

É possível que o Poder Judiciário se imiscua em qualquer seara?

Fábio Rubem David Müzel

Juiz Federal.

RESUMO: O presente artigo pretende discutir à luz de fatos históricos, nos EUA e no Brasil, os eventuais limites da atuação do Poder Judiciário.

SUMÁRIO: 1 Introdução e desenvolvimento. 2 Conclusão. Referências.

1. Introdução e desenvolvimento

Em 1788, no Federalista n. 78, Alexander Hamilton¹ pontuou que o Judiciário seria o menos perigoso e o mais fraco dos poderes, uma vez que não teria influência sobre a espada (Poder Executivo) ou sobre a bolsa (Poder Legislativo), nenhuma condução da força ou da riqueza da sociedade², e não poderia tomar nenhuma resolução ativa, seja ela qual fosse. Não teria força, nem vontade, apenas juízos. É verdade que nesse mesmo Artigo Federalista também foi exposto que nenhum ato legislativo contrário à Constituição poderia ser considerado válido³.

Esse apontamento inicial acerca da fraqueza do poder judicial era justificado, naquela oportunidade, eis que não se sabia exatamente o que faria uma Suprema Corte. Pode ser citado como pitoresco e representativo disso o fato de que o Presidente George Washington e seu Secretário de Estado Thomas Jefferson, em 1793, fizeram uma consulta formal para a Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA) indagando sobre questões abstratas relacionadas a contratos internacionais, tendo a Corte Constitucional esclarecido, com a polidez possível, que não era sua função dar conselhos ao ramo executivo do governo, e que sua atuação se cingia a resolver assuntos que fossem discutidos em processos judiciais que deveriam ser por ela julgados⁴. Decorre daí o surgimento da máxima “o Judiciário não é órgão de consulta”.

A Suprema Corte, em 1803, pela primeira vez⁵, declarou a inconstitucionalidade de uma lei federal, no caso *Marbury v. Madison*. A atribuição de declarar uma lei inconstitucional não está expressamente prevista no texto da Constituição dos Estados Unidos da América, mas a decisão da lavra de John

1 “Pode-se dizer, quase com certeza, que Alexander Hamilton foi, na história americana, o mais destacado personagem político que não chegou à presidência, ainda que, provavelmente, tenha deixado uma marca mais profunda e duradoura do que muitos que alcançaram esse objetivo. Entre os pais fundadores, Hamilton foi, ao mesmo tempo, pensador e homem de ação — teórico brilhante e executivo consumado. Ele e James Madison foram os mais determinados promotores da convocação da Convenção Constitucional, bem como os principais responsáveis por aquela interpretação clássica da Carta nacional, ‘*The Federalist Papers*’, obra supervisionada por Hamilton”. In CHERNOW, Ron. *Alexander Hamilton*. Tradução Donaldson M. Garschagen e Renata Guerra. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, Edição do Kindle, p. 14.

2 “De acordo com a Constituição, o poder da Suprema Corte era bastante restrito. O braço executivo segurava uma espada, como Hamilton escrevera no n. 78 do Federalista, e o legislativo, uma bolsa. ‘O judiciário, por sua vez, não terá influência nem sobre a espada e nem sobre a bolsa; não será direcionado nem pela força nem pela riqueza da sociedade; e não poderá tomar qualquer tipo de resolução ativa’. Tudo que os juízes podem fazer é julgar. ‘O judiciário é, de longe, o mais fraco dos três departamentos de poder’, concluiu Hamilton, citando Montesquieu em uma nota de rodapé: ‘Dos três poderes acima mencionados, o judiciário é equivalente a quase nada.’” In LEPORE, Jill. *Estas verdades: a história da formação dos Estados Unidos*. Tradução André Czarnobai e Antenor Savoldi Jr. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, Edição do Kindle, posição 2.907-2.914.

3 “Surgiu alguma perplexidade a respeito do direito dos tribunais de declarar nulos os actos legislativos, por se-

rem contrários à Constituição, resultando de imaginar que a doutrina implicaria uma superioridade do poder judicial em relação ao poder legislativo [...] Não existe nenhuma posição que dependa de princípios mais claros do que a que sustenta que todos os actos de uma autoridade delegada, contrários ao teor da delegação sob a qual são exercidos, são nulos. Por conseguinte, nenhum acto legislativo contrário à Constituição pode ser válido”. In HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista* [O Federalista n. 78 – o Departamento Judicial, Alexander Hamilton, 28 de maio de 1788]. 2. ed. Tradução, introdução e notas de Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 683 e 685.

4 In SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1995, Edição do Kindle, p. 25.

5 In BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, Edição do Kindle, posição 422.

Marshall foi calcada na ideiação desenvolvida por Alexander Hamilton, no Artigo Federalista n. 78, em que pese Marshall não tenha feito nenhuma referência direta ao escrito de Hamilton.

A decisão da Suprema Corte em *Marbury v. Madison* costuma ser bastante citada no Brasil como marco histórico inaugural do controle difuso de constitucionalidade das leis por Tribunais Constitucionais. Entretanto, o conteúdo da decisão, em si, não é tão difundido ou discutido.

Nesse ponto, deve ser dito que o dispositivo da lei que foi declarado inconstitucional em *Marbury v. Madison* previa uma ampliação da competência funcional da própria Suprema Corte, ao estabelecer a possibilidade do ajuizamento de uma ação de competência originária, perante o Tribunal Constitucional, quando alguém⁶ fosse prejudicado por um ato de Secretário de Estado⁷ federal⁸ (“grosso modo”, equivalente a um mandado de segurança de competência originária do STF, para nossos padrões).

Dessa maneira, paradoxal e simultaneamente, a decisão que pela primeira vez na história firmou a mais importante competência jurisdicional de uma Corte Constitucional também se caracterizou como um ato de autocontenção, ao declarar inválido o

dispositivo da legislação que ampliava a competência funcional do Tribunal de cúpula do Poder Judiciário.

Nessa época, a declaração de inconstitucionalidade de leis⁹, por pessoas não eleitas, integrantes do poder judicial, era tida, por muitos, como perigosa, até mesmo como uma possível expressão de despotismo de uma oligarquia¹⁰.

Também por conta dessa resistência contra a possibilidade de o Poder Judiciário declarar uma lei inconstitucional, já em 1805 houve a instauração de um processo de *impeachment* contra Samuel Chase, então membro da Suprema Corte, movido predominantemente por motivos políticos. Samuel Chase era tido como Federalista, ao passo que a Presidência do país, nesse período, era exercida por Thomas Jefferson, um Republicano. A votação no Senado dos EUA – cuja composição de republicanos era nesse período suficiente, por si só, para chegar ao quórum qualificado exigido para consumir a destituição de Samuel Chase do cargo – alcançou expressiva maioria de votos para o impedimento do magistrado, por uma das acusações, mas faltaram 4 (quatro) votos para atingir a quantidade de 2/3 (dois terços) necessária para o remover da função¹¹. A não consumação do *impeachment* de Samuel Chase foi muito importante para sedimentar a necessidade de independência dos magistrados no efetivo exercício de suas funções.

