

UMA ANÁLISE DA TESE DA SUPRALEGALIDADE E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO A PARTIR DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE 466343

Julio Pinheiro Faro¹

Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes²

Jackelline Fraga Pessanha³

Fecha de publicación: 01/10/2013

UN ANALISIS DE LA TESIS DE LA SUPRALEGALIDAD Y EL ORDEN JURÍDICO BRASILEÑO DESDE LA DECISIÓN DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EN EL RE 466343

Resumo: O artigo discute o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal brasileiro e o seu resultado no caso da decisão do RE 466.343-1/SP, cujo precedente paradigmático viola, de modo claro, a cláusula de separação dos poderes e usurpa a titularidade da soberania. Neste sentido, inicia-se o trabalho com uma análise crítica do RE 466.343-1/SP, trabalhando-se, em seguida, com a questão do ativismo judicial, destacando-se o seu conceito, a sua crítica e a sua correlação com as questões sobre o comportamento e a independência dos magistrados. Na

¹Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Bacharel em Direito pela FDV; Diretor Segundo Tesoureiro da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH); Pesquisador nos Grupos de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais” e “Direito, Sociedade e Cultura”; Servidor Público Federal na Seção Judiciária do Rio de Janeiro. E-mail: julio.pfhs@gmail.com. Currículo completo: <http://lattes.cnpq.br/1936096236504255>

² Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Especialista e Graduado pela Faculdade de Direito de Vitória. Professor-assistente na mesma Instituição de Ensino. Assessor Jurídico no Ministério Público Federal, Procuradoria da República no Espírito Santo. E-mail: mrsantanna@yahoo.com.br. Currículo completo: <http://lattes.cnpq.br/5263771970940796>

³ Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Vila Velha. Professora da Faculdade São Geraldo. Assessora do Ministério Público do Estado do Espírito Santo. E-mail: jackellinepessanha@yahoo.com.br. Currículo completo: <http://lattes.cnpq.br/1499946378076407>

sequência, trabalha-se com os efeitos negativos e reprováveis que este ativismo produz sobre a separação dos poderes e a ideia de soberania, para, em seguida, e por fim, destacar-se que o Supremo equivocou-se ao criar a tese da supralegalidade e que ela e a correlata tese sobre os efeitos paralisantes podem trazer efeitos danosos ao ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Ativismo judicial, separação de poderes, soberania, tese da supralegalidade, tese da eficácia paralisante dos efeitos, tratados sobre direitos humanos.

Abstract: This article discusses the judicial activism played by Brazilian Supreme Court and its results on the Appeal 466.343-1/SP, which paradigmatic precedent clearly violates the separation of powers and the sovereignty. Then, the work initiates with a critical analysis of that appeal, working, in the sequence, with the question of judicial activism, making clear its concept, the critics on it, and its relation with the judicial behavior and independence. The third part of the article works on the negative effects produced by the judicial activism over the separation of powers and on the idea of sovereignty, to, then, and finally, detach the error committed by the Brazilian Supreme Court when was created the Supralegality thesis, and that this thesis and the other about the paralyzing effects can bring bad consequences to the legal order.

Keywords: Judicial activism, separation of powers, sovereignty, Supralegality thesis, paralyzing effects thesis, treaties on human rights.

Sumário: 1. Introdução. – 2. O RE 466.343-1/SP. – 3. A questão do ativismo judicial. – 4. A separação de funções e o poder soberano. – 5. Os efeitos da decisão do RE. – 6. Conclusão. – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A soberania é fundamentalmente uma ideia político-jurídica e significa o poder de mando supremo. Sua essência aparece já na Antiguidade e tem forte presença no Medievo, embora a palavra só fosse ser empregada com o nascimento do Estado moderno, formando-se ao seu redor todo um arcabouço teórico. A ideia de soberania não surge na Idade Moderna, podendo-se recordar que no Antigo Regime, o poder máximo era exercido pelo Rei que era, além de soberano, irresponsável.

Por essência, soberania significa concentração do poder. Isso equivale a dizer que a esfera de tomada de decisões concentra-se no soberano, é ele

quem exerce o monopólio tanto do poder de direito quanto do poder de fato, isto é, o monopólio de editar leis e o monopólio da coerção física para fazer cumprir as leis. A soberania é classicamente vista como um poder originário, que não decorre, em tese, de outro, sendo, pois, ilimitado. É também vista como um poder perpétuo, já que pertence à pessoa política, e não à pessoa física que ocupa um determinado cargo central, sendo, então, inalienável, indisponível, imprescritível, indivisível.

De todas as características, a indivisibilidade interessa particularmente a este trabalho. Não quanto ao conceito em si, e sim quanto a uma ideia que lhe é fortemente correlata: a separação de funções para o exercício do poder soberano. A prática e a história demonstram que normalmente uma dessas funções se sobressai às demais, atuando como se fosse o poder supremo, soberano, ou, em linguagem contemporânea, verifica-se uma sucessão, tendo o poder soberano baseado no executivo cedido ao legislativo e este dado lugar ao judiciário.

A ascensão do judiciário, verificada na atualidade, deixando seu lugar de poder nulo (boca da lei) para ocupar paulatinamente o lugar de um poder supremo, é o ponto fulcral do estudo aqui desenvolvido. Critica-se, portanto, não o fato de os juízes não serem, no Brasil, eleitos pelo povo (em virtude de uma leitura equivocada, porque isolada, do parágrafo único do art. 1º da Constituição da República – CR), mas o fato de o Supremo (STF), com a crescente judicialização da política, exercer atribuições que a Constituição não lhe confere, violando a soberania e colocando em risco todo o arcabouço constitucional brasileiro⁴.

Considerando o conceito de soberania interna e a doutrina da separação dos poderes, a tese construída neste trabalho é a da necessidade de um controle efetivo das decisões judiciais, especialmente daquelas proferidas pelo STF em sede de controle, concentrado ou difuso, abstrato ou concreto, de constitucionalidade das leis, tratados, convenções e atos federais. Pretende-se, com isso, desmistificar o argumento em prol do ativismo judicial.

