

ARENDT, HIRSCHL E O BRASIL: O JUDICIÁRIO BRASILEIRO COMO UM ATOR POLITICAMENTE ENGAJADO NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO

ARENDT, HIRSCHL AND BRAZIL: THE BRAZILIAN JUDICIARY AS A POLITICALLY ENGAGED ACTOR IN THE 30 YEARS OF THE CONSTITUTION⁹⁵

Jéssica Holl

Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Graduada em Direito pela UFMG. Bolsista CNPq. Pesquisadora do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG (<http://cjt.ufmg.br>). Membro do Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição – IDEJUST.

Recebimento: 30/03/2018

Aprovação: 16/08/2018

Como citar este artigo:

Arendt, Hirschl e o Brasil: o judiciário brasileiro como um ator politicamente engajado nos 30 anos da constituição. HOLL, Jéssica. In: **Revive** – Revista de Ciências do Estado, Belo Horizonte, v.3, n.2, p. 215-233, jun./dez.2018. ISSN 2525-8036.

RESUMO: O presente trabalho pretende estabelecer uma contraposição entre a expectativa de Hannah Arendt, para quem o Poder Judiciário representaria o locus da verdade em oposição à mentira absoluta que teria encontrado sua hipertrofia na política, e a ideia de juristocracia desenvolvida por Ran Hirschl, com base na atuação do judiciário brasileiro. Para tanto, inicialmente é trabalhada a teoria de Arendt sobre o judiciário como *locus* da verdade. Na sequência são apresentados os principais elementos constitutivos da teoria da juristocracia de Hirschl e sobre como

⁹⁵ O presente artigo foi desenvolvido a partir dos trabalhos realizados nas disciplinas “Temas de Direito Constitucional Comparado: Poder Judiciário e Autoritarismo - Perspectiva comparada e análise do caso brasileiro” oferecida pelo Prof. Dr. Emilio Peluso Neder Meyer, no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, no 1º semestre de 2017 e “Temas de Filosofia do Direito: Questões de Responsabilidade (Direito, Política, Democracia) - Arendt e Derrida sobre a mentira na política” oferecida pela Profa. Dra. Theresa Calvet no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, no 1º semestre de 2017. Agradeço a todas e todos que participaram das discussões nas duas disciplinas e contribuíram com os debates que proporcionaram a elaboração do presente trabalho, especialmente o Prof. Dr. Emilio Peluso Neder Meyer e a Profa. Dra. Theresa Calvet. Agradeço também ao Felipe Guimarães Assis Tirado pelos constantes diálogos e reflexões sobre a estruturação de uma juristocracia no Brasil e aos pareceristas da REVIVE, pelas contribuições.

ocorre um alinhamento do poder judiciário com as elites econômicas e políticas. Por fim, é feita uma análise de como a atuação do judiciário brasileiro, em especial o Supremo Tribunal Federal no momento em que a Constituição Brasileira celebra 30 anos, representa, mais do que o engajamento político da instituição, mas seu alinhamento com os interesses das elites política e econômica do país.

PALAVRAS-CHAVE: Judiciário. Juristocracia. Hannah Arendt. Ran Hirschl. Brasil.

ABSTRACT: The present work intends to establish a counterpoint between the expectation of Hannah Arendt, for whom the Judiciary would represent the *locus* of truth in opposition to the absolute lie that would have found its hypertrophy in politics, and the idea of juristocracy developed by Ran Hirschl, based on the performance of the Brazilian judiciary. To that end, Arendt's theory of the judiciary as the *locus* of truth is initially developed. Following are the main constituent elements of Hirschl's theory of juristocracy and how an alignment of the judiciary with economic and political elites occurs. Finally, it is made an analysis of how the performance of the Brazilian judiciary, specially the Brazilian Supreme Court, at the moment in which the Brazilian Constitution celebrates 30 years, represents, rather than the political engagement of the institution, its alignment with the interests of the country's political and economic elites.

KEYWORDS: Judiciary. Juristocracy. Hannah Arendt. Ran Hirschl. Brazil.

INTRODUÇÃO

O debate sobre a existência, ou não, de uma função política no judiciário perpassa gerações e tem se tornado cada dia mais presente na agenda de discussões, uma vez que tem se verificado um número crescente de direitos fundamentais que só são efetivados por meio dos tribunais, especialmente aqueles concernentes a grupos minoritários. Mas até que ponto o judiciário deveria ser um *locus* de atuação política? Em o judiciário possuindo uma atuação política, é possível que ela ganhe centralidade em suas funções? Essa atuação política do judiciário limita-se ao reconhecimento de direitos fundamentais?

Essas são algumas questões que aparecem ao serem contrapostos os discursos de Hannah Arendt, para quem o judiciário representaria um contraponto à política, e de Ran Hirschl, que observa no judiciário um agente predisposto a aliar-se com outras elites a fim de realizar objetivos próprios. Essas questões também são centrais ao debate político-jurídico brasileiro, em que a

atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) ganha destaque ao intervir diretamente em matérias de interesse da sociedade e ao influir nas atuais disputas políticas. A atuação que o STF vem apresentando desde o início dos anos 2000 levanta alguns questionamentos sobre quais são os bens efetivamente tutelados pelo Tribunal e, principalmente, para quem eles são assegurados.

Desse modo, no momento em que a Constituição Federal completa 30 anos, são muitas as questões levantadas sobre o papel que vem sendo desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, que detém a última responsabilidade de avaliar a constitucionalidade de leis e atos da administração pública (sem que aqui se desconsidere o papel do controle de constitucionalidade difuso). Nesse sentido, o presente artigo pretende contrapor as perspectivas de Arendt e Hirschl, a partir da experiência do Supremo Tribunal Federal, considerando sua atuação em casos que ganharam maior repercussão pública no advento da Constituição de 1988, especialmente nos anos 2000. O objetivo final deste trabalho é questionar se de fato seria possível uma separação entre a esfera jurídica e a política, entre a verdade e a mentira absoluta, como proposto por Arendt, ou se há uma interligação necessária entre essas esferas, fomentada por interesses comuns das elites de um Estado.