Dizem que John Marshall, muito preocupado durante a tramitação desse pedido

6 No caso concreto, William Marbury, um juiz nomeado no final da gestão do Presidente John Adams, cuja posse havia sido impedida no início da gestão do Presidente Thomas Jefferson, que via essas nomeações no final do mandato da presidência anterior como uma forma de ingerência ou tentativa de controle em sua administração. Essas nomeações de juízes no final do mandato de John Adams ficaram conhecidas como “midnight judges”.

7 No caso concreto, o então Secretário de Estado James Madison, tido como pai da Constituição, autor do Artigo Federalista que versa sobre freios e contrapesos (“checks and balances”), e 4º Presidente dos Estados Unidos, sucessor de Thomas Jefferson.

8 In SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1995, Edição do Kindle, p. 39-43.

9 “Armado do direito de declarar as leis inconstitucionais, o magistrado americano constantemente penetra nos assuntos políticos”. In TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução Júlia da Rosa Simões. São Paulo: Edipro, 2019, Edição do Kindle, p. 369.

10 In SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1995, Edição do Kindle, p. 57.

11 In SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019, Edição do Kindle, p. 118-119.

de *impeachment* contra Samuel Chase, teria chegado mesmo a sugerir, privadamente, que o Congresso tivesse poderes para cassar decisões judiciais sobre matéria constitucional¹².

Não muito tempo depois desses fatos, em 1835, Alexis de Tocqueville, em “A Democracia na América”, afirmou que o Judiciário é uma das primeiras forças políticas¹³.

Portanto, em curto período de espaço, a percepção sobre o braço judiciário dos poderes estatais sofreu alteração substancial passando de “o mais fraco dos poderes” para ser considerado uma das “primeiras forças políticas”.

Todas essas referências aos Estados Unidos da América são pertinentes para a compreensão desta temática, na medida em que a Constituição brasileira de 1891, não obstante não seja uma cópia da Constituição estadunidense¹⁴, claramente teve inspiração na Constituição dos EUA, como quase todas as constituições das repúblicas dos séculos XVIII e XIX, ao adotar a nomenclatura de “República dos Estados Unidos do Brasil”, algo que nunca foi a realidade das Províncias brasileiras, até então existentes, ao instituir a separação de poderes, ou, ainda, com a criação de uma Corte Constitucional, com a introdução, no caso brasileiro, da competência expressa para o exercício do controle de constitucionalidade difuso.

Em 1787, na Convenção da Filadélfia, a constituinte estadunidense, formada por 25 (vinte e cinco) membros, dentre eles George Washington, James Madison, Alexander Hamilton e Benjamin Franklin¹⁵, foi discutida

e descartada a proposta de a Suprema Corte revisar, abstratamente, as leis aprovadas pelo Congresso¹⁶.

À míngua de Washington¹⁷, Madison¹⁸,

se fez sentir, a efervescência das paixões políticas que fizera nascer a revolução estava em parte serenada, e todos os grandes homens que ela havia criado ainda existiam. Essa foi uma dupla felicidade para a América. A assembleia pouco numerosa que foi encarregada de redigir a segunda Constituição continha os mais belos espíritos e os mais nobres caracteres que jamais surgiram no Novo Mundo. George Washington a presidia”. In TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução Júlia da Rosa Simões. São Paulo: Edipro, 2019, Edição do Kindle, p. 127.

16 In REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage, 2002, Edição do Kindle, posição 4.681.

17 “Admirado de forma profunda e quase universal, Washington representava para muitos americanos tudo o que havia de mais nobre em uma república. Nada atestava melhor a virtude cívica daquele homem do que ter entregado seu posto de comando ao fim da guerra: em vez de tomar o poder, Washington abdicara dele. Sua função como presidente da convenção constitucional era majoritariamente simbólica, mas, como costuma ser o caso de muitas funções simbólicas, sua performance foi essencial, além de muito contagiante”. In LEPORE, Jill. *Estas verdades: a história da formação dos Estados Unidos*. Tradução de André Czarnobai e Antenor Savoldi Jr. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, Edição do Kindle, posição 2.625.

18 “[...] Deve fazer-se com que a ambição contrabalance a ambição. O interesse do homem deve estar ligado aos direitos constitucionais do cargo. Pode resultar de uma reflexão sobre a natureza humana, que tais dispositivos sejam necessários para controlar os abusos do governo. Mas o que é o governo em si próprio senão a maior de todas as reflexões sobre a natureza humana? Se os homens fossem anjos nenhuma espécie de governo seria necessária. Se fossem os anjos a governar os homens, não seriam necessários controles externos nem internos sobre o governo. Ao construir um governo em que a administração será feita por homens sobre outros homens, a maior dificuldade reside nisto: primeiro é preciso habilitar o governo a controlar os governados; e, seguidamente, obrigar o governo a controlar-se a si próprio. A dependência do povo é, sem dúvida, o controle primário sobre o governo, mas a experiência ensinou à humanidade a necessidade de precauções auxiliares”. In MADISON, James; HAMILTON,

12 In REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage, 2002, Edição do Kindle, posição 4.580.

13 In TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução Júlia da Rosa Simões. São Paulo: Edipro, 2019, Edição do Kindle, p. 110.

14 “Fácil averiguar que a Constituição de 1891 não é em absoluto cópia da Constituição americana”. In BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 8. ed. Brasília: OAB Editora, 2006, p. 260.

15 “Quando a insuficiência da primeira Constituição federal

Hamilton¹⁹, Franklin²⁰ e outros, o Brasil adotou o controle abstrato de constitucionalidade, em sua extensão mais ampla (e não tão somente como pressuposto para decretação de intervenção federal como havia sido feito na Constituição de 1934), por meio da Emenda Constitucional n. 16/1965, em plena aurora do regime militar, e, não por acaso, logo depois da edição do Ato Institucional n. 2/1965, que havia aumentado o número de ministros do STF de 11 (onze) para 16 (dezesesseis). Deve ser dito que logo após o regime militar promover o expurgo dos juízes indesejados²¹, com o Ato

Institucional n. 5²², o Ato Institucional n. 6, em fevereiro de 1969, restabeleceu o número de 11 (onze) ministros, que permanece até hoje²³.

Portanto, embora raramente haja essa abordagem, a perspectiva histórica autoriza dizer que o controle de constitucionalidade abstrato das leis surgiu no direito brasileiro como ferramenta de domínio adotada pelo regime de exceção²⁴.

Uma divagação: atualmente, no contexto do controle abstrato de constitucionalidade, temos também a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, instrumento jurídico preferido dentre os partidos políticos sem representação suficiente no Congresso Nacional para aprovar seus projetos ou impedir a aprovação de projetos que sejam contrários aos seus ideais, e com hipótese de cabimento vaguíssima (“evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”), que comporta, desafortunadamente²⁵, as mais diversas interpretações.

Alexander; JAY, John. *O Federalista* [O Federalista n. 51 – a estrutura do governo deve fornecer os freios e contrapesos (*checks and balances*) adequados entre os diversos departamentos, James Madison, 6 de fevereiro de 1788]. 2. ed. Tradução, introdução e notas de Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 469.