Nesse intuito, o estudo, além da introdução e da conclusão, estrutura-se em mais cinco seções. A próxima seção apresenta, criticamente, o RE 466.343-1/SP, decidido pelo STF em 03.12.2008. Depois, trabalha-se com a questão do ativismo judicial, destacando-se o seu conceito, a sua crítica e a sua correlação com o comportamento e a independência dos juízes. A

⁴ Vide os problemas institucionais, diretamente relacionados com questões políticas, enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos. O caso mais paradigmático foi a questão relacionada à distribuição dos *Royalties* do Petróleo que propôs um embate entre os entes federativos, em que a legislação se destina a impor como serão aplicadas essas compensações financeiras.

quarta seção trabalha o modelo de separação dos poderes praticado no Brasil, relacionando-o com a ideia de soberania. Por fim, na quinta seção são discutidas algumas das implicações que a decisão do STF no RE 466.343-1/SP pode promover no ordenamento jurídico brasileiro.

2. O RE 466.343-1/SP

O curioso caso do RE 466.343-1/SP – relatado pelo Ministro Cezar Peluso e decidido pelo Plenário do STF com votação unânime, firmando em 03.12.2008 o entendimento de que tratados internacionais sobre direitos humanos não aprovados pelo quorum específico do art. 5º, §3º, da CR têm *status* de norma supralegal – é aquele que direciona a análise crítica feita neste estudo.

Em uma apertada síntese do caso, tem-se que o Banco Bradesco S/A ajuizou ação na Justiça Estadual de São Paulo contra Luciano Cardoso Santos, requerendo, dentre outras coisas, a cominação de pena de prisão civil em virtude de contrato de alienação fiduciária. A sentença, embora tenha reconhecido a procedência da dívida, negou a pena de prisão, por entendê-la inconstitucional. Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a improcedência do pedido de prisão. Inconformado, o Banco recorreu ao STF, que decidiu o caso no famoso RE 466.343-1/SP.

A discussão gravitava, dessa maneira, em torno da constitucionalidade ou não da prisão civil com base no art. 5º, LXVII, da CR, em caso de contrato de alienação fiduciária. Nas três instâncias (Justiça Estadual, TJSP e STF) foi considerada como inconstitucional a prisão civil por dívida na hipótese de alienação fiduciária, sob o argumento de que o dispositivo constitucional é claro ao estabelecer a cláusula exceptiva apenas para os casos de contrato de depósito, que, de forma alguma, se confunde com o contrato de alienação fiduciária. Porém, os Ministros, aproveitaram para estabelecer o *status* hierárquico interno assumido pelos tratados sobre direitos humanos que não passaram pelo quorum específico do art. 5º, §3º, da CR, acrescentado em 2004 pela Emenda Constitucional 45.

Dos onze Ministros, dez reconheceram o *status* hierárquico interno de normas supralegais a tais tratados, destoando apenas o voto de Celso de Mello, que reconheceu *status* de normas constitucionais a tais documentos internacionais sobre direitos humanos. Como se tratava de caso sobre a prisão por dívida do depositário infiel e como o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH ou Pacto de *San José* de Costa Rica), de 1969, em que se prevê apenas a possibilidade de prisão civil em virtude de descumprimento de obrigação de alimentar, a ementa do RE 466.343-1/SP dispõe que a decretação da prisão civil dívida

como medida coercitiva nos contratos de alienação fiduciária é absolutamente inadmissível, no que o tribunal interpretou o art. 5º, LXVII e §§1º, 2º e 3º, da CR, à luz do art. 7º(7) da CADH, firmando, então, a ilicitude da prisão civil do infiel depositário em qualquer hipótese⁵.

São os argumentos que levaram a essa decisão o que se pretende aqui analisar. Porém, é preciso ressaltar algumas coisas. É público e é notório que, na ordem jurídica brasileira, o que faz coisa julgada é apenas o dispositivo da decisão final não mais sujeita a recurso (arts. 467 e 469, do CPC). Neste passo, o que se teria, então, é a conclusão da ementa do julgado acima referido: “*é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito*”. Conclusão esta que, de fato, consiste no dispositivo da decisão, já que o pleito era para se saber se a prisão civil decorrente de dívida em contrato de alienação fiduciária encontrava guarida na Constituição (art. 5º, LXVII) ou não, do que ficou respondido que não e que nem a prisão civil do depositário infiel nem qualquer outra que se lhe equipare tem respaldo constitucional – embora se saiba que a coisa não seja bem assim, bastando que se leia com um mínimo de atenção o inciso LXVII do art. 5º da CR.

Por certo que apesar da importância do dispositivo em uma decisão judicial, em virtude do instituto da coisa julgada, também se deve atentar aos fundamentos que, embora não estejam acobertados pelo manto da imutabilidade, têm importância reluzente para a orientação dos magistrados e dos jurisdicionados. Se a coisa julgada faz lei entre as partes, os fundamentos vinculam não apenas elas, mas também terceiros. Tal constatação decorre grandemente de um salutar ativismo judicial que, mais célere que a atividade do legislador, tem conformado a legislação brasileira aos avanços da sociedade. Assim, tem-se falado em eficácia vinculante dos precedentes, os quais se referem exatamente às razões que levaram à decisão. Em virtude disto, é necessário discorrer brevemente sobre a temática dos precedentes obrigatórios⁶, para não relegar ao esquecimento a fundamentação dos Ministros do STF para o RE 466.343-1/SP.

Antes, porém, de qualquer excursão é necessário que se destaque que os precedentes são decisões judiciais de um tipo muito peculiar, já que detêm características específicas que lhe destacam como paradigma⁷. Dentre tais

⁵ Perceba-se que, até o momento, somente a prisão civil decorrente do não adimplemento de obrigação alimentar e a referente ao depositário infiel eram peritidas. Com isso, o Supremo passa a interpretar a legislação pátria de forma a que só o não pagamento de pensão alimentícia pode trazer como consequência a prisão.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, 2010, p. 215.

características, pode-se destacar que os precedentes são decisões sobre matéria estritamente de direito, isto é, se relacionam apenas com as normas jurídicas, dando-lhes uma interpretação que oriente sua aplicação a partir dali. Ademais, uma decisão só é vista como precedente se enfrentar “todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto⁸”. Portanto, um precedente é uma decisão, ou ainda os fundamentos dela que estabelecem uma interpretação geral e abstrata.

Dentre os fundamentos de um precedente, é possível identificar diversos tipos de razões que levam à decisão final, isto é, ao dispositivo. Fala-se, então, em *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *judicial dictum* e *gratis dictum*. Todos estes termos derivam do sistema judicial adotado nos países de *common law*, e todos eles serão explicitados na sequência.

Iniciando-se pela *ratio decidendi* (razão para a decisão ou razão para decidir), tem-se que consiste na “essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto⁹”, encontrando-se, pois, na fundamentação da decisão, embora com ela não se confunda¹⁰. Assim, pode-se dizer que a *ratio decidendi* é a parte da decisão que, apesar de feita para um determinado caso concreto, tem aptidão para ser transformada em norma geral, universalizando-se. Muito disso decorre do teste de Wambaugh, pelo qual a *ratio decidendi* é considerada como “uma regra geral sem a qual o caso deveria ter sido decidido de outra maneira¹¹”. Por este teste, o que se realiza é uma operação mental em que o núcleo decisório obtido, a regra geral é invertida, analisando-se, então, se a decisão é mantida: em caso positivo, a tese jurídica utilizada não pode ser considerada *ratio decidendi*, já que sua inversão leva ao mesmo resultado; em caso negativo, a tese jurídica originária será considerada *ratio decidendi*¹². Dito de outra maneira, a tese jurídica (ou de direito) que é fundamental (necessária ou suficiente) para a resolução específica do caso concreto é que deve ser considerada como *razão para a decisão*.

Fala-se, então, que a identificação da tese jurídica que forma a *ratio decidendi* passa, em primeiro lugar, pela apreciação pelo juízo das alegações, dos fatos processualmente narrados, das provas e das normas jurídicas envolvidas¹³. Assim, o teste de Wambaugh não é suficiente,

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, 2010, p. 216.

⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 175.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, 2010, p. 221.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, 2010, p. 224.

¹² TUCCI, José Rogério Cruz e. Obra citada, 2004, p. 177.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, 2010, p. 250.

devendo-se prestar atenção também ao método de Goodhart, em que se “propõe que a *ratio decidendi* seja determinada mediante a verificação dos fatos tratados como fundamentais ou materiais pelo juiz¹⁴”. Desta forma, considerando-se os fatos processualmente reconstruídos e considerados pelo juízo como fundamentais ao deslinde do caso e também as normas jurídicas e os princípios de direito aplicáveis à demanda, a *ratio decidendi* será a interpretação dada ao caso que, travestindo-se de generalidade, servirá para orientar a atuação de outros magistrados e o comportamento dos jurisdicionados.

É de se destacar, no entanto, que os precedentes que geralmente contemplam a formação de um paradigma, isto é, de um *leading case* no sistema brasileiro têm natureza tão-somente interpretativa, já que se restringem à apreciação de teses jurídicas. Tal é o caso dos recursos especiais e dos recursos extraordinários, decididos, respectivamente, pelo STJ e pelo STF, que, como esclarecem alguns enunciados das respectivas súmulas, não analisam matéria de fato. Assim é que, por exemplo, no caso do RE 466.343-1/SP não há a análise do fato de se o réu é ou não infiel depositário, mas se a figura do depositário infiel se aplica também aos contratos de alienação fiduciária. Muito embora o resultado prático da decisão no *leading case* mencionado tenha sido pelo não provimento do recurso, declarando-se a ilicitude da prisão civil do depositário infiel, notadamente para o caso que se tratava de contrato de alienação fiduciária, houve a avaliação de teses jurídicas, e não de fatos, os quais foram contemplados apenas reflexamente.

Portanto, no RE 466.343-1/SP, a pergunta que deve ser feita para se descobrir a *ratio decidendi* é a seguinte: porque é ilícita qualquer prisão civil de infiel depositário? Ou ainda: quais os motivos determinantes que permitem considerar como ilícita qualquer prisão civil de depositário infiel? Mas esta questão não pode ser respondida sem que antes se distinga a *razão para decidir* das três *dicta* mencionadas no início desta seção.

As *obiter dicta* e a *ratio decidendi* são questões que se diferenciam pela “necessidade ou não de seu enfrentamento a fim de se chegar à decisão¹⁵”. A expressão *obiter dictum* se refere a um conjunto de argumentos ou de questões prescindíveis, periféricas ou desnecessárias “para o deslinde da controvérsia¹⁶”, consistindo, pois, em todos os fundamentos que podem ser considerados como não determinantes para a discussão. Na verdade, se a pergunta que permite descobrir a *ratio decidendi* diz respeito aos motivos determinantes, no caso das *obiter dicta* a pergunta tem a ver com os

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, 2010, pp. 224-225.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, 2010, p. 234.

¹⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. Obra citada, 2004, p. 177.

motivos que não são determinantes. São pronunciamentos, portanto, laterais, que não agregam em nada à solução do caso.

Todavia, fala-se em dois tipos de *obiter dicta*¹⁷. O primeiro tipo seria como um excesso de argumentação (o que se chama normalmente de *obiter dictum*), desnecessário para a análise do caso. O segundo tipo seria uma argumentação persuasiva que, apesar de não possuir efeito obrigatório, trata de modo aprofundado algum ponto de direito relacionado ao caso (o que se chama de *judicial dictum* ou de *gratis dictum*).

Em um primeiro momento, por exemplo, a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados pelo quorum qualificado do art. 5º, §3º, da CR, defendida pela maioria dos Ministros do STF no RE 466.343-1/SP, seria apenas *dictum*, não consistindo, pois, de início, em *ratio decidendi*. Ora, a questão que se pretendia resolver no recurso citado era se cabia ou não a prisão civil decorrente de dívida de contrato de alienação fiduciária, em virtude de haver uma equiparação na legislação entre o devedor em mora neste contrato e o depositário infiel, havendo, assim, quem entendesse pela aplicação do art. 5º, LXVII, da CR, que permite a prisão civil do depositário infiel. Ou seja, bastaria declarar inconstitucional a previsão legal que promove a equiparação. E este foi o sentido do voto do Ministro Relator Cezar Peluso. Nele, o Ministro diferencia o contrato de depósito do contrato de alienação fiduciária, entendendo pela inconstitucionalidade do art. 4º do Decreto-Lei 911/1969.

É de se lembrar que o art. 4º do Decreto-Lei 911/1969 tem a seguinte redação: “se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito”, remetendo, então, aos arts. 901 a 906 do CPC. Destes dispositivos há que observar especialmente o art. 902, §1º, do qual consta a possibilidade de cominação de pena de prisão de até um ano, desde que intimado para a entrega da coisa ou do equivalente em dinheiro o depositário não o faça no prazo de 24 horas (art. 904, *caput* e parágrafo único, do CPC). Por entender que tal ampliação legislativa do conceito de depositário infiel não encontra respaldo constitucional, já que na alienação fiduciária não há contrato de depósito, podendo, no máximo, ocorrer o uso da ação de depósito, nela não se travestindo, é que o Ministro Cezar Peluso negou provimento ao recurso extraordinário.

Veja-se que a *ratio decidendi*, se o STF tivesse cuidado apenas da questão que lhe foi apresentada para solucionar poderia ser resumida no seguinte: o art. 5º, LXVII, da CR, prevê a possibilidade de prisão civil por

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, 2010, p. 238.

dívida em caso de depositário infiel, o que é regulamentado pelos arts. 901 a 906 do CPC, fazendo-se clara referência ao contrato de depósito, de maneira que a conversão promovida pelo art. 4º do Decreto-Lei 911/1969 do fiduciante em depositário é ilegítima, não tendo sido recepcionada pela Constituição de 1988. O caso estaria, então, solucionado.

Entretanto, veio na sequência o voto do Ministro Gilmar Mendes, que trouxe contornos novos à solução do caso, inserindo a tese da suprallegalidade. Tese esta que, em virtude do pedido e da causa de pedir recursais, consistiria em mera *obiter dictum*, não fosse, é claro, a importância que ela ganhou no julgamento, extrapolando o pedido e a causa de pedir e se transformando, então, em *ratio decidendi*. Verifique-se que, em um primeiro momento, para o Ministro Relator discutir a questão da prisão civil do depositário infiel em face de tratados internacionais sobre direitos humanos é questão que não diz (e efetivamente não diz mesmo) respeito ao deslinde da causa. Ora, analisar a Constituição à luz do Pacto de San José de Costa Rica não era motivo determinante para alcançar a conclusão que o caso pedia. Não era, mas, em virtude do ativismo judicial do Supremo, referida tese se constituiu em *ratio decidendi* formando um fortíssimo precedente, considerado pelo próprio STF como um *leading case*.

O Ministro Gilmar Mendes dividiu seu voto em três tópicos: prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos; prisão civil do devedor-fiduciante em face do princípio da proporcionalidade; conclusões. Veja-se pela própria estrutura do voto que a questão que obteve a primazia foi a da prisão civil do depositário infiel, e não a da prisão civil do fiduciante infiel, tratado somente na sequência, pelo segundo tópico do voto. Esta consiste em uma prática que tem se reiterado no STF, de decidir além do que lhe cabe. Outro exemplo interessante, neste mesmo sentido, é o julgamento da ADPF 45-9, em que o Ministro Relator Celso de Mello, em decisão monocrática, depois de verificar a perda do objeto da ação, resolveu doutrinar, discorrendo sobre a chamada reserva do possível.

Voltando ao RE 466.343-1/SP, o Ministro Gilmar Mendes, no que é *obiter dictum*, destaca que “as legislações mais avançadas em matéria de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente”. O voto faz clara referência ao art. 7º(7) da CADH, promulgada no Brasil pelo Decreto 678/1992, e que, estabelecendo o direito à liberdade pessoal, esclarece que “ninguém deve ser detido por dívidas”, salvo nos casos de mandados, expedidos pela

autoridade judiciária competente, em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

No voto não se faz referência, contudo, ao art. 7º(2) da mesma Convenção (CADH), que estabelece: “ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições fixadas de antemão pelas Constituições Políticas dos Estados Partes ou pelas leis promulgadas em consonância com elas”. Ora, a fixação pelo art. 5º, LXVII, da CR, em que se possibilita a prisão civil por dívida do depositário infiel é fixada de antemão em relação à entrada em vigor da CADH no ordenamento jurídico brasileiro – o que ocorreu em 1992. O Pacto de *San José* de Costa Rica não estaria, por uma interpretação sistemática de seu próprio texto, permitindo que a prisão civil do infiel depositário pudesse ocorrer no caso brasileiro? O STF e a doutrina internacionalista em peso entendem que não há tal permissão, embora seja no mínimo curioso o disposto no art. 7º(2) da CADH.

Por uma questão de interpretação sistemática da própria CADH, suponha-se que o art. 7º(7) consiste em uma cláusula exceptiva ao disposto no art. 7º(2). Ter-se-ia, assim, uma regra em que *ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo se houver uma permissão constitucional e legislação atendendo tal permissão* e sua exceção, pela qual *ninguém deve ser detido por dívidas*. Pois bem, de acordo com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), em vigor no Brasil desde 20/07/2009, por força do Decreto Legislativo Federal 496, mais importante é o texto do tratado que os trabalhos preparatórios que lhe deram origem¹⁸, como, aliás, se pode encontrar no art. 31, da CVDT, que estabelece a regra geral de interpretação. No art. 31(1) encontra-se a previsão de que a interpretação dos tratados deva ocorrer “segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”, excepcionando-se aqueles casos em que “um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes” (art. 31(4)). A questão passa a ser, então, de ordem semântica, vale esclarecer, de distinguir entre o fato de “ninguém poder ser privado de sua liberdade física” (art. 7º(7)) e o fato de “ninguém dever ser detido” (art. 7º(2)).

Ora, aplicando-se a CVDT à CADH não se encontra nesta última qualquer regra especial que determine que privação de liberdade e detenção sejam termos que devam ser tratados como sinônimas. De acordo com o sentido comum, adotado pelo menos no sistema penal brasileiro, as penas

¹⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 259.

privativas de liberdades constituem-se como gênero do qual são espécies a reclusão e a detenção¹⁹, diferenciando-se a primeira espécie da segunda por sua aplicabilidade apenas aos delitos de maior gravidade, de maneira que o regime inicial é o fechado, enquanto no caso da detenção o regime inicial é no máximo o semi-aberto. Portanto, mesmo que se adote o art. 7º(7) como exceção ao art. 7º(2), ambos da CADH, ainda assim seria possível a prisão civil por dívidas, em virtude da regra estabelecida no art. 7º(2) da CADH. E aqui não cabe o argumento de que se não pode o menos, não pode o mais, exatamente em virtude da aplicação da CVDT: vale o texto expresso da CADH. Neste sentido, confirma a posição aqui adotada o art. 32 da CVDT, que permite meios suplementares de interpretação de tratados se o texto for ambíguo ou obscuro, ou se conduzir a um resultado manifestamente absurdo ou desarrazoado. Assim, não sendo nenhum dos dois casos, não se pode dizer que a CADH tenha impossibilitado a ocorrência da prisão civil por dívidas em todos os casos, e sim apenas naqueles punidos com detenção.

Voltando à vaca fria, ainda na classe das *dicta*, o voto se refere à discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o *status* normativo-hierárquico dos tratados internacionais sobre direitos humanos, destacando quatro vertentes, que sustentam para tais tratados: uma natureza supraconstitucional; ou uma natureza constitucional; ou uma natureza infraconstitucional e legal; ou uma natureza infraconstitucional, porém supralegal.

O voto do Ministro Gilmar Mendes refuta a natureza supraconstitucional dentro da escala normativo-hierárquica do ordenamento brasileiro para os tratados internacionais sobre direitos humanos, arguindo que é muito difícil adequar tal tese a ordenamentos jurídicos, como é o caso do brasileiro, que “estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição”, de modo que “entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle de constitucionalidade desses diplomas internacionais”. A única exceção, apontada pela doutrina²⁰, é o Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma (1998), tendo entrado em vigor, em âmbito internacional, em 01/07/2002, quando se obteve o número mínimo de ratificações necessárias. A submissão da República Federativa do Brasil ao

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 1, p. 516.

²⁰ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado constitucional e humanista de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 199.

TPI tem assento constitucional, encontrando previsão no art. 5º, §4º (acrescido pela EC 45/2004).

Quanto ao *status* de norma constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, apesar de o voto do Ministro Gilmar Mendes refutar tal hierarquia, reconhece que há vários internacionalistas que a adotam, além do que o Ministro Celso de Mello, no julgamento do mesmo RE, considera-se filiado a tal entendimento. O fundamento por aqueles que entendem que os tratados sobre direitos humanos integram o ordenamento jurídico brasileiro com *status* constitucional é o art. 5º, §2º, da CR, assim redigido: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. O argumento daqueles que se posicionam nesta vertente é de que, interpretado *a contrario sensu*, o dispositivo da CR “está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte”, processo de inclusão este que “implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos”, o que equivale a dizer que “os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados²¹”.

No entanto, é preciso ler com mais atenção o art. 5º, §2º, da CR. Este dispositivo “só diz que o rol dos direitos explicitamente garantidos na Constituição não deve ser interpretado no sentido de presunção de competência a favor do Estado, excluindo direitos decorrentes de fontes além do próprio texto constitucional”, de maneira que “a falta de garantia explícita de um direito na Constituição não permite ao intérprete recorrer ao argumento *a contrario*, pois a enumeração dos direitos fundamentais na Constituição é indicativa e não limitativa²²”. Ora, o dispositivo é expresso ao reconhecer a abertura do catálogo de direitos e garantias, abrindo a possibilidade de nele se incluírem outros, previstos em documentos que não a Constituição, ou seja, direitos e garantias sem *status* de fundamentais. Além disso, o art. 5º, §2º, da CR, põe num mesmo patamar os direitos e garantias advindos do regime e dos princípios adotados pela própria Constituição – aqueles que podem ser encontrados em lei federais, por exemplo – e os direitos e garantias advindos de tratados internacionais de que a República seja parte. Dito de outro modo, a abertura do catálogo permitida pelo art. 5º, §2º, da CR, não permite ampliar o rol de direitos e

²¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104

²² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 43.

garantias fundamentais, e sim o rol de direitos e garantias protegidos pela ordem jurídica pátria.

Fosse o contrário, o art. 5º, §3º, da CR, seria inócuo. Nele se lê: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Veja-se que na redação do §3º há referência explícita a tratados internacionais sobre direitos humanos, enquanto que o §2º se refere aos direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais. Isto já serve para demonstrar que há uma diferença de tratamento, de modo que terão *status* de norma constitucional apenas os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo procedimento específico e pelo quorum qualificado, mas não os direitos que decorram de tratados internacionais. Ora, se os direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais (conforme a parte final do §2º do art. 5º da CR) tivessem *status* de norma constitucional, então, forçosamente, os direitos e as garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição também teriam, pois o §2º do art. 5º da CR expressamente os equipara. Tais direitos e garantias têm, então, *status* de norma infraconstitucional e legal, já que decorrem de tratados internacionais (que não são sobre direitos humanos), aos quais a CR reconhece *status* de lei ordinária.

Portanto, não se pode adotar para os tratados internacionais sobre direitos humanos uma fundamentação de que teriam *status* de norma constitucional com base no art. 5º, §2º, da CR. A sua natureza normativa dentro do ordenamento jurídico brasileiro é claramente definida pelo §3º do art. 5º da CR, assumindo, pois, *status* de norma constitucional se aprovados pelo procedimento específico e pelo quorum qualificado estabelecidos neste dispositivo, ou *status* de norma infraconstitucional, se não tiverem passado por tais chancelas. De aí que a discussão sobre o *status* hierárquico-normativo dos tratados internacionais sobre direitos humanos que a República Federativa do Brasil tenha ratificado ou internalizado (através do procedimento específico) contemple apenas as duas últimas vertentes, ou seja, se, sendo infraconstitucional, o tratado assumiria *status* legal ou supralegal.

Embora em seu voto o Ministro Gilmar Mendes afirme que depois da EC 45/2004 a tese do *status* legal ficou ainda mais difícil de ser defendida. Até 03/12/2008, quando foi julgado o RE 466.343-1/SP, o entendimento do STF era o de que o *status* dos tratados internacionais sobre direitos humanos era o de leis ordinárias, isto é, infraconstitucionais e legais. E, de fato, este parece ser o entendimento mais consentâneo com o ordenamento

jurídico-constitucional brasileiro²³, embora a atual posição do STF seja pela suprallegalidade. Mas, antes de firmar o posicionamento aqui adotado, cumpre analisar o voto do Ministro e apresentar os contornos da tese da suprallegalidade, retornando-se, depois, à tese aqui defendida.

Para refutar a terceira vertente (a legalidade), Gilmar Mendes faz um exercício retórico. Primeiro ele afirma a necessidade de ponderar se o entendimento do STF até então, em virtude da cada vez maior abertura constitucional, não estaria defasado. Ao questionar se não haveria defasagem, ele conduz o auditório a pensar em uma possível defasagem e a pensar que ela existe. Daí o Ministro arrebatou adiante que sem sombra de dúvidas a jurisprudência do STF deve ser revisitada. E justifica o seu entendimento invocando que a tese da legalidade, que permite o descumprimento unilateral de um tratado internacional, viola o art. 27 da CVDT, pela qual os Estados signatários não podem “invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. O Ministro encaminha claramente o seu voto para a adoção de um entendimento que qualifique os tratados internacionais sobre direitos humanos não aprovados pelo procedimento e pelo quorum do art. 5º, §3º, da CR, como normas infraconstitucionais supralegais. São lançados aí, portanto, aqueles argumentos que formarão a *ratio decidendi* do RE 466.343-1/SP.

Argumenta-se, então, que “os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico”, de maneira que os equiparar “à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”. Tese esta que se pode encontrar já no voto do Ministro Sepúlveda Pertence no RHC 79.785/RJ (2000), e também na Lei 5.172/1966 (CTN), cujo art. 98 prevê o seguinte: “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevier”. Gilmar Mendes destaca o paradoxo, retrucando que há incongruência ao se admitir uma hierarquia superior aos “tratados sobre matéria tributária em relação à legislação infraconstitucional”, mas não aos tratados sobre direitos humanos sobre a legislação infraconstitucional, reconhecendo-se “a possibilidade de que seus efeitos sejam suspensos por simples lei ordinária”.

A primeira conclusão expressa no voto de Gilmar Mendes é que em virtude da supremacia da CR, a previsão do art. 5º, LXVII, não foi

²³ Neste sentido, podem ser indicados, na jurisprudência anterior do STF, os seguintes julgados: ADI 1.480-3/DF, HC 72.131/RJ, RE 206.482-3/SP e HC 81.319-4/GO.

revogada nem pelo art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos (PIDCP) nem pelo art. 7º(7) da CADH, “mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria”. A *tese do efeito paralisante* é o argumento-chave utilizado pelo Ministro para chamar de ilegal, diante do PIDCP, o qual ingressou no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto 592/1992, e da CADH, toda a legislação infraconstitucional sobre a prisão civil do depositário infiel. Ora, com a acolhida da *tese da supralegalidade* e o efeito paralisante que lhe é anexo, o STF, com a chancela de maioria de seus Ministros, entendeu pela possibilidade de *normas constitucionais ilegais*.

Isso que dizer claramente o seguinte: toda a legislação infraconstitucional sobre a prisão civil do depositário infiel ainda é constitucional, já que permanece a previsão no art. 5º, LXVII, da CR. Mas que, enquanto o legislador não aprovar nos moldes do art. 5º, §3º, da CR, o PIDCP e a CADH, ou pelo menos um deles, dando-lhes então *status* constitucional, toda a legislação infraconstitucional ficará com seu efeito paralisado.

Enfim, complementando a *ratio decidendi* do RE 466.343-1/SP, deve-se estender a análise para os últimos tópicos do voto do Ministro Gilmar Mendes. No segundo tópico, ele analisa a questão em si levada ao STF, argumentando que a prisão civil do devedor-fiduciante afronta o princípio da proporcionalidade, por duas razões principais: o ordenamento jurídico prevê outras medidas para tornar eficaz a execução contra o devedor-fiduciante, cabendo prisão tão-só no caso de crime de desobediência a decisão judicial; e o Decreto-Lei 911/1969, em seu art. 4º, não foi recepcionado pela atual Constituição. A segunda razão o Ministro traz um argumento interessante: “no caso do inciso LXVII do art. 5º da Constituição, estamos diante de um direito fundamental com âmbito de proteção estritamente normativo”, de modo que “cabe ao legislador dar conformação/limitação à garantia constitucional contra a prisão por dívida e regular as hipóteses em que poderão ocorrer suas exceções”. Acrescentando que “a inexistência de reserva legal expressa no art. 5º, inciso LXVII, porém, não concede ao legislador carta branca para definir livremente o conteúdo desse direito”. Ou seja, o STF entende que o legislador pode definir o que significa depositário infiel, como realmente o faz, mas também entende que esta definição é inócua diante do efeito paralisante dos tratados sobre direitos humanos com *status* supralegal, isto é, que o legislador, que ainda não quis dar ao PIDCP e à CADH *status* de norma constitucional, tem sua função constitucional típica (legislar) podada pelo ativismo judicial exacerbado do STF.

A *ratio decidendi* do RE 466.343-1/SP pode ser assim resumida: os tratados internacionais sobre direitos humanos que não forem ou não tenham sido submetidos ao procedimento específico e ao quorum qualificado previstos no art. 5º, §3º, da CR, têm *status* na ordem jurídica brasileira de *norma supralegal* (tese da supralegalidade), ficando, então, paralisados os efeitos de toda a legislação (tese do efeito paralisante) que com eles confrontar. O que o STF fez foi se imiscuir nas competências do Congresso Nacional, trocando a inércia deste por um ativismo judicial claramente inconstitucional que viola a cláusula da separação de funções e usurpa a titularidade da soberania nacional. Toda esta crítica é fundamentada na sequência, para, ao final, antes da conclusão deste trabalho, as implicações desta decisão do STF serem discutidas.

3. A QUESTÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

Nesse rumo, há um argumento reiterado de que o judiciário tem um papel de fiel da balança na ação dos poderes da República, atuando no suprimento das lacunas deixadas pelos demais. E isso serve para demonstrar que o Estado democrático de direito está em crise, já que, de um lado, há o desrespeito pelos poderes eleitos à Constituição, privilegiando-se a força política majoritária e prejudicando-se a minoritária, e, de outro lado, há o controle judicial (dos atos e das omissões legislativas e governamentais) cada vez mais forte e incisivo, por vezes excessivo²⁴. Trata-se, pois, da judicialização exacerbada da política, e que consiste na “ampliação do controle normativo do Poder Judiciário”, de maneira que a jurisdição constitucional “tem atuado intensamente como mecanismo de defesa da Constituição e de concretização das suas normas asseguradoras de direitos²⁵”.

A judicialização da política não se confunde com o ativismo judicial²⁶, a judicialização é até admissível, o ativismo se aproxima é da judicialização exacerbada. A expressão ativismo judicial surgiu em 1947 nos Estados Unidos, envolta em certa nebulosidade quanto a seu significado, embora com sentido claramente negativo, de crítica à ala liberal da Suprema Corte dos Estados Unidos²⁷. É certo que neste conceito não se podem confundir

²⁴ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. O Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 235-236.

²⁵ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2003, pp. 17-18.

²⁶ SILVA, Geocarlos Augusto Cavalcante da. Democracia e ativismo judicial. *Revista de Direito Privado*, vol. 12, n. 46, 2011, p. 61.

²⁷ GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emory Law Journal*, vol. 58, 2009, pp. 1201-1209.

ativismo judicial e erro judicial²⁸, embora se devam evitar ambos, já que prejudicam o sistema do Estado democrático de direito. A diferenciação entre um e outro caso é simples; por exemplo, algumas criações da Suprema Corte na Era Lochner podem ser consideradas como caso de ativismo, e o caso *Dred Scott*, em que a Suprema Corte “sustentou que descendentes livres de escravos africanos poderiam não ser considerados ‘cidadãos’ sob a Constituição federal²⁹”, é claramente um erro judicial. No sistema brasileiro, um caso de erro judiciário é a condenação de inocentes por um crime que atestadamente não cometeram, e uma hipótese de ativismo judicial é o analisado RE 466.343-1/SP.

A distinção é de suma importância para que se faça um uso mais apurado da expressão. O certo é, porém, que “o que quer que ‘ativismo judicial’ signifique, tem a ver com a prática de julgar, de maneira que não se deve ligar o termo apenas a resultados, mas também a métodos judiciais apropriados³⁰”. Assim, o ativismo³¹ que se critica não é aquele entendido como o fenômeno em que o magistrado “pronuncia suas decisões e cumpre seus deveres funcionais diligentemente dentro dos prazos legais” e que, ademais, “a partir de uma visão progressista, evolutiva, reformadora, sabe interpretar a realidade de sua época e que confere às suas decisões um sentido construtivo e modernizador, orientando-as à consagração dos valores essenciais em vigor³²”.

A crítica se refere ao ativismo judicial “definido como o abuso de um poder não-supervisionado que é exercido além dos limites das atribuições judiciais”, o que leva à tese de que muitas das decisões judiciais “não são efetivamente controladas por outros agentes do governo³³”. Critica-se, portanto, o excesso de judicialização que se esconde atrás de um conceito pouco entendido que é o ativismo judicial. Critica-se, enfim, a arbitrariedade judicial consistente no “descumprimento de deveres funcionais e de prazos legais, e uma tendência, fortemente solipsista, a

²⁸ GREEN, Craig. Obra citada, 2009, p. 1218.

²⁹ GREEN, Craig. Obra citada, 2009, pp. 1213-1214.

³⁰ GREEN, Craig. Obra citada, 2009, p. 1218.

³¹ Na doutrina há quem afirme a necessidade e importância em se garantir um ativismo judicial, uma vez que “O Direito não é idêntico ao conjunto de leis escritas. Diante das sentenças positivas do poder do Estado pode, sob circunstâncias, existir um mais em direito que tem sua fonte na ordenação constitucional do Direito como um conjunto de sentido e é capaz de atuar como corretivo diante da lei escrita; encontrá-lo e efetivá-lo em suas decisões é tarefa da jurisdição” HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. p. 298.

³² OMAR BERIZONCE, Roberto. Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. *Revista de Processo*, n. 190, 2010, p. 45.

³³ GREEN, Craig. Obra citada, 2009, p. 1222.

decidir causas de acordo com convicções pessoais³⁴”. Criticam-se, portanto, os resultados gerados por tal movimento de intervenção e a inexistência de um controle rigoroso desta atuação. Crítica esta que, aliás, tem sido reiteradamente posta e de modo contundente por diversos autores³⁵, que têm percebido, aliás, uma preferência cada vez mais forte dos magistrados pela filosofia da consciência, baseada no sujeito como construtor de seu próprio conhecimento, assujeitando o objeto às suas escolhas, aos seus valores, ou, por assim dizer, ao seu bibliografismo. Ou seja, critica-se o fato de o sujeito não se relacionar com o objeto através da linguagem, e sim se apropriar dele, impondo-se, ou, para os magistrados, decidindo conforme sua consciência, em vez de decidir conforme os valores expressos no próprio sistema jurídico-constitucional³⁶.

Fala-se, então, do ativismo judicial, consistente na “expansão do poder dos tribunais³⁷” e que respondendo aos anseios sociais tem se vinculado fortemente ao processo democrático, essencialmente político, gerando, assim, a judicialização da política, o que, de fato, “não representa qualquer incompatibilidade com um regime político democrático”, a não ser que haja uma violação do equilíbrio interno do sistema político estabelecido³⁸, o que implicaria em uma inversão acintosa de valores, prejudicando todo o

³⁴ OMMATI, José Emílio Medauar; HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro. De poder nulo a poder supremo: o judiciário como superego. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n. 49, 2012; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 115.

³⁵ Apenas para ficar em alguns exemplos: VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, vol. 4, n. 2, 2008; MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Trad. Geraldo de Carvalho e Garcélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; HÄBERLE, Peter. Entrevista de César Landa. El rol de los tribunales constitucionales ante los desafíos contemporáneos. In: VALADÉS, Diego (org.). *Conversaciones académicas con Peter Häberle*. México: UNAM, 2006; OMMATI, José Emílio Medauar; HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro. Obra citada, 2012.

³⁶ Questiona-se, portanto, a discricionariedade com que os magistrados decidem os casos colocados à sua análise. Essa discricionariedade, inclusive, é motivo de embate entre Hart e Dworkin. De acordo com Hart, “Dworkin formula uma outra acusação de que a criação judicial do direito é injusta e condena-a como uma forma de legislação retroativa ou de criação de direito ex post facto, a qual é, com certeza, considerada, de forma geral, como injusta. Mas a razão para considerar injusta a criação de direito reside em que desaponta as expectativas justificadas dos que, ao agirem, confiaram no princípio de que as conseqüências jurídicas dos seus atos seriam determinadas pelo estado conhecido do direito estabelecido, ao tempo dos seus atos. Esta objeção, todavia, mesmo que valha contra uma alteração retroativa do direito por um tribunal, ou contra um afastamento do direito estabelecido, parece bastante irrelevante nos casos difíceis, uma vez que se trata de casos que o direito deixou regulados de forma incompleta e em que não há um estado conhecido do direito, claramente estabelecido, que justifique expectativas”. HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste, 1996. p. 338.

³⁷ CITTADINO, Gisele. Obra citada, 2003, p. 17.

³⁸ CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, vol. 2, n. 2, 2001, pp. 136-138.

arcabouço jurídico-constitucional do ordenamento nacional, podendo promover, conseqüentemente, a usurpação da titularidade da soberania. Essa usurpação tem sido denominada *teologia constitucional*, referindo-se, pois, à atuação das cortes supremas como verdadeiros profetas e deuses do direito³⁹, demonstrando cada vez mais que dizer que todo poder emana do povo é apenas um exercício retórico de legitimação.

Isso decorre fundamentalmente de um erro repetido como se fosse um acerto: o discurso de que na atividade jurisprudencial direito e moral encontram-se imbricados, de modo que a moral imunizaria a atividade jurisprudencial, fazendo com que esta ascenda “à condição de mais alta instância moral da sociedade”, situando-se fora de qualquer controle social⁴⁰. Essa auto-elevação dos magistrados à condição de profetas, enumerando direitos e princípios que não estão na constituição, e sim que decorrem das crenças e dos valores dos próprios juizes⁴¹, encaminha a discussão para os debates sobre a relação do direito com a justiça e com a moral. Discussão esta que é esclarecedora para a crítica que aqui se faz, direcionando ainda mais a crítica para a decisão paradigmática do STF em que ao fim e ao cabo se estabeleceu que, sim, é possível haver normas constitucionais ilegais, além de ter criado uma nova categoria de norma jurídica inexistente em qualquer viés do texto constitucional.

Nesse sentido, pode-se encontrar uma imbricação com a tese do STF sobre as normas constitucionais ilegais, embora seja muito mais uma oposição que uma corroboração. Em 1951, falava-se, no direito público alemão, sobre o problema das normas constitucionais inconstitucionais. Otto Bachof, o autor desta tese, ao se referir à existência de um direito suprapositivo, que obriga o legislador constituinte, escreveu que “também uma norma constitucional pode ser nula, se desrespeitar em medida insuportável os postulados fundamentais da justiça⁴²”. Trata-se, pois, de uma discussão sobre a possibilidade de haver normas constitucionalizadas inválidas sob uma perspectiva suprapositiva; o que retoma, aliás, a antiga discussão entre direito e moral. Tal preocupação enfrentada pelo jurista alemão tem sua razão de ser. É que em 1951, ano da conferência, ainda

³⁹ CITTADINO, Gisele. Obra citada, 2001, p. 141.

⁴⁰ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, vol. 58, 2000, pp. 186-187.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled. *The University of Chicago Law Review*, vol. 59, 1992; DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norteamericana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 1.

⁴² BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008, p. 3.

eram bastante vivas as discussões sobre o direito nazista e sua validade jurídica.

Para se ter uma ideia, em 1945, Gustav Radbruch já afirmava que a concepção de que “uma lei é válida porque é uma lei” (teoria positivista), “deixou desprotegidos os juristas e também o povo contra leis arbitrárias, cruéis ou criminosas, por mais extremas que elas pudessem ser”, tornando, então, “direito e poder iguais”, ou seja, “há direito apenas onde há poder⁴³”. Esta constatação levou Radbruch a redefinir o seu entendimento sobre segurança jurídica, a partir da formulação de um princípio: “quando regras estatais atingem um nível de injustiça extrema, a contradição entre direito positivo e justiça se torna intolerável, elas deixam de ser direito⁴⁴”. A questão por detrás disso é, então, a de relacionar as normas constitucionais com a justiça, uma vez que, como diz Radbruch, “direito é a vontade de justiça. E justiça significa: julgar imparcialmente, colocando todos em um mesmo patamar⁴⁵”. De aí que, se o direito não for justo, então não é direito; ou, em outras palavras, se a norma constitucional não for justa, então, será inválida, ou, como quis Bachof, inconstitucional – ou, como quis o STF, em 2008, completamente fora de contexto, ilegal.

Mas em que medida direito e justiça, ou, ainda, direito e moral se interligam? Ao que tudo parece indicar, a ligação ocorre no campo da análise da validade moral, isto é, da justiça das normas jurídicas, o que reporta ao famoso debate, ocorrido em 1958, entre Hart e Fuller sobre a separação entre direito e moral. Relembrando o utilitarismo de Bentham e Austin, Hart, ao discorrer sobre tal separação, reaviva “a convicção de que se as leis alcançarem determinado grau de iniquidade, então deverá haver uma clara obrigação moral de lhes resistir e de lhes negar obediência⁴⁶”. Hart tenta recuperar aquilo que Radbruch havia enunciado em 1945, mas, e esta passagem bem o demonstra, falha claramente em sua interpretação quando diz que o direito é direito, ou seja, é válido, podendo, no entanto, ser desobedecido se iníquo. Ora, o que Radbruch enunciou foi exatamente o contrário, se o direito gerar leis iníquas, ele deverá ser desobedecido porque é qualquer coisa menos direito.

Ainda em 1958, embora tenha reconhecido o acerto de Hart ao rejeitar a teoria de que o direito seria válido se estabelecido por um poder legítimo

⁴³ RADBRUCH, Gustav. Five minutes of legal philosophy. Trad. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n. 1, 2006, p. 13.

⁴⁴ HALDEMANN, Frank. Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: a debate on Nazi law. *Ratio Juris*, vol. 18, n. 2, 2005, p. 162.

⁴⁵ RADBRUCH, Gustav. Obra citada, 2006, p. 14.

⁴⁶ HART, Herbert L. A. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*, vol. 71, n. 4, 1958, p. 617.

coercivo⁴⁷, mas de “regras básicas que determinem o procedimento essencial de criação do direito⁴⁸”, Fuller rebate o escrito de Hart, dizendo que este deixa “completamente intocada a natureza das regras básicas que fazem o direito possível, concentrando sua atenção, ao invés, naquilo que ele considera uma confusão de ideias por parte dos críticos do positivismo⁴⁹”. Porém, mesmo que Hart não tenha falado exatamente sobre o que Fuller chama de “moralidade interna do direito⁵⁰”, é possível encontrar em seu trabalho uma crítica ao “positivismo” nazista, que, ao insistir “na separação entre o direito como ele é e o direito como ele deve ser”, trouxe uma contribuição muito forte para a disseminação do horror nazista⁵¹. Pela proposta de Hart, o direito nazista teria apenas o seguinte problema: apesar de estabelecido por regras fundamentais de procedimento, ou seja, apesar de validamente estatuído, os seus fins são odiosos, devendo os indivíduos, baseados em sua moral externa, resistir à sua aplicação.

Fuller propõe, então, que o direito possui uma moral interna ou mesmo que deve possuí-la. Daí se poder dizer que ao se falar na separação entre direito e moral, na verdade fala-se na separação entre normas jurídicas e normas morais, mas não se nega pelo que aqui se entende que o direito tenha uma moral (jurídica) ínsita, ou seja, “as próprias condições estruturais do direito são de natureza moral (e indisponível)”, do que se deve “pensar o direito como necessariamente dotado de um núcleo de indisponibilidