-criminalizar-magistratura-mp-dia-caca-outro-cacador>> Acesso em: 04 dez. 2016.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann (capítulos I-VI) e de Eurides Avance de Souza (capítulos VII-XIV). 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e à metódica estruturantes. Tradução de Ana Paula Barbosa-Fohrmann et al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Metódica jurídica e sistema político**: elementos de teoria constitucional II. Revisão científica e organização de Rodrigo Meyer Bornholdt. Tradução de Michael Kosubek. Joinville: Bildung, 2014

_____. Prefácio. Tradução de Edson Kiyoshi Nacata Junior. In: ABBOUD, Georges. **Discrecionalidade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 19-22.

NAGEL, Robert F. Nationalhood and judicial supremacy. In: WOLFE, Christopher (Editor). **That eminent tribunal**: judicial supremacy and the constitution. New Jersey: Princeton University Press, 2004. Lido em sua Kindle Edition.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

NONATO, Israel. Conrado Hübner Mendes: “O STF é refém do capricho de seus ministros”. Entrevista com Conrado Hübner Mendes. **Os constitucionalistas**. 08 jun. 2016. Disponível em: < <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros> >. Acesso em: 12 set. 2016.

O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 31, p. 25-40. out. 1991.

OLIVEIRA, André de. “Protagonismo da Justiça deslocou centro gravitacional da democracia brasileira”. Entrevista com Rogério Arantes. **El País**, São Paulo, 24 set. 2016. Disponível em: < http://brasil.elpais.com/brasil/2016/09/16/politica/1474061979_483659.html > Acesso em: 12 out. 2016.

ÓPTICA. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. 28 nov. 2016. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Óptica>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. pp. 19-31(Coleção Direito e direitos do homem).

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**. v. 42, 2007. p. 373-433.

REFLEXÃO. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. 07 nov. 2016. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Reflexão_\(f%C3%ADsica\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Reflexão_(f%C3%ADsica))>. Acesso em: 03 dez. 2016.

ROCHA, Leonel Severo. **A democracia em Rui Barbosa**: o projeto político liberal-racional. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

_____. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 167-182.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Sociedade contra o Estado – duas onda de democratização radical no Brasil. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos

– mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. n. 12. p. 83-96.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Estado de coisas surreal. **Jota**. Coluna Opinião. Publicado em: 25 set 2015. Disponível em: <<http://jota.info/estado-de-coisas-surreal>> Acesso: 12 jan 2016.

SABINO, Fernando. **O encontro marcado**. 32. ed. Rio de Janeiro: Record, 1981.

SARLET, Ingo Wolfgang. Controle de convencionalidade dos tratados internacionais. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais>> Acesso em: 13 set. 2016.

SHAPIRO, Martin. The success of judicial review: the United States' experience. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SAKAAR, Elin (Editors). **Democratization and the judiciary**: the accountability functions of courts in new democracies. London/Portland: Frank Cass, 2004.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On law, politics and judicialization**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao direitos dos Estados Unidos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004.

STOURZH, Gerald. Constitution: Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century. In: _____. **From Vienna to Chicago and back**: essays on intellectual history and political thought in Europe and America. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. Capítulo 03. Lido em sua Kindle Edition.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **O que é isto – decido conforme à consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Consultor jurídico**. Coluna Observatório de jurisdição constitucional. Publicado em: 24 out 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso: 12 jan 2016.

_____. O pacote anticorrupção do Ministério Público e o fator Minority Report. **Consultor Jurídico**, Coluna Senso Incomum, São Paulo, 03 mar. 2016. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2016-mar-03/senso-incomum-pacote-anticorrupcao-mpf-fator-minority-report> > Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. O passado, o presente e o futuro do STF em três atos. **Consultor Jurídico**. 15 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-15/senso-incomum-passado-presente-futuro-stf-tres-atos>>. Acesso em: 03 set. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? In: _____; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. n. 12. p. 97-104.

STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A.; BARRETO LIMA, Martonio M. A nova compreensão do STF sobre o controle difuso de constitucionalidade: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 10, pp. 37-58. 2007.

SWEET, Alec Stone. **Governing with judges**: constitutional politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: _____ (Orgs.). **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TELES PEREIRA, José António. Apresentação. **Sub judice**: justiça e sociedade. Judicial Review – o sonho americano. Lisboa, n. 12, p. 1-2, jan./jun., 1998.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Democracia transnacional: as novas esferas transversais de decisão política. In: FREITAS, Juarez; _____ (Orgs.). **Direito à democracia**: ensaios transdisciplinares. São Paulo: Grupo Conceito/Editora Modelo, 2011. p. 123-137.

_____. Qual a significância do pensamento de Carl Schmitt para a teoria constitucional do século XXI? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. n. 12. p. 9-18.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão e história**: uma exploração da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial. 2013. 264 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2013. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3223/Rafael%20Tomaz%20de%20Oliveira.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 11 jul. 2015.

_____. Judiciário deve ser ponto de equilíbrio, não instigador da ira na política. **Consultor jurídico**, Coluna Diário de Classe. Publicada em: 19 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-19/diario-classe-judiciario-ponto-equilibrio-nao-instigador-ira>> Acesso em: 14 jun. 2016.

_____. O papel do Senado no controle de constitucionalidade. **Consultor jurídico**, coluna Diário de Classe. Publicada em: jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-01/diario-classe-papel-senado-controle-constitucionalidade>> Acesso em: jun. 2016.

TRACHTMAN, Michael G. **The Supremes' greatest hits**: the 37 Supreme Court cases that most directly affect your life. Revised & updated edition. New York: Sterling Publishing Co. Inc., 2009.

TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. 3th Edition. New York: Foundation Press, 2000. v. 1

TRINDADE, André Karam. Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 7, n. 3, p. 243-252, set.-dez. 2015.

_____. Quem vigia os vigilantes? A questão da responsabilidade dos juízes. **Consultor jurídico**, coluna Diário de Classe. Publicado em: 03 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-03/diario-classe-quem-vigia-vigilantes-questao-responsabilidade-juizes>> Acesso em: 04 dez. 2016.

WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**: from constitutional interpretation to judge-made law. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

_____. Introduction. In: _____ (Editor). **That eminent tribunal**: judicial supremacy and the constitution. New Jersey: Princeton University Press, 2004. Lido em sua Kindle Edition

ZOLLER, Élisabeth. Esplendores e misérias do constitucionalismo. **Sub judice**: justiça e sociedade. Judicial Review – o sonho americano. Lisboa, n. 12, p. 3-12, jan. /jun., 1998.

WANG, Daniel W. Liang. Introdução. In: _____. (Orgs.). **Constituição e política na democracia**: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo, Marcial Pons, 2013. p. 12.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WHITTINGTON, Keith E. **Political foundations of judicial supremacy**: the president, the Supreme Court, and constitutional leadership in U. S. history. Princeton: Princeton University Press, 2007.