- 19 “É evidente que Hamilton estava lendo o céptico filósofo escocês David Hume e citou seu parecer segundo o qual, ao se projetar um governo, ‘todo homem deve ser visto como um patife, sem nenhum outro objetivo em todas as suas ações senão seus interesses privados’. A tarefa do governo não consistia em impedir a busca de interesses pessoais — uma missão impossível —, mas dirigi-la para o bem comum. Ao começar a desenhar os contornos de sua própria visão do governo, Hamilton foi estimulado pela visão sombria que Hume tinha da natureza humana, que coincidia com a sua”. In CHERNOW, Ron. *Alexander Hamilton*. Tradução Donaldson M. Garschagen e Renata Guerra. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, Edição do Kindle, p. 98.
- 20 Benjamin Franklin, inventor, jornalista etc., participou da Declaração da Independência e da Convenção da Filadélfia, onde foi elaborada a Constituição dos EUA. Em 1754, ainda sob domínio britânico, mais de 20 (vinte) anos antes da declaração de Independência dos EUA, Franklin teve a coragem de publicar em seu jornal “Pennsylvania Gazette”, o desenho de um mapa com a representação das Colônias em forma de uma cobra esquartejada, com a inscrição “junte-se ou morra”. In LEPORE, Jill. *Estas verdades: a história da formação dos Estados Unidos*. Tradução André Czarnobai e Antenor Savoldi Jr. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, Edição do Kindle, posição 1.522-1.527.
- 21 “[...] Winston Churchill, valendo-se de uma ideia muito diferente, disse certa vez que democracia significa

que uma batida na porta logo cedo é do leiteiro [...]”. In DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 83.

- 22 “O estudo do mau gosto, senhor primeiro-ministro, deveria ser um capítulo da história das culturas, e dos mais extensos e suculentos”. In SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a lucidez*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, Edição do Kindle, p. 154.
- 23 “O passado é uma herança, uma dádiva e um fardo. Não se pode fugir dele. Você o leva consigo aonde você for. Não há nada a fazer além de conhecê-lo”. In LEPORE, Jill. *Estas verdades: a história da formação dos Estados Unidos*. Tradução de André Czarnobai e Antenor Savoldi Jr. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, Edição do Kindle, posição 264.
- 24 “Todas as famílias felizes se parecem, cada família infeliz é infeliz à sua maneira”. In TOLSTÓI, Liev. *Anna Karênina*. Tradução Rubens Figueiredo. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, Edição do Kindle, posição 148.
- 25 “Às vezes, na história dos Estados Unidos — em quase todas as histórias das nações —, o vilão de uma pessoa é o herói de outra”. In LEPORE, Jill. *Estas verdades: a história da formação dos Estados Unidos*. Tradução de André Czarnobai e Antenor Savoldi Jr. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, Edição do Kindle, posição 163.

Prosseguindo: segundo John Stuart Mill, existe uma disposição natural da humanidade para impor aos outros suas próprias opiniões e inclinações como regra de conduta²⁶.

Essa especial disposição da humanidade (para impor aos outros suas próprias opiniões e inclinações como regra de conduta), quando se faz presente entre os membros do Poder Judiciário pode se tornar extremamente nefasta, notadamente quando a previsão legal é derrubada pelo julgador, que passa a adotar em substituição suas próprias ideias sobre o que seria ou não desejável²⁷ para reger determinado assunto, estranho ao Direito, do qual sequer possui domínio²⁸.

Nesse contexto, vale lembrar a decisão proferida pelo STF na ADI 1.351, que declarou a inconstitucionalidade da denominada “cláusula de barreira partidária”, em 2006.

Trata-se de decisão proferida por unanimidade (10 a 0, um ministro estava ausente).

A lei declarada inconstitucional pretendia reduzir o número de partidos políticos com atuação nas Casas Legislativas, e estabeleceria uma inevitável depuração das

legendas a ser feita pelos próprios eleitores, que teria por pressuposto lógico e matemático o número de votos recebidos pelos partidos.

Como é sabido, o Direito deve servir à vida, e não a vida ao Direito²⁹.

E o Direito existe em função da sociedade, e não a sociedade em função do Direito³⁰.

Passados já alguns anos de sua prolação, é possível concluir com absoluta segurança que essa decisão não foi nada útil para a sociedade brasileira, tendo em vista que nos dias de hoje há cerca de 30 (trinta) partidos políticos com representantes eleitos no Congresso Nacional³¹.

Ademais, a banalização do número de partidos é prejudicial à própria democracia, na medida em que os partidos políticos deveriam ser os primeiros responsáveis (antes, portanto, dos próprios eleitores) por manter pessoas que possam ameaçar a própria democracia longe dos pleitos eleitorais e

26 “A vontade das pessoas, quer como governantes quer como concidadãos, de impor aos outros as suas próprias opiniões e inclinações como uma regra de conduta, é tão ativamente apoiada por alguns dos melhores e alguns dos piores sentimentos inerentes à natureza humana, que muito raramente é mantida sob controle por outra coisa que não a falta de poder; e como o poder não está a diminuir, mas sim a aumentar, então, a não ser que uma forte barreira de convicção moral possa erguer-se contra esse mal, é de esperar que, dadas as circunstâncias presentes do mundo, o vejamos intensificar-se”. In MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, Edição do Kindle, p. 37.

27 In REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage, 2002, Edição do Kindle, posição 4.681

28 “[...] decerto se achava um homem extremamente inteligente, como todas as pessoas obtusas e limitadas em geral”. In DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Memórias da Casa dos Mortos*. Tradução Oleg Almeida. São Paulo: Martin Claret, 2016, p. 80.

29 In MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral, introdução, pessoas físicas e jurídicas* [atualizado por Wilson Rodrigues Alves]. Campinas: Bookseller, 1999, p. 80.

30 “[...] como observou von Ihering [1884:424] – o direito existe em função da sociedade, e não a sociedade em função dele” – foi grifado. In GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. Coimbra: Almedina, 2020, Edição do Kindle, p. 69.

31 “[...] Deu-se plena liberdade para a organização de partidos, que tiveram acesso a fundos provindos das finanças públicas. Em poucos anos foram criadas dezenas de partidos políticos, alguns deles com ‘donos’. Semeamos a desordem partidária: formaram-se partidos com uma ideologia no papel, acrescentada *ad hoc* para justificar requisitos legais. Com o tempo, instalou-se um presidencialismo de coalizão, pois os governos precisam obter maiorias para governar. É o que existe hoje, com tendências recentes à formação de um ‘presidencialismo de confrontação’, como se este evitasse os males do sistema anterior”. In CARDOSO, Fernando Henrique. *Um intelectual na política: memórias*. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, Edição do Kindle, p. 213-214.

consequentemente da assunção do poder³². Em suma: caberia aos partidos políticos negar legenda para pessoas com aspirações antidemocráticas.

E essa deliberação do STF é claramente uma decisão judicial que não estava fundada em violação direta da Constituição, tendo sido a declaração de inconstitucionalidade calcada em “princípios”. Tal fato, hoje, é facilmente percebido, haja vista que a Emenda Constitucional n. 97/2017 inseriu a cláusula de desempenho partidário no corpo da Constituição, sendo certo que se houvesse inconstitucionalidade por afronta direta e patente ao texto constitucional originário a citada emenda constitucional também necessariamente seria declarada inconstitucional.

Desse modo, esse julgamento sobre a “cláusula de barreira partidária” é, com todas as vênias, um claro exemplo de falta de autocontenção judicial, de intromissão indevida do Judiciário em seara onde não se faria necessária sua atuação³³.

32 “Os partidos se tornaram, então, os administradores da democracia norte-americana. Uma vez que selecionam os candidatos presidenciais, os partidos têm a capacidade – e, nós acrescentaríamos, a responsabilidade – de manter figuras perigosas longe da Casa Branca. Eles precisam, portanto, encontrar um equilíbrio satisfatório entre dois papéis: um papel democrático, em que escolhem o candidato que melhor representa os eleitores do partido, e o que o cientista político James Ceaser chama de um papel de ‘filtragem’, no qual removem aqueles que representam uma ameaça para a democracia ou de algum outro modo sejam inadequados para assumir o cargo”. In LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, Edição do Kindle, p. 42-43.

33 Caso haja interesse específico do leitor pelo tema, no voto do Ministro Relator é dito que, na época, havia 29 (vinte e nove) partidos políticos registrados no Brasil. E apenas 7 (sete) desses 29 (vinte e nove) teriam cumprido a cláusula de barreira na última eleição (era um juízo hipotético do Relator. A cláusula de barreira nunca foi aplicada no mundo dos fatos...). Os 7 (sete) partidos que teriam cumprido hipoteticamente a cláusula de barreira seriam, com a nomenclatura da época: PT; PMDB; PSDB; PFL;

Voltando aos EUA, deve ser dito que dois dos mais consagrados e influentes membros da Suprema Corte foram John Marshall e Earl Warren.

É consenso que nenhum dos dois era tido como grande jurista, antes de ingressar no Judiciário, mas ambos tinham grande experiência de vida e prévio conhecimento do funcionamento da máquina estatal quando assumiram o cargo na Suprema Corte.

John Marshall participou de batalhas de campo contra a Inglaterra para obtenção da Independência dos EUA, foi membro da Câmara dos Representantes (equivalente ao cargo de deputado federal, no Brasil) e Secretário de Estado durante a Presidência de John Adams (equivalente ao cargo de Chefe da Casa Civil, no Brasil).

Por sua vez, Earl Warren foi governador da Califórnia por 10 (dez) anos, tendo sido eleito 3 (três) vezes para exercer esse cargo.

Ambos, portanto, quando ingressaram na Suprema Corte conheciam as entranhas do governo, sabiam exatamente onde estavam pisando, quais eram as potencialidades do cargo que assumiam, e qual era a função do braço judiciário dentre os poderes do Estado, o que foi determinante para o desempenho marcante que alcançaram no exercício do cargo.

Eles sempre souberam que o Direito não é autossuficiente³⁴, que não basta a si mesmo³⁵, que deve servir para a sociedade e,

PP; PSB; e PDT. Para se ter noção da relevância do tema basta dizer que o PSL, partido pelo qual foi eleito o Chefe do Executivo federal em 2018, dentre outros 22 (vinte e dois) partidos, não teria cumprido hipoteticamente a cláusula de barreira, de acordo com o voto.

34 “Sapo não pula por boniteza, mas porém por percisão (Provérbio capiau)” (sic). In ROSA, João Guimarães. *A hora e a vez de Augusto Matraga*. 1. ed. digital. São Paulo: Global Editora, 2020, Edição do Kindle, posição 7.

35 “Quando se encerrou o exame das provas materiais, o presidente declarou que a fase de instrução do processo estava terminada e, sem uma pausa, no intuito de concluir o mais depressa possível, concedeu a palavra à acu-

notadamente, contribuir para o desenvolvimento do país.

Um aparte: talvez uma das mais brilhantes interpretações de um texto constitucional na história brasileira foi feita por D. Pedro II. O artigo 7º das disposições transitórias da Constituição de 1891 dizia que seria

[...] concedida a D. Pedro de Alcântara, ex-Imperador do Brasil, uma pensão que, a contar de 15 de novembro de 1889, garanta-lhe, por todo o tempo de sua vida, subsistência decente. O Congresso ordinário, em sua primeira reunião, fixará o *quantum* desta pensão.

D. Pedro II, que havia perdido o trono e tinha sido banido do país, teve o mérito de não trair a si mesmo³⁶, preferindo não perder também a alma, tendo declinado da pensão.

Retomando o tema da utilidade, do propósito, da razão de ser, do Direito, é

sação, na esperança de que o promotor adjunto, como também era um ser humano, também quisesse fumar e almoçar e tivesse pena de todos os demais. Porém o promotor adjunto não tinha pena nem de si, nem dos outros. O promotor adjunto era muito tolo por natureza, mas ainda por cima teve a infelicidade de concluir o curso do liceu com uma medalha de ouro e de ganhar um prêmio na universidade pela sua tese sobre a servidão no direito romano e por isso era extremamente pretensioso, vaidoso (para o que contribuía mais ainda o seu sucesso com as damas), e em consequência era extraordinariamente tolo. Quando lhe foi concedida a palavra, levantou-se devagar, exibindo toda a sua figura esbelta num uniforme com bordados e, depois de colocar as mãos sobre a mesa, inclinou ligeiramente a cabeça, virou-se e lançou um olhar pela sala, evitando os olhos dos réus, e começou". In TOLSTÓI, Liev. *Ressurreição*. Tradução Rubens Figueiredo. São Paulo: Cosac Naify, 2010, p. 80-81.

36 "Todos os outros trapaceiros do mundo não são nada em comparação com aquele que fraudava a si próprio [...]". In DICKENS, Charles. *Grandes esperanças*. Tradução Paulo Henriques Britto. São Paulo: Penguin, 2012, Edição do Kindle, p. 291.

conveniente abordar a famosa controvérsia constitucional no Brasil acerca da prisão em segunda instância.

Entre a promulgação da Constituição em outubro de 1988 até 2009, o STF permitiu a prisão em segunda instância mesmo sem que houvesse o trânsito em julgado da condenação. A partir de 2009, o STF vedou a prisão em segunda instância antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Em fevereiro de 2016, o STF alterou o posicionamento, pela terceira vez, para mais uma vez permitir a prisão em segunda instância, mesmo sem a ocorrência do trânsito em julgado. No final de 2019, por 6 a 5, mudando de ideia pela quarta vez, o STF passou a vedar a prisão em segunda instância antes do trânsito em julgado. Essa última é a posição atual de nossa Corte Constitucional.

A exigência de trânsito em julgado para a prisão desafortunadamente torna disfuncional o sistema penal nacional em casos de maior complexidade, máxime no trato de réus soltos.

Deveras, com 4 (quatro) potenciais instâncias, e uma miríade de recursos disponíveis, a experiência forense revela que são muito remotas as possibilidades de alguém ser condenado por lavagem de dinheiro, por exemplo, antes de decorridos 10 (dez), 15 (quinze) ou 20 (vinte) anos da data da ocorrência do fato. E se o Judiciário levar 10 (dez), 15 (quinze) ou 20 (vinte) anos para punir alguém, seja pelo crime que for, a percepção que as pessoas, leigas ou não em Direito, terão do Poder Judicial naturalmente jamais poderá ser positiva.