Frisa-se que não se pretende apresentar uma discussão que esgote os trabalhos desenvolvidos por Arendt, especialmente em razão da extensão e amplitude de sua obra. Aqui, será problematizado o momento específico em que a autora encontra no judiciário o locus da verdade. Assim, a partir de considerações sobre a mentira na política e a verdade no judiciário levantadas por Arendt, buscar-se-á a estabelecer uma contraposição com base na obra de Ran Hirschl, para então estudar o caso brasileiro.

ARENDT E OS ESPAÇOS DE VERDADE NA SOCIEDADE MODERNA

A questão da mentira e, conseqüentemente, da verdade sempre permeia as discussões jurídicas e filosóficas. Kant, Constant, Arendt, Derrida, Koyré, Jay são apenas alguns dos filósofos que se propuseram a discorrer sobre a mentira, tendo como ponto em comum o fato de a considerarem a partir de uma perspectiva jurídico-política, isto é, trabalharam a temática da mentira subjacente ao encontro do Direito com o político, ou da justiça com a política. Nesse campo, o trabalho de Hannah Arendt ganha especial destaque, uma vez que ela reconhece na modernidade o que chamou de mentira absoluta e em face dessa hipertrofia da mentira encontrou no judiciário e na universidade os espaços apolíticos, em que residiria a verdade. A fim de melhor compreender o que Arendt esperava do judiciário, inicialmente é necessário perpassar seu conceito de mentira absoluta e a relação por ela estabelecida entre a mentira e a política.

De acordo com Derrida, Arendt estabelece uma diferenciação entre a mentira tradicional e a mentira moderna:

[Uma] mutação estaria em curso na história de ambos, do conceito e da prática da mentira. Somente na nossa modernidade, de acordo com Arendt, a mentira atingiu seu limite absoluto e tornou-se completa e final. Ascensão e triunfo da mentira. [...] Hannah Arendt [...] diagnostica na arena política um crescimento hiperbólico da mentira, sua hipertrofia, sua passagem ao extremo, em suma, a mentira absoluta: não conhecimento absoluto como no final da história, mas a história como a conversão à mentira absoluta (DERRIDA, 2002, p. 40).⁹⁶

A mentira moderna teria, então, como principal característica não a ocultação da verdade conhecida, mas a sua completa destruição. Como apresentado por Martin Jay (2006, p.8) “[...] o período moderno é baseado na substituição do simulacro completo pela crença em uma realidade que existe e pode ser escondida”⁹⁷. Portanto, a mentira absoluta traria um gravame a mais do que a mentira em seu conceito franco⁹⁸, que pode ser compreendido a partir da amplitude em que a mentira passa a existir quando se torna absoluta. Nesse caso não há apenas um indivíduo que objetiva enganar um interlocutor, nem mesmo um grupo de indivíduos que objetiva enganar um grupo de interlocutores. A mentira passa a afetar toda a sociedade, especialmente a política.

Em seu texto *Truth and Politics*⁹⁹, Arendt retoma a discussão sobre a relação entre a mentira e a verdade e a política, novamente destacando como a política é eminentemente o locus da mentira. Em contra-ponto a essa colocação, a autora identifica, como uma proposta otimista, o judiciário e a universidade, como espaços à parte da política e, portanto, como o locus da verdade.

⁹⁶ Tradução livre do original em inglês: “[A] mutation would be at work in the history of both the concept and the practice of lying. Only in our modernity, according to Arendt, has the lie attained its absolute limit and become complete and final. [...] Hannah Arendt, [...], diagnoses in the political arena a hyperbolic growth of the lie, its hypertrophy, its passage to the extreme, in short, the absolute lie: not absolute knowledge as the end of history, but history as conversion to the absolute lie”.

⁹⁷ Tradução livre do original em inglês: “[...] the modern period is based on the substitution of simulacra ‘all the way down’ for a belief in a reality that exists and can then be hidden”.

⁹⁸ De acordo com Derrida, a mentira, em seu conceito franco, consiste em um ato intencional, em que o interlocutor dirige-se a outrem narrando como se veraz fosse aquilo que ele sabe ser total ou parcialmente falso (DERRIDA, 2002, p. 34).

⁹⁹ Originalmente publicado no *The New Yorker* em 25 de fevereiro de 1967 e na sequência publicado no livro *Between Past and Future: Eight Exercises in Political Thought*. New York: Viking Press, 1968, p. 227-264.

É quase natural que nós nos tornemos conscientes da natureza não-política, e até mesmo anti-política, da verdade - *Fiat veritas, et pereat mundus* - somente em caso de conflito, e eu ressaltei até o momento esse lado da questão. Mas isso não poderia contar toda a estória. Deixa de levar em conta certas instituições públicas, estabelecidas e apoiadas pelos poderes que são, em si, contrários a todas as regras políticas e nos quais a verdade e a veracidade sempre constituíram o critério mais elevado de fala e esforço. Entre essas nos encontramos notadamente o judiciário, que, tanto enquanto ramo do governo ou enquanto administrador direto da justiça é cuidadosamente protegido do poder social e político, assim como instituições de ensino superior às quais o Estado confia a educação de seus futuros cidadãos. [...] *A esfera política reconheceu que precisava de uma instituição à parte da luta pelo poder em adição à imparcialidade exigida pela administração da justiça*; para o que é de grande importância se esses locais de ensino superior estão nas mãos de agentes públicos ou privados; não apenas a sua integridade, mas a sua simples existência dependem, de qualquer forma, da boa vontade do governo. Verdades não muito bem vindas emergiram das universidades, e julgamentos não muito bem vindos foram proferidos pelos tribunais de tempos em tempos; e essas instituições, como outros refúgios da verdade, ficaram expostas a todos os perigos oriundos do poder social e político. Ainda assim as chances da verdade prevalecer no público são, certamente, consideravelmente aperfeiçoadas pela simples existência desses locais e pela organização de acadêmicos independentes e supostamente desinteressados com eles. *E dificilmente pode ser negado que, ao menos em países constitucionalmente regidos, a esfera política reconheceu, mesmo no caso de conflito, que há um ponto na existência dos homens e das instituições sobre o qual ela não detém poder* (grifamos) (ARENDR, 2000, p. 571-572).¹⁰⁰

¹⁰⁰ Tradução livre do original em inglês: “It is quite natural that we become aware of the non-political and, potentially, even anti-political nature of truth — *Fiat veritas, et pereat mundus* — only in the event of conflict, and I have stressed up to now this side of the matter. But this cannot possibly tell the whole story. It leaves out of account certain public established and supported by the powers that be, in which, contrary to all political rules, truth and truthfulness have always constituted the highest criterion of speech and endeavor. Among these we find notably the judiciary, which either as a branch of government or as direct administration of justice is carefully protected against social and political power, as well as all institutions of higher learning, to which the state entrusts the education of its future citizens. [...] The political realm recognized that it needed an institution outside the power struggle in addition to the impartiality required in the administration of justice; for whether these places of higher learning are in private or in public hands is of no great importance; not only their integrity but their very existence depends upon the good will of the government anyway. Very unwelcome truths have emerged from the universities, and very un- welcome judgments have been handed down from the bench time and again; and these institutions, like other refuges of truth, have remained exposed to all the dangers arising from social and political power. Yet the chances for truth to prevail in public are, of course, greatly improved by the mere existence of such

Dessa forma, observa-se que Arendt considera tanto a esfera do judiciário, como a da universidade como sendo completamente alheias e blindadas em relação a qualquer luta política ou social. E mais do que isso, ela considera que o próprio poder político reconheceria sua incapacidade de influenciar essas esferas, especialmente no caso de Estados constitucionais. A ideia da estrutura constitucional como representante do reconhecimento por parte da esfera política da necessidade de uma instituição sobre a qual ela não detém influência é especialmente interessante. Será que de fato a esfera política reconhece a necessidade desse espaço não-político ou apenas reconhece a necessidade de criação de um espaço que aparente ser não-político? Afinal, grande parte da legitimidade do judiciário deriva do “reconhecimento” de seu caráter não-político e técnico. Mas, e se na verdade ele for mais uma instituição politicamente engajada que apenas se vale de uma manto de tecnicidade? Essa discussão será retomada na sequência, a partir das considerações sobre o trabalho de Ran Hirschl.

No que concerne à atuação política existente nas universidades, o presente trabalho não pretende aprofundar-se, uma vez que o objetivo é trabalhar a questão do judiciário como locus da verdade e, portanto, totalmente distanciado da política, ou, como será apresentado na sequência, do judiciário que na verdade se alia às elites políticas a fim de executar sua própria agenda de interesses. Ressalte-se apenas como é um tanto irônica a colocação de Arendt sobre as universidades: ao mesmo tempo em que ela reconhece que são elas as responsáveis pela formação dos futuros cidadãos de um país, ela as considera um ambiente não político, ou anti-político, por essência. Seria realmente possível a formação de cidadãos, no sentido material do termo, por um ambiente anti-político? Essa é uma questão a ser respondida em trabalhos futuros.

Voltando à questão da atuação do poder judiciário e sua relação (ou não relação, como pensava Arendt) com os poderes políticos, passar-se-á à análise da teoria de Ran Hirschl sobre a juristocracia e, na sequência, para uma reflexão sobre como o caso brasileiro pode contribuir para esse debate.

A JURISTOCRACIA DE RAN HIRSCHL

Ran Hirschl, em seu livro *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (2004), defende a tese acerca de uma rápida transição pela qual o mundo estaria atravessando em direção ao fenômeno que denomina juristocracia. Segundo o autor, uma

places and by the organization of independent, supposedly disinterested scholars, associated with them. And it can hardly be denied that, at least in constitutionally ruled countries, the political realm has recognized, even in the event of conflict, that it has a stake in the existence of men and institutions over which it has no power”.

juristocracia é caracterizada pela “quantidade de poder sem precedentes que é transferida das instituições representativas para judiciários” (HIRSCHL, 2004, p. 1). Para desenvolver sua tese, o autor apresenta a visão hegemônica de como judiciários, cortes e tribunais supranacionais passaram a ocupar um lugar privilegiado em relação à garantia e efetivação de direitos, após os processos de constitucionalização. Constitucionalizações, em tese, seriam decorrentes da necessidade de conferir proteção legal às minorias no contexto das democracias contemporâneas. Democracias essas que estabelecem direitos “na forma de uma constituição escrita, que nem mesmo um parlamento democraticamente eleito poderia alterar” (HIRSCHL, 2004, p. 2).

Para garantir e efetivar esses direitos seriam, então, necessários juízes que estão à parte das pressões da política partidária e então, como acreditaria Arendt, mais próximos da verdade, em oposição ao locus da mentira absoluta encontrado na política. Dessa forma, fora reforçada a crença de que os direitos judicialmente ratificados, por serem uma “força de mudança social afastados de constrangimentos impostos pelo poder político, [alcançam] um status quase sagrado do debate público” (HIRSCHL, 2004, p. 1)¹⁰¹. Essa seria uma forma de proteger as democracias das tiranias das maiorias e efetivar os direitos das minorias pelo controle judicial e de constitucionalidade (no mínimo, de acordo com as teorias largamente difundidas).

Seguindo essa lógica, o recente movimento em defesa da constitucionalização e do controle judicial de constitucionalidade seria a forma das comunidades políticas estabelecerem um “compromisso arraigado” com a proteção de direitos e liberdades civis, de forma a resguardar as minorias da vontade tirânica de maiorias políticas. Da mesma forma, o déficit democrático das cortes seria necessário à efetivação da democracia, o que o reconciliaria com a vontade da maioria e de seus representantes eleitos. Assim, os estudos sobre os processos de constitucionalização de direitos expõem o fenômeno como “medidas de difusão de poder associadas com valores liberais e/ou igualitários” e como “reflexo de mudanças sociais e políticas progressistas” (HIRSCHL, 2004, p. 2).

Entretanto, segundo Hirschl, mesmo aqueles que criticam o caráter “absolutamente bom” desses processos de constitucionalização perdem de vista, em grande medida, as origens políticas e as consequências do empoderamento do judiciário durante estes processos. Os críticos focam especialmente em questões normativas relativas aos processos, como o caráter contra majoritário do controle de constitucionalidade e o déficit democrático de se transferir prerrogativas do parlamento ao judiciário (HIRSCHL, 2004, p. 3). Dessa forma, o autor defende que a única forma

¹⁰¹ Tradução livre do original em inglês: “[The belief that judicially affirmed rights are] a force of social change removed from the constraints of political power has attained near-sacred status in public discussion”.

de se estabelecer uma conclusão acerca do papel das cortes, em relação ao papel que desempenham em uma democracia, seria por meio da análise empírica do resultado que alcançam, e se este é, de fato, compatível ao esperado (HIRSCHL, 2004, p. 3).

Com o objetivo de analisar as origens políticas e as consequências dos processos de constitucionalização de direitos, Hirschl propõe em seu estudo a análise desses processos em quatro países: Canadá, por meio da adoção da Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982; Nova Zelândia, que promulgara o Ato de Declaração de Direitos da Nova Zelândia em 1990; Israel, que adotara duas novas Leis Básicas sobre defesa de liberdades civis em 1992; e, por fim, a África do Sul, por meio da Declaração de Direitos provisória (1993), bem como a Declaração de Direitos efetiva (1996) e a formação da Corte Constitucional em 1995 (HIRSCHL, 2004, p. 4). E sua investigação parte de três questões principais (HIRSCHL, 2004, p. 5): (1) quais as origens políticas da recente tendência à constitucionalização e quanto da expansão do poder judicial através desses processos é devida a uma real revolução progressista nas comunidades políticas, ou se esses processos não passam de uma forma de resolver conflitos preexistentes; (2) qual o verdadeiro impacto dessas constitucionalizações de direitos e do fortalecimento do controle de constitucionalidade pelas cortes na efetivação de noções progressistas de justiça distributiva e os efeitos extrajudiciais decorrentes; e (3) quais as consequências políticas do empoderamento do judiciário através dos processos de constitucionalização, e as implicações da decorrente judicialização da política para os governos democráticos contemporâneos.

No que interessa ao presente trabalho, cumpre destacar a tese defendida por Hirschl acerca de uma perspectiva realista e estratégica sobre o empoderamento do judiciário, que tem como foco a variedade de incentivos que atuam sobre os agentes que detêm o poder e os motivam a prestarem deferência ao judiciário. Assim, o autor parte de quatro pressupostos iniciais (HIRSCHL, 2004, p. 38-39):

1. A deferência do poder legislativo ao judiciário e o crescimento do poder do judiciário pela constitucionalização de direitos não ocorre à parte dos aspectos sociais, políticos e econômicos que moldam o sistema político; [...]

2. É importante que sejam considerados os fatos que *não* ocorreram e as escolhas políticas que *não* foram feitas pelos agentes políticos ao longo do processo de constitucionalização de direitos; [...]

3. As instituições políticas e judiciais produzem diferentes efeitos distributivos: elas privilegiam alguns grupos e indivíduos em detrimento de outros. [...]

4. A auto-limitação voluntária pela transferência da autoridade de elaborar políticas das arenas majoritárias de tomada de decisões políticas para as cortes parece,

prima facie, ir contra os interesses dos detentores do poder no legislativo e executivo. Portanto, a única explicação para esse fato seria a de que os agentes políticos que apresentam, ou não impedem, as reformas constitucionais calculam que lhes será favorável abdicar pelos limites impostos pelo crescimento da intervenção judicial na esfera política. (grifos no original)¹⁰²

Nesse sentido, expansão do poder do judiciário pode ser benéfica aos agentes políticos que inicialmente detém o poder decisional, quando surgem disputas em que eles consideram pouco desejável a abertura ao debate público, uma vez que elas consistem em dilemas políticos *no-win* (HIRSCHL, 2004, p. 39). O mesmo ocorre quando os políticos objetivam atrair a opinião pública para o seu lado baseando-se na imagem das cortes superiores como órgãos decisoriais apolíticos ou quando não obteriam resultados favoráveis em espaços de debate como o legislativo e, por isso, recorrem ao judiciário (HIRSCHL, 2004, p. 40).

Hirschl afirma (2004, p. 40) que os agentes políticos que intencionam abrir mão de parte de seus poderes com o crescimento do poder do judiciário devem considerar que sua situação irá melhorar em uma juristocracia. E essa consideração, sendo guiada por um pensamento político estratégico, pode adquirir uma forma tênue ou densa.

A versão tênue é baseada na lógica baseada dos partidos eleitorais em um *mercado eleitoral* para explicar o crescimento do poder do judiciário (HIRSCHL, 2004, p. 40). Nessa perspectiva, a ameaça potencial de instabilidade e perda de ganhos e poder resulta no fomento ao aumento do poder do judiciário, em paralelo com o legislativo. No modelo do *mercado eleitoral*, a independência do poder judiciário está correlacionada com a competitividade de um partido político no sistema eleitoral. Assim, quando um partido político tem a expectativa de se manter no poder elegendando-se repetidamente, o empoderamento do judiciário é baixo. Contudo, quando um partido

¹⁰² Tradução livre do original em inglês: “First, legislative deference to the judiciary and judicial empowerment through constitutionalization do not develop separately from the concrete social, political, and economic struggles that shape a given political system. [...] Second, [...] it is important to take into account events that did *not* occur and the motivation of political power-holders for *not* behaving in certain ways. [...] Third, political and legal institutions produce differential distributive effects: they privilege some groups and individuals over others. [...] And fourth, [...] the voluntary self-limitation through the transfer of policy-making authority from majoritarian decision-making arenas to courts seems, *prima facie*, to run counter to the interests of power holders in legislatures and executives. Unless proven otherwise, the most plausible explanation for voluntary, self-imposed judicial empowerment is therefore that political, economic and legal power-holders who either initiate or refrain from blocking such reforms estimates that they will serve their interests to abide by the limits imposed by increased judicial intervention in the political sphere”.

que está momentaneamente no poder tem baixa expectativa de se manter no poder, é mais provável que ele fomente um judiciário autônomo, independente, de forma a garantir que o partido adversário não possa utilizar o judiciário para implementar suas próprias políticas (HIRSCHL, 2004, p. 41).

Essa teoria é ainda aplicável quando se analisa os casos de elaboração da Constituição em períodos de transição. Nesse cenário transicional, os atores políticos que estiveram no poder durante todo o período anterior esperam perder o poder, ou no mínimo sua hegemonia, e, por isso, tendem a fomentar o controle constitucional, a fim de assegurar a proteção de seus interesses futuramente (HIRSCHL, 2004, p. 41). Nesse ponto, o autor pondera que o modelo do “mercado eleitoral”, enquanto explicação estratégica tênue, contribui para a compreensão das condições de facilitam o empoderamento do poder judiciário, especialmente em momentos de transição, mas que, contudo, esse modelo não é suficiente para uma plena compreensão do fenômeno da constitucionalização de direitos e da implementação do controle de constitucionalidade. Esse modelo também apresenta uma visão restrita da política, como sendo limitada ao mercado eleitoral, o que não permite uma compreensão da realidade de países étnica e culturalmente divididos. E também é ignorado por esse modelo os atores econômicos detentores de poder e as contribuições das próprias elites judiciais para as transformações constitucionais (HIRSCHL, 2004, p. 42-43).

Para responder às lacunas da explicação tênue, Hirschl apresenta como necessária a proposição de uma explicação densa, que englobe o comportamento dos demais agentes envolvidos, incluindo a elite econômica e a elite judiciária. Essa explicação consiste na *Tese da Preservação Hegemônica* (HIRSCHL, 2004, p. 43), segundo a qual a constitucionalização de direitos é melhor compreendida como um produto da atuação estratégica de três atores: a elite política ameaçada, que objetiva manter-se no poder, ou aumentar seu poder, isolando o processo de elaboração de políticas dos vícios do processo democrático; a elite econômica que percebe a constitucionalização de certas liberdades econômicas como forma de promover sua agenda neoliberal com mercados abertos, economia desregulada, anti-estatismo e anti-coletivismo; e a elite judicial, junto com as cortes superiores, que objetiva ampliar sua influência política e sua reputação internacional.

Desse modo, são as elites política, econômica e judicial que, atuando em conjunto, determinam a extensão, o momento e a natureza da reforma constitucional. Geralmente, as elites pró-constitucionalização são formadas por elementos das elites urbanas, ligados à prática do Direito, com um relativo poder econômico, de modo a simpatizarem com as pautas relacionadas aos mercados abertos, à igualdade formal e às liberdades individuais (HIRSCHL, 2004, p. 44).

E esse tipo de preservação hegemônica através da constitucionalização de direitos ou do empoderamento do poder judiciário, motivado por interesses próprios é propenso de acontecer

quando (HIRSCHL, 2004, p. 44): (a) a reputação do judiciário pelo seu profissionalismo, imparcialidade política e retidão é alta; (b) o processo de indicação dos juízes que compõem as altas cortes é controlado pelas elites políticas hegemônicas; e (c) a jurisprudência das altas cortes reflete as propensões culturais e políticas das elites políticas. Quando essas características são encontradas no meio político-jurídico, a utilização do aumento de poder do judiciário, como uma ferramenta de manutenção das elites políticas no poder, mostra-se um instrumento útil para isolar as opções políticas feitas pelas elites da pressão política popular, especialmente quando os mecanismos de participação política não estão dando suporte a essas políticas das elites políticas.

Toda essa sistemática de redistribuição de forças políticas poderá ser ativada quando os três principais atores envolvidos (as elites políticas, as elites econômicas e as elites judiciais) observarem na juristocracia a melhor alternativa para manterem ou ampliarem seus poderes. No que se refere às elites políticas, a auto-limitação de poderes estratégica pode lhes ser benéfica quando os limites impostos aos rivais políticos compensam os limites impostos a eles próprios (HIRSCHL, 2004, p. 46). No que se refere às elites econômicas, elas tendem a ver a constitucionalização de direitos, especificamente da liberdade, propriedade e mobilidade, como formas de remover a rigidez do mercado, promover a privatização e a desregulação econômica, ou de combater formas de governo que seriam vistas como a de um Estado excessivamente inchado. E o cenário econômico internacional poderia também influenciar as elites econômicas a advogarem pela constitucionalização de direitos e pela ampliação das liberdades econômicas (HIRSCHL, 2004, p. 46). A transferência de poder para o judiciário também mostra-se favorável às cortes superiores, interessadas em ampliar sua influência política e seu perfil internacional. A atuação estratégica das cortes superiores se manifesta em decisões de curto prazo, quando é analisado o meio político em que determinada sentença será proferida (HIRSCHL, 2004, p. 47), mas também em uma perspectiva mais a longo prazo, quando a Corte objetiva manter uma posição institucional em paralelo aos principais órgãos de definição de políticas (HIRSCHL, 2004, p. 48).

Portanto, o fator central no aumento do poder do judiciário através da constitucionalização é o apoio das elites políticas. As cortes superiores em regra tendem a almejam um papel de destaque na definição das políticas internas e no cenário internacional, bem como as elites econômicas tendem a estar dispostas a ampliarem as liberdades individuais e a abertura do mercado. Contudo, é a elite política que possui menor tendência a dar suporte à ampliação dos poderes do judiciário, uma vez que são os seus poderes que serão contidos, restando-lhe uma menor margem de manobra. Assim, é a elite política o catalizador inicial do processo de constitucionalização. Nesse sentido, a expansão do poder do judiciário através da constitucionalização de direitos e do

estabelecimento de um controle de constitucionalidade reflete a apropriação da retórica da justiça social por elites ameaçadas, de modo a manter sua própria posição no sistema político em questão (HIRSCHL, 2004, p. 49).

Dessa forma, o que se observa a partir dos processos de consolidação de uma juristocracia é um judiciário intimamente ligado e atuante no que concerne às questões políticas, disposto a aliar-se às elites políticas e econômicas, ao invés de atuar como um freio à sua atuação. Tudo isso por detrás de um discurso de proteção dos interesses das minorias e de atuação em favor da democracia.

A JURISTOCRACIA BRASILEIRA

A partir das considerações anteriores, observa-se que a conclusão obtida por Arendt quanto ao caráter apolítico do judiciário opõe-se diametralmente à tese da juristocracia de Hirschl. O que se pretende demonstrar agora é que o comportamento do Supremo Tribunal Federal, considerando sua atuação em casos que ganharam maior repercussão pública no advento da Constituição de 1988, especialmente nos anos 2000, corrobora com a ideia de Hirschl sobre a conformação de uma juristocracia sob o discurso da efetivação dos direitos das minorias e não com a concepção de um organismo apolítico, como visto em Arendt.

Durante a Assembleia Constituinte (1987/1988), o STF utilizou-se de sua influência política e do discurso acerca da constitucionalidade para manter, e até ampliar, o seu poder político. De acordo com Carvalho (2017, p. 41) “a noção de que o tribunal era um *terceiro* pacificador do regime da separação de poderes era compreendida ao lado, e sem contradição, da sua localização *entre os demais poderes*”. O que foi facilitado pela significativa presença de juristas (ainda que não atuantes na área). A Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, convocada pelo decreto n. 91.450/1985 (Comissão Afonso Arinos) era integrada por 32 bacharéis em direito, dentre os seus 49 membros e dos 559 parlamentares que compunham o Congresso Constituinte 243 tinham formação jurídica, o que corresponde a 43,5% dos parlamentares (CARVALHO, 2017, p. 39-40). Essa composição, fortemente marcada por juristas, remete ao indicado por Ran Hirschl (2004, p. 44), acerca da formação similar dos membros das elites política, econômica e jurídica, geralmente em cursos relacionados ao Direito.

Contudo, ainda segundo Carvalho (2017, p. 44-45), as forças judiciais não dispunham da mesma influência que as oriundas do Executivo e do Legislativo, o que alguns relacionavam ao fato do judiciário não consistir em um agente eminentemente político e não dispor de toda a expertise para a defesa de suas prerrogativas. Não obstante, as significativas mudanças inicialmente propostas

pela Comissão de Notáveis foram fortemente rejeitadas pelos diversos setores do judiciário e acabaram ficando de fora do texto da Constituição de 1988.

O que se observa nesse contexto é uma aproximação do Judiciário com a discussão política, mas ainda sem que fosse estruturada completamente uma juristocracia. Como parte de um processo de transição, as elites que, então, encontravam-se no poder, recebiam uma perda de espaço político. Entretanto, por ter se tratado de uma transição fortemente controlada por essas mesmas forças, esse medo era menor do que o geralmente observado em outras transições. Somente com as eleições de 2002 é que tornou-se mais evidente que os grupos políticos até então de oposição, liderados pelo Partido dos Trabalhadores (PT), tinham chances reais de chegarem ao poder, de forma que, a partir de então, a juristocracia brasileira foi efetivamente ganhando forma.¹⁰³

Um primeiro indício dessa conformação está na publicização das seções do Supremo Tribunal Federal e de outros tribunais federais. A TV Justiça teve sua programação inaugural em 8 de agosto de 2002 e 6 dias depois foi transmitida pela primeira vez ao vivo uma sessão plenária do STF (STF, 2009a, p. 1). A criação da TV Senado foi sancionada no dia 17 de maio de 2002, pelo presidente do STF, então interino na Presidência da República, Min. Marco Aurélio (STF, 2009a, p. 1).

É interessante notar que de acordo com a Pesquisa Data Folha de Intenção de Voto, divulgada dia 7 de junho de 2002, o presidenciável Lula (PT) liderava com 40% das intenções de voto, sendo que o pré-candidato do PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira), que era o partido no poder desde a redemocratização, José Serra, estava em segundo lugar, com 21% das intenções de voto (DATA FOLHA, 2002a, p. 1). Em pesquisa do Data Folha divulgada em agosto

¹⁰³ Nesse ponto é importante destacar que há controvérsias sobre o momento político em que foi desencadeado o processo que levou à configuração da juristocracia brasileira. Emilio Peluso Neder Meyer confere centralidade ao momento que circundou o processo de impedimento de Dilma Rousseff, tendo as elites econômicas se sentido ameaçadas pelos programas de redistribuição de renda ou pela recusa do governo Dilma em financiar os interesses das elites econômicas (MEYER, 2018, p. 766). No presente trabalho entende-se que o alinhamento das elites de forma a estabelecer uma juristocracia já vinha sendo construído desde o início dos anos 2000, quando o Supremo Tribunal Federal começou a gradativamente ganhar um maior papel político. Naturalmente, em um primeiro momento esse papel ainda era incipiente e é na atual década que seu papel político torna-se mais evidente. E, como destacado por Meyer (2018), também é importante considerar o papel do judiciário brasileiro no processo de transição para a democracia e na elaboração da Constituição de 1988, para que se tenha um quadro mais amplo sobre sua atuação no cenário político-econômico brasileiro. Para uma maior discussão nesse sentido ver: MEYER, Emilio Peluso Neder. Judges and Courts Destabilizing Constitutionalism: The Brazilian Judiciary Branch's Political and Authoritarian Character. In. *German Law Journal*. Vol. 19 No. 04. (2018). p. 727-768.

(cerca de 15 dias após a primeira transmissão ao vivo de uma sessão do STF), Lula continuava em primeiro lugar, agora com 37% das intenções de voto e os candidatos Ciro Gomes e José Serra dividiam o segundo lugar, com 20% e 19%, respectivamente, das intenções de voto (DATA FOLHA, 2002b, p. 1).

Uma medida como a publicização das sessões do principal órgão judicial do país não seria, a princípio, considerada questionável, uma vez que permitiria uma maior transparência na atuação da administração pública, especificamente na atuação judicial. Por outro lado, esse maior acesso da população às decisões do STF dificultaria a utilização política do Tribunal pelos grupos políticos adversários, caso o candidato Lula fosse eleito (o que as pesquisas indicavam ser o mais provável). Ran Hirschl já havia ressaltado como, a partir da perspectiva do mercado eleitoral, a imposição de certas restrições à própria atuação política pode ser uma escolha interessante para o grupo político no poder, na medida em que também fosse imposto um ônus semelhante ao grupo político adversário.

Ademais, a publicização das sessões do STF favoreceu uma aproximação do Tribunal com a sociedade, o que nos anos seguintes contribuiu para que temáticas levantadas perante o STF tornassem-se alvo de intenso debate social e para que questões sociais controversas (especialmente as do tipo *no win*, como descrito por Hirschl) também fossem levadas ao STF. Note-se que a decisão final do Supremo Tribunal Federal sobre esses assuntos tem sido, no geral, socialmente aceita como a melhor decisão tecnicamente possível.

Nesse sentido, cumpre destacar as seguintes decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal que ganharam significativa repercussão social: (a) em junho de 2009, houve o julgamento do Recurso Extraordinário n. 511.961, que reconheceu como inconstitucional a exigência de diploma universitário para o exercício da profissão de jornalista (STF, 2009b, p. 1); (b) em novembro de 2009, houve o julgamento dos Recursos Extraordinários n. 349.703 e n. 466.343 e do *Habeas Corpus* n. 87.585, que alterou o entendimento do Tribunal, reconhecendo a impossibilidade de prisão de depositário infiel, de acordo com o Pacto San José da Costa Rica (STF, 2009c, p. 1); (c) em abril de 2010, houve o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, que reconheceu como válida a Lei de Anistia, Lei n. 6.683/79 (STF, 2010, p. 1); (d) em maio de 2011, houve o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, que reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo (STF, 2011, p. 1); (e) em abril de 2012, houve o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54, que reconheceu a possibilidade de aborto de fetos anencéfalos (STF, 2012, p. 1); (f) em 2014 foram concluídos os julgamentos referentes ao caso do

Mensalão, os primeiros a levarem a matéria da corrupção ao STF, julgamentos esses que se iniciaram em 2012; e (g) em outubro de 2016, houve o julgamento dos pedidos de antecipação de tutela nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44, reconhecendo a possibilidade de execução da pena após a condenação em segunda instância — matéria essa que voltou a ser tema de discussão em face do *Habeas Corpus* 152752 apresentado pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em vista de sua condenação em segunda instância, e foi julgado improcedente em abril de 2018. Novamente, destaca-se que o presente trabalho não está entrando no mérito das decisões não tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, isto é, das matérias que não são colocadas em pauta de votação, como os Embargos de Declaração na ADPF n. 153 apresentados após a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que considera inválida a lei de anistia brasileira ou o Mandado de Segurança n. 3441, referente ao processo de impedimento da ex-presidente Dilma Rousseff. Isso, uma vez que seria necessário um estudo mais aprofundado do tempo médio necessário para que cada processo seja colocado em pauta no STF para, então, buscar mapear aqueles casos que não são colocados em pauta e verificar se há similaridades entre eles.

O que essas decisões possuem em comum? Primeiramente as ações que foram consideradas procedentes são aqueles que asseguram direitos individuais, como a união estável a casais do mesmo sexo e a possibilidade de aborto de fetos anencéfalos. Quando elas propunham alguma alteração mais significativa na conformação do equilíbrio de forças políticas, como no caso da ADPF 153 que buscava o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei de Anistia, foram consideradas improcedentes. Ademais, a preocupação pela efetivação de direitos fundamentais, para além dos direitos individuais também não se mostrou muito presente, como no caso das ADCs 43 e 44, em que o STF manteve o entendimento recentemente desenvolvido sobre a possibilidade de execução da sentença após a condenação em segunda instância (e não necessariamente após o trânsito em julgado da sentença). Outro ponto comum é o fato dessas questões ou consistirem em temas *no win*, isto é, cujo debate em assembleia não traria vitória a nenhum grupo político, ou consistirem em temáticas que, se levadas para o debate democrático, não seriam aprovadas de acordo com os interesses das elites políticas.

O que se observa, então, são as características elencadas por Hirschl como conformadoras de uma juristocracia manifestas no Supremo Tribunal Federal brasileiro. Isso, considerando apenas as decisões efetivamente tomadas pelo STF, sem entrar no mérito das questões que os Ministros se furtam a colocar na pauta de votação do Tribunal (que remetem às decisões políticas que não são tomadas e suas motivações). Esse posicionamento demonstra uma evidente opção política do STF, e não um comportamento anti-político, como propunha Arendt. Note-se que um comportamento

apolítico também não implicaria em uma melhor proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros. Mas, o fato é que o alinhamento da elite judiciária, com as elites políticas e econômica não contribui materialmente para a efetivação dos direitos constitucionalmente previstos, ao contrário do anunciado pelo discurso legitimizador da juristocracia.

Os direitos individuais são oferecidos como uma concessão à população e como uma ferramenta para aumentar a credibilidade das cortes superiores, no caso do Supremo Tribunal Federal, como protetoras das garantias constitucionalmente previstas. Entretanto, para além dessa imagem superficial, tem-se um STF engajado com os interesses de uma elite política e econômica, que nada tem a ver os interesses do Estado ou dos cidadãos ou com o respeito e a deferência à Constituição de 1988. Ademais, não seria essa utilização dos direitos individuais como fachada para aparentar uma corte superior engajada com a proteção da constituição uma mentira ela mesma? O que, por conseguinte, afastaria a ideia de judiciário como *locus* da verdade, também defendida por Arendt.

CONCLUSÃO

Um judiciário anti-político, nos termos propostos por Arendt, ou encastelado sob “paredes de marfim” e distanciado da realidade política, econômica e social em que suas sentenças estão inseridas não tenderia a trazer muitos benefícios para a comunidade. Ao contrário, considerando as heranças e percursos comuns das elites econômicas, políticas e jurídicas — como já destacado por Hirschl — é razoavelmente possível que esse judiciário anti-político, e por isso descolado da realidade, acabasse aderindo a um posicionamento similar ao encontrado nas juristocracias. Isso, considerando que o descolamento da realidade política impediria a esse judiciário de Arendt uma consciência acerca dos impactos sociais de suas sentenças ou dos contextos em que seus julgamentos estão inseridos. Esse judiciário representaria a negação do Direito enquanto ciência social aplicada e por isso também imersa no político. Entretanto, estar imerso no político não significa o judiciário, ou o Direito, ceder às pressões políticas, mas conhecê-las, não negando sua existência, ao mesmo tempo em que se defende a primazia da justiça, a soberania constitucional e defende os interesses do Estado e dos cidadãos.

A partir do exposto acima, observa-se não apenas que o judiciário brasileiro não representa um contraponto para a política nacional, mas que ele está mais comprometido com a persecução de fins pessoais do que com a efetivação dos direitos previstos na Constituição de 1988. Sua atuação, apesar de sempre trazer a veste da efetivação de direitos fundamentais, apenas ocasionalmente

realmente promove esses direitos. E isso, apenas quando os interesses das elites nacionais (das elites políticas e econômicas) não são ameaçados.

Por mais que a proposta de Arendt, de um judiciário anti-político, não permitisse uma proteção material dos direitos fundamentais, o cenário brasileiro de um judiciário eminentemente político, de uma juristocracia que atua em nome de uma agenda própria, também não contribui para a efetivação da Constituição de 1988. Isso, porque, no caso da juristocracia brasileira, a elite judicial optou por encastelar-se, não ignorando o mundo político, mas ignorando as demandas que não compõem a pauta de interesses das elites que representa. Assim, o que se observa no Supremo Tribunal Federal é uma diversidade de decisões que escondem, sob o manto da proteção de direitos fundamentais, uma agenda política que pouco tem a ver com os interesses da população, mas apenas com os interesses das elites judicial, política e econômica.

REFERÊNCIAS

ARENDR, Hannah. Truth and Politics. In: BAEHR, Peter (Org.). *The Portable Hannah Arendt*. New York: Penguin Group, 2000, p. 545-575.

ARENDR, Hannah. Lying in Politics: Reflections on the Pentagon Papers. In: ARENDR, Hannah. *Crises of the Republic*. New York: Harcourt, Brace & Company, 1972, p. 1 - 47.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Juscorporativismo: os juízes e o judiciário na Assembleia Nacional Constituinte In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n. 114. jan./jun. 2017. Belo Horizonte, p. 31-77. Disponível em: <www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/424/401>. Acesso em 7/7/2017.

DATA FOLHA INSTITUTO DE PESQUISA. Serra Volta a se Isolar no Segundo Lugar. São Paulo: Data Folha Instituto de Pesquisa, 2002a. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/eleicoes/2002/06/1198874-serra-volta-a-se-isolar-no-segundo-lugar.shtml>>. Acesso em 8/7/2017.

DATA FOLHA INSTITUTO DE PESQUISA. Ciro, 20%, Divide Segundo Lugar com Serra, 19%; Lula Mantém Liderança com 37%. São Paulo: Data Folha Instituto de Pesquisa, 2002b. Disponível

em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/eleicoes/2002/08/1198889-ciro-20-divide-segundo-lugar-com-serra-19-lula-mantem-lideranca-com-37.shtml>>. Acesso em 8/7/2017.

DERRIDA, Jacques. History of the Lie: Prolegomena. In: DERRIDA, Jacques. *Without Alibi*. Stanford (California): Stanford University Press, 2002, p. 28-70.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Judges and Courts Destabilizing Constitutionalism: The Brazilian Judiciary Branch's Political and Authoritarian Character. In. *German Law Journal*. Vol. 19 No. 04. (2018). p. 727-768.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvad University Press, 2004.

JAY, Martin. *Pseudology: Derrida on Arendt and Lying in Politics*. Intitute for the Humanities working group on Modernity and Citizenship, 2006.

OLIVEIRA, Mariana. *Após um ano e meio e 69 sessões, STF conclui julgamento do Mensalão*. Brasília: Globo.com, 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2014/03/apos-um-ano-e-meio-e-69-sessoes-stf-conclui-julgamento-do-mensalao.html>>. Acesso em 8/7/2017.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inteiro Teor do Acórdão. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54*. Brasília-DF. Relator Min. Marco Aurelio. 12/04/2012. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-interruptao-gravidez-anencefalo.pdf>>. Acesso em 8/7/2017.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TV Justiça completa milésima transmissão de sessão plenária nesta quarta-feira (28). *Notícias STF*. 28 de outubro de 2009a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115369>>. Acesso em 8/7/2017.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Supremo decide que é inconstitucional a exigência de diploma para o exercício do jornalismo. *Notícias STF*. 17 de junho de 2009b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=109717>>. Acesso em 8/7/2017.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Depositário infiel: jurisprudência do STF muda e se adapta ao Pacto. *Notícias STF*. 23 de novembro de 2009c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116379>>. Acesso em 8/7/2017.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF é contra revisão da Lei da Anistia por sete votos a dois. *Notícias STF*. 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515>>. Acesso em 8/7/2017.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Supremo reconhece união homoafetiva. *Notícias STF*. 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em 8/7/2017.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. *Notícias STF*. 5 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em 8/7/2017.