Nesse ponto, deve ser dito que a inconstitucionalidade da prisão em segunda instância antes do trânsito em julgado da condenação não é patente, à toda evidência, considerando o entendimento preponderante dos próprios membros do STF nos últimos 33 (trinta e três) anos, sopesando que prevaleceu a tese da constitucionalidade da prisão em segunda instância antes do trânsito em

julgado da decisão condenatória durante o período de 24 (vinte e quatro) anos, ao passo que a impossibilidade da prisão em segunda instância antes do trânsito em julgado da decisão condenatória foi a decisão predominante por 9 (nove) anos, sendo certo que não houve nenhuma alteração do texto constitucional nessa temática [escrevo em outubro de 2021].

Desse modo, se o Direito não é autosuficiente, se não basta a si mesmo, se deve servir à sociedade e para o desenvolvimento do país, não seria mais adequada e conveniente uma solução jurídica, legislativa ou interpretativa, que não tornasse disfuncional o sistema criminal do país?³⁷

Mais uma viagem ao século XIX: Alexis de Tocqueville, em “A Democracia na América”, apontou que os juízes deveriam ser “homens de Estado” que soubessem

[...] detectar o espírito do tempo em que vivem, enfrentar os obstáculos que podem ser vencidos e desviar da correnteza quando as águas ameaçam carregar junto com eles mesmos a soberania da União e a obediência devida a suas leis.

Salientou, ainda, que eventuais homens imprudentes ou corrompidos na Suprema Corte dos EUA poderiam levar à anarquia ou à guerra civil³⁸.

37 Robert H. Jackson, então membro da Suprema Corte do EUA, disse durante um julgamento que não há dúvida que se existisse uma super-Suprema Corte, uma proporção substancial dos julgados da Suprema Corte que havia revertido decisões de instâncias inferiores seria novamente alterada pela super-Suprema Corte. E complementou: nós não somos a última decisão porque infalíveis, mas infalíveis porque somos a última decisão. In SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1995, Edição do Kindle, p. 248-249.

38 TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução Júlia da Rosa Simões. São Paulo: Edipro, 2019, Edição do Kindle, p. 168.

Para demarcação cronológica dos fatos, repito que esse livro foi publicado em 1835.

Em 1857, em *Dred Scott v. Sandford*, a Suprema Corte pela segunda vez em sua história declarou a inconstitucionalidade de uma lei federal (o Tratado ou Compromisso do Missouri)³⁹.

Numa apertada síntese⁴⁰: esse Tratado com natureza de lei federal estabelecia que era vedada a escravidão em novos territórios dos EUA. Dred Scott era um escravo no Missouri que acompanhou seu proprietário em dois novos territórios dos EUA, que não adotavam a escravidão. Quando retornou para o Missouri, Dred Scott entendeu que não poderia mais ser considerado escravo (a tese era: uma vez livre, sempre livre), e pediu alforria, que foi negada, e, então, ajuizou uma ação, que depois de julgada no Estado de origem, foi parar na Suprema Corte. A Suprema Corte, por 7 a 2, entendeu ser inconstitucional o Tratado, sob o fundamento de que o Congresso não teria poderes para abolir a escravidão. A decisão tinha cerca de 600 (seiscentas) páginas, e sua fundamentação apontou expressamente que pessoas negras de origem africana não poderiam reivindicar privilégios de cidadãos dos EUA⁴¹.

39 Deve ser notado que entre a primeira, 1803, e a segunda, 1857, declaração de inconstitucionalidade de lei federal pela Suprema Corte dos EUA decorreram 54 anos. Leis federais, frise-se. Leis estaduais foram declaradas inconstitucionais nesse interregno.

40 In SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019, Edição do Kindle, p. 140-146.

41 “Mas foi a lógica usada em seu argumento o que mais causou choque. O Congresso não tinha poderes para limitar a escravidão nos estados, argumentou Taney, porque os autores da Constituição consideravam as pessoas de descendência africana ‘seres de uma ordem inferior, totalmente inadequados para se associar com a raça branca, seja nas relações políticas ou sociais, inferiores a ponto de não possuir direitos que o homem branco fosse obrigado a respeitar’. Nenhum ‘africano da raça negra’, ele decidiu, poderia reivindicar os direitos e privilégios de cidadania

A decisão da Suprema Corte em *Dred Scott v. Sandford* não foi a causa determinante, mas inequivocamente concorreu para a eclosão da Guerra Civil dos EUA, também conhecida como Guerra de Secessão, entre 1861-1865.

Dred Scott v. Sandford é tida, por muitos⁴², como uma das piores decisões da história da Suprema Corte dos EUA.

Nessa vereda, precisamos falar sobre a decisão que determinou a exclusão do ICMS da base-de-cálculo da PIS e da COFINS (STF, RE 574.706/PR), pela magnitude do prejuízo causado para as contas públicas do país, estimado pela Fazenda Nacional em mais de 229 (duzentos e vinte e nove) bilhões de reais⁴³.

A discussão sobre a inclusão ou exclusão do ICMS na base-de-cálculo da PIS e da COFINS, à toda evidência, não envolve violação direta da Constituição.

nos Estados Unidos”. In LEPORE, Jill. *Estas verdades: a história da formação dos Estados Unidos*. Tradução de André Czarnobai e Antenor Savoldi Jr. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, Edição do Kindle, posição 5.584.

42 “*Dred Scott* seguramente representa o maior equívoco da Suprema Corte dos Estados Unidos, senão em toda a sua história, ao menos nos seus primeiros 100 anos de funcionamento. Ela tem caráter absolutamente discriminatório e imprime interpretação enviesada do art. IV da Constituição Federal que, em oposição ao afirmado pelo Tribunal, efetivamente autoriza o governo a criar territórios e estabelecer todas as normas e regulamentos respectivos. Diferentemente da aclamada decisão do caso *Marbury*, *Dred Scott v. Sandford* não obteve reconhecimento da doutrina, e o que era para ser celebrado como a consagração e consolidação do *judicial review* em verdade angariou execração: Alexander Bickel, autorizado *scholar* norte-americano, a qualificou como uma decisão de odor excessivamente ruim (*exceedingly bad odor*)”. In SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019, Edição do Kindle, p. 141.

43 OLIVON, Beatriz; BACELO, Joice. Derrotas em processos tributários podem custar R\$ 1,1 trilhão à União. *Valor Econômico*, 22 dez. 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/12/22/derrotas-em-processos-tributarios-podem-custar-r-11-trilhao-a-uniao.ghtml?GLBID=1a3abd8398>. Acesso em: 13 out. 2020.

Realmente, os conceitos de “faturamento” e de “receita bruta” não foram dados pelo constituinte.

Interessante notar que o julgamento pelo Plenário do STF, inicialmente, foi proferido em 2017⁴⁴, muito pouco tempo depois do *impeachment* da Chefe do Executivo federal, que se deu sob o fundamento de ela ter mascarado o déficit fiscal do país.

A maquiagem das contas públicas é efetivamente muito pernicioso porque afeta a credibilidade e o equilíbrio fiscal do país.

Mesmo assim, majoritariamente (7 a 4), o STF não cogitou a hipótese de que um prejuízo de cerca de 229 bilhões de reais igualmente afetaria a credibilidade fiscal do país (o PIB do Brasil foi de 1.445 trilhão de dólares em 2020). No câmbio de quando escrevo [outubro de 2021], daria algo em torno de 8 trilhões de reais. O PIB equivale a toda a riqueza produzida no país. A arrecadação federal total da União em 2020 alcançou 1,479 trilhão de reais. Portanto, o valor do prejuízo decorrente dessa ação equivale a cerca de 2 meses da arrecadação anual da União com todos os tributos federais. Dessa maneira, o prejuízo fiscal decorrente dessa decisão é brutal para o país.

O STF, nesse caso, poderia ter declarado a inconstitucionalidade, se fosse o caso, com modulação de efeitos, sem determinar a devolução de nenhum valor, antes de 2017 ou mesmo antes de 2021, quando teve nova oportunidade de modular os efeitos da decisão (a modulação de efeitos feita pelo Supremo ressaltou as ações em andamento e as que haviam transitado em julgado. Todavia, eram inúmeras as ações em andamento, porque já havia maioria de ministros decidindo pela inconstitucionalidade desse tema desde 2006, em outro processo sobre o mesmo assunto – RE 240.785-2; e, por óbvio, durante

44 Houve oposição do recurso de embargos de declaração, e o julgamento terminou em 2021.

11 (onze) anos, de 2006 a 2017, milhares ou milhões de ações sobre essa matéria foram ajuizadas).

É certo que antes do Plano Real (o real entrou em circulação em 1994), o país não tinha uma moeda corrente digna desse nome, e a inflação galopante impossibilitava que houvesse uma clara noção da real situação das finanças do Estado brasileiro. Na verdade, dados os níveis da inflação, não era possível ter sequer noção de orçamento, sendo certo que muita gente, mesmo hoje em dia, infelizmente, não se dá conta da importância desse tema⁴⁵.

Nesse caso ainda há um agravante adicional, considerando que o ICMS, a rigor, é pago pelo destinatário final do produto, e não pela empresa que se beneficiou da decisão. De fato, o ICMS apenas agrega seu valor à mercadoria e sempre foi repassado para o destinatário final dessa mesma mercadoria (que, à toda evidência, não é a empresa que recolhe PIS e COFINS). Portanto, como bem disse o Ministro Eros Grau, em seu voto vencido no RE 240.785-2, no contexto das contribuições PIS e COFINS, o ICMS era custo para a empresa, agregado ao valor da mercadoria (RE 240.785-2).

E essa decisão do STF teve, ainda, um efeito colateral: como a cobrança de tributos “por dentro” (tal como a existente no caso do ICMS na base-de-cálculo da PIS e da COFINS) é comum à sistemática de cobrança de diversos outros tributos nacionais, essa decisão é utilizada como paradigma em muitas outras ações judiciais para requerer a inconstitucionalidade da cobrança de inúmeros outros tributos, o que aumentou, de forma significativa, o ajuizamento de ações de natureza tributária desde 2017.

Uma questão, à luz do artigo 20 da LINDB: se todas essas ações de natureza tributária forem julgadas procedentes, o que

será das contas públicas do país? Haverá dinheiro, por exemplo, para pagar as despesas correntes da União?

Esse assunto deveria ser tratado com gravidade, por todos os poderes do Estado (os “homens de Estado” referidos pelo Tocqueville), dada a possibilidade de consequências nefastas, eis que sem receita, a rigor, o Estado perde sua razão de existir.

Não por acaso, e não apenas por essa modalidade de decisão judicial, enquanto escrevo [outubro de 2021], está em discussão no Congresso Nacional uma Proposta de Emenda Constitucional que pretende impor uma moratória para o pagamento de precatórios.

Se o Direito não é autossuficiente, se não basta a si mesmo, se deve servir à sociedade e para o desenvolvimento do país, não teria sido melhor declarar a inconstitucionalidade da cobrança desse tributo de forma prospectiva, como a lei autoriza, sem devolução de nenhum valor, e ainda permitindo excepcionalmente a manutenção de sua cobrança por um período razoável de 2 (dois) anos por exemplo, enquanto o Congresso Nacional discutisse sua substituição por outra forma de arrecadação?

Mudando de tópico: a Constituição dos EUA, com mais de 230 (duzentos e trinta) anos de vigência, possui 7 (sete) artigos, em seu corpo principal, e 27 (vinte e sete) emendas constitucionais.

Por sua vez, a Constituição brasileira de 1988 possui, atualmente [outubro de 2021], 250 (duzentos e cinquenta) artigos em seu corpo principal, 114 (cento e quatorze) artigos em suas disposições transitórias, e 111 (cento e onze) emendas constitucionais.

Versa sobre terras indígenas, saúde, previdência social, desporto, comunidades quilombolas, o Colégio D. Pedro, e muitos outros assuntos que não deveriam estar previstos numa Constituição.

O problema de quase todos os assuntos terem assento na Constituição é que isso

45 Basta ver a pouca repercussão que essa decisão do STF teve na imprensa, mesmo envolvendo valores superiores a 200 bilhões de reais.

pode dar aos membros do Judiciário a falsa e errônea ideia de que podem se imiscuir em qualquer tema livremente.

Cass Sunstein e Stephen Holmes, professores de Harvard e NYU, respectivamente, especulam que em países em desenvolvimento a constitucionalização de direitos de segunda geração (que ensejam prestações positivas; obrigações para o Estado) poderiam dar “ao Judiciário um poder indevido”, ao estimular “a ilusão de que os tribunais são capazes de gerar seu próprio poder e impor suas próprias soluções, quer sejam apoiados pelo Executivo e pelo Legislativo, quer não”, sem atentar para os custos dos direitos⁴⁶.

Não tenho conhecimento se Sunstein e Holmes estudaram de forma específica a situação brasileira (imagino que não), mas tocaram de forma bastante cirúrgica em um dos principais problemas no braço judiciário dos poderes da República Federativa do Brasil.

Com efeito, no Brasil há, com o devido respeito aos entendimentos em sentido contrário, manifesta, clara e patente ingerência do Poder Judiciário em políticas públicas.

Existem, por exemplo, diversas decisões do STF, inclusive decisões monocráticas, determinando que algum ente federado efetue a construção de creches (ARE 655.452-DF, a título exemplificativo).

Há uma infinidade de decisões judiciais determinando o fornecimento de medicamentos de alto custo pelo SUS para portadores de doenças incuráveis, e o STF ao julgar recursos submetidos ao regime de repercussão geral não entendeu que se trataria de assunto fora da órbita de atuação do Judiciário.

Nas ações que versam sobre pedido de fornecimento de medicamentos de alto custo

são decididos apenas pedidos individuais. Não existe nenhum tipo de análise judicial sobre a taxa de incidência da doença em toda população nacional, qual seria o gasto para atender todas as pessoas portadoras dessas enfermidades, e se esse gasto seria passível de ser suportado pelo SUS.

Liev Tolstói, segundo Isaiah Berlin, enquanto escrevia “Guerra e Paz”⁴⁷, teria redigido uma carta expondo com alguma amargura para a pessoa destinatária que não tinha dúvida que o público teria mais interesse pelas cenas da vida social e pessoal das damas e cavalheiros da sociedade russa retratados no romance épico, que na descoberta da verdade sobre o conflito histórico descrito no livro (o verdadeiro “personagem” do romance – os parênteses são meus). Isaiah Berlin cita, também, nesse mesmo sentido, que as folhas das árvores encantam mais as pessoas que as raízes, querendo dizer que a visão superficial do mundo é a que prevalece⁴⁸.

Nas ações sobre medicamentos ocorre exatamente o descrito por Isaiah Berlin.

Os membros do Judiciário imaginam que estão atribuindo um “direito subjetivo” aos autores, aplicando o “direito” ao caso concreto, numa espécie de execução de uma ilusão (como disseram Sunstein e Holmes), ou mais correntemente “pensamento mágico”, onde não haveria finitude de recursos financeiros, e não existiria reserva do possível.

Entretanto, cada decisão judicial específica nesse tipo de ação causa uma melhora muito pouco significativa para o autor (em regra, infelizmente, são pessoas portadoras de doenças incuráveis) e um manifesto preju-

46 In SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *O custo dos direitos*: por que a liberdade depende dos impostos. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019, Edição do Kindle, p. 114-117.

47 “[...] não existe nada mais forte do que estes dois soldados: paciência e tempo [...]”. In TOLSTÓI, Liev. *Guerra e paz*. Tradução Rubens Figueiredo. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, Edição do Kindle, posição 19.987.

48 In BERLIN, Isaiah. *The hedgehog and the fox: an essay on Tolstoy’s view of history*. 2. ed. London: Orion, 2014, Edição do Kindle, p. 21 e 27-28.

ízo para toda a estrutura do SUS e os milhões de outros usuários que possuem doenças suscetíveis de cura, mas eventualmente não recebem o tratamento e os medicamentos adequados, por insuficiência financeira do sistema, que vê suas verbas destinadas, por determinação judicial, para tratamentos não prioritários. Ressalte-se: não prioritários sob o ponto de vista do órgão técnico da nação especializado na temática, que possui capacidade, experiência e conhecimento técnico para lidar da forma mais apropriada com o assunto.

Aliás, vale um comentário adicional sobre esse tema, para melhor ilustração: durante a pandemia de Covid-19 houve grande discussão sobre a prescrição de medicamentos ineficazes⁴⁹ para o tratamento da nova enfermidade, notadamente cloroquina e ivermectina, o que foi objeto até de CPI no Senado Federal.

Em diversas ações sobre o fornecimento de medicamentos de alto custo existe parecer do órgão técnico competente indicando que o medicamento pleiteado não cumpre o requisito custo-benefício e alguns pareceres, até mesmo, fazem contraindicação direta, manifesta, frontal, para o fornecimento do medicamento de alto custo para o tratamento de determinadas doenças, calcados na pura e simples ineficácia do fármaco.

Mesmo assim temos visto que o Judiciário costuma determinar o fornecimento do medicamento, com base na prescrição exclusiva do médico particular da parte autora da ação.

Essa situação, no limite, não difere muito das infelizes recomendações de medicamentos ineficazes⁵⁰ contra Covid-19.

49 “A banana é a fruta mais limpa, pois pela casca é protegida de insetos, de vermes, assim como de bacilos. Excluem-se os insetos, vermes e bacilos que penetram na casca”. In DÖBLIN, Alfred. *Berlin Alexanderplatz*. Tradução Irene Aron. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Edição do Kindle, p. 178.

50 “[...] as massas nunca tiveram a sede da verdade. Reque-

Essas modalidades de decisão também caracterizam uma atuação indevida do Judiciário, haja vista que interferem em políticas públicas, campo que deveria ser alienígena para o braço judiciário do Estado.

Por fim, devem ser mencionadas também as decisões judiciais que tentam “corrigir” o Direito pela moral, regredindo alguns séculos no tempo, como forma de atuação indevida do Poder Judiciário.

Com a devida vênia, são claros exemplos dessa tentativa de “correção” do Direito pela moral, com usurpação de função específica e exclusiva do Poder Legislativo, a criação de um tipo penal pelo STF na ADO 26/DF e MI 4733/DF (homofobia), bem com a criação de hipóteses de imprescritibilidade, também pelo STF, tal como no HC 154.248 (injúria racial equiparada a racismo).

Para terminar bem, uma citação de Eros Grau:

[...] Isto é necessário afirmar bem alto: os juízes aplicam o direito, os juízes não fazem justiça! Vamos à Faculdade de Direito aprender direito, não justiça. Justiça é com a religião, a filosofia, a história [...] Explicitando: juízes decidem (= devem decidir) não subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça, mas aplicando o direito (a Constituição e as leis)⁵¹.

rem ilusões, às quais não podem renunciar. Nelas o irreal tem primazia sobre o real, o que não é verdadeiro as influencia quase tão fortemente quanto o verdadeiro. Elas têm a visível tendência de não fazer distinção entre os dois”. In FREUD, Sigmund. *Freud (1920-1923)* - Obras completas volume 15: psicologia das massas e análise do eu e outros textos. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, Edição do Kindle, p. 15.

51 In GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. Coimbra: Almedina, 2020, Edição do Kindle, p. 13-14.

2. Conclusão

Não entendo nada de esculturas.

Mas sempre achei curiosa a estátua “o pensador” de Auguste Rodin.

Há alguns anos, ao visitar o museu dedicado ao escultor, fiquei muito surpreso ao saber que a escultura “o pensador” não é uma peça autônoma, singular, mas sim parte de uma composição grandiosa.

Informam, no museu, que o escultor Auguste Rodin concebeu a ideia, e recebeu a encomenda do trabalho, de realizar uma complexa obra composta por 180 (cento e oitenta) peças, denominada “a porta do inferno”⁵², que teria sido inspirada pela “Divina Comédia” de Dante Alighieri.

Algumas dessas 180 peças ficaram famosas de forma individual, separadamente da composição imaginada, sendo certo que uma delas é seguramente “o pensador”.

Na composição completa idealizada pelo escultor, “o pensador” situa-se na parte superior da “porta do inferno”, logo acima dos painéis da porta.

Há inúmeras teses e especulações sobre a razão de “o pensador” figurar na “porta do inferno” de Rodin.

Nenhuma das teses é reconhecida como autêntica, tendo em conta que não se tem conhecimento de uma explicação dada por Auguste Rodin para ter posicionado “o pensador” na “porta do inferno”.

A questão é que saber que “o pensador” está na “porta do inferno” muda a percepção e a concepção de quem havia fixado os olhos na estátua de forma isolada, e conseqüentemente altera o significado pessoal que a escultura

individualizada anteriormente transmitia para o observador⁵³.

Com as devidas variantes, é mais ou menos essa transfiguração que acontece com o significado do Poder Judiciário, enquanto poder do Estado, quando ele se imiscui em áreas que não são da sua alçada.

Se a interpretação dada pelos julgadores em determinada decisão for no sentido da aplicação do Direito pelo Direito, como se autossuficiente fosse, como se bastasse a si mesmo, sem guardar nenhuma deferência aos demais poderes, à realidade fiscal do país, à reserva do possível⁵⁴, se acarretar

53 “Os tubos velhos de iluminação do parque piscaram e se acenderam; uma longa barcaça marrom atravessava as águas cinzentas dirigindo-se ao mar. Sentei num banco, avaliando as minhas opções, e percebi a aproximação de uma mulher negra com o filho pequeno. O menino puxou a mãe até o gradil, e ali ficaram lado a lado, o menino com o braço em volta da perna dela, formando um vulto só ao crepúsculo. Por fim, o menino ergueu a cabeça parecendo perguntar alguma coisa. A mulher ergueu os ombros e o menino deu alguns passos em minha direção. ‘Com licença, senhor’, gritou o garoto. ‘O senhor sabe por que o rio às vezes corre para aquele lado e então às vezes vem desse lado?’ A mulher sorriu e balançou a cabeça, e eu falei que provavelmente era por causa das marés. O menino pareceu se satisfazer com a resposta e voltou para junto da mãe. Fiquei olhando enquanto os dois desapareciam na penumbra e me dei conta de que nunca percebera para que lado o rio corria. Uma semana depois, pus a bagagem no carro e fui para Chicago”. In OBAMA, Barack. *Sonhos do meu pai*. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, Edição do Kindle, p. 184-185.

54 “Para levar os direitos a sério, é preciso levar a sério a escassez de recursos. Os tribunais não estão bem situados para supervisionar o complexo processo de distribuição de recursos levado a cabo de maneira às vezes mais hábil, às vezes menos, pelos órgãos do poder executivo; também não têm condições de retificar os erros passados de distribuição. Os juízes não dispõem da formação adequada para desempenhar essas funções e necessariamente trabalham com fontes de informação insuficientes e parciais [...] Ao contrário do poder legislativo, o Judiciário trata sempre de um caso isolado. Por não serem capazes de lançar uma visão geral sobre um amplo espectro de

52 “Deixai, o vós, que entraís, toda a esperança!” In ALIGHIERI, Dante. *A divina comédia*. Tradução J. P. Xavier Pinheiro. São Paulo: Martin Claret, 2021, Edição do Kindle, p. 59.

a substituição da lei adotada pelas Casas Legislativas, pela vontade ou ideia pessoal do julgador ou, ainda, se a decisão judicial ensejar atuação em matéria reservada para políticas públicas, que devem ser conduzidas por pessoas com competência técnica e aptidão específica na área, o Poder Judiciário, ao atuar sem nenhuma forma de autocontenção, restará diminuído e não cumprirá sua função constitucional, enquanto poder do Estado, que é, a rigor, exclusivamente, de controle de constitucionalidade e legalidade dos eventuais excessos dos poderes Legislativo e Executivo. Não é função do Judiciário executar ou legislar diretamente, nem substituir a vontade dos agentes desses outros poderes por motivos egoístas ou mesquinhos inerentes ao julgador, e muito menos “corrigir” o Direito pela moral.

Não se pode descurar que o Direito, em última análise, deve servir à vida, deve existir em função da sociedade, e deve ser aplicado, sim, mormente, em vista do desenvolvimento do país.

necessidades sociais conflitantes e depois decidir quanto dinheiro destinar a cada uma, os juízes são institucionalmente impedidos de levar em conta as consequências distributivas de suas decisões, consequências essas que às vezes podem ser graves. E não é fácil para eles descobrir se o Estado realmente cometeu um erro ao concluir previamente que o melhor seria distribuir seus recursos para os casos A, B e C e não para o caso D – mesmo que no fim se revele que o caso D resultou numa calamidade [...]”. In SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *O custo dos direitos*: por que a liberdade depende dos impostos. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019, Edição do Kindle, p. 89.

Referências

- ALIGHIERI, Dante. *A divina comédia*. Tradução J. P. Xavier Pinheiro. São Paulo: Martin Claret, 2021, Edição do Kindle.
- BERLIN, Isaiah. *The hedgehog and the fox: an essay on Tolstoy's view of history*. 2. ed. London: Orion, 2014, Edição do Kindle.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 8. ed. Brasília: OAB Editora, 2006.
- CARDOSO, Fernando Henrique. *Um intelectual na política: memórias*. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, Edição do Kindle.
- CHERNOW, Ron. *Alexander Hamilton*. Tradução Donaldson M. Garschagen e Renata Guerra. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, Edição do Kindle.
- DICKENS, Charles. *Grandes esperanças*. Tradução Paulo Henriques Britto. São Paulo: Penguin, 2012, Edição do Kindle.
- DÖBLIN, Alfred. *Berlin Alexanderplatz*. Tradução Irene Aron. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Edição do Kindle.
- DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Memórias da Casa dos Mortos*. Tradução Oleg Almeida. São Paulo: Martin Claret, 2016.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FREUD, Sigmund. *Freud (1920-1923) - Obras completas volume 15: psicologia das massas e análise do eu e outros textos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, Edição do Kindle.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. Coimbra: Almedina, 2020, Edição do Kindle.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução, introdução e notas Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- LEPORE, Jill. *Estas verdades: a história da formação dos Estados Unidos*. Tradução André Czarnobai e Antenor Savoldi Jr. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, Edição do Kindle.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, Edição do Kindle.
- MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Tradução Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, Edição do Kindle.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral, introdução, pessoas físicas e jurídicas [atualizado por Vilson Rodrigues Alves]*. Campinas: Bookseller, 1999.
- OBAMA, Barack. *Sonhos do meu pai*. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, Edição do Kindle.
- OLIVON, Beatriz; BACELO, Joice. Derrotas em processos tributários podem custar R\$ 1,1 trilhão à União. *Valor Econômico*, 22 dez. 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/12/22/derrotas-em-processos-tributarios-podem-custar-r-11-trilhao-a-uniao.ghtml?GLBID=1a3abd8398>. Acesso em: 13 out. 2020.
- REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage, 2002, Edição do Kindle.
- ROSA, João Guimarães. *A hora e a vez de Augusto Matraga*. 1. ed. digital. São Paulo: Global Editora, 2020, Edição do Kindle.
- SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a lucidez*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, Edição do Kindle.
- SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1995, Edição do Kindle.
- SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019, Edição do Kindle.
- SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019, Edição do Kindle.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução Júlia da Rosa Simões. São Paulo: Edipro, 2019, Edição do Kindle.
- TOLSTÓI, Liev. *Anna Kariênina*. Tradução Rubens Figueiredo. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, Edição do Kindle.

Revista do TRF3 - Ano XXXIII - n. 153 - Abr./Jun. 2022

TOLSTÓI, Liev. *Guerra e paz*. Tradução Rubens Figueiredo. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, Edição do Kindle.

TOLSTÓI, Liev. *Ressurreição*. Tradução Rubens Figueiredo. São Paulo: Cosac Naify, 2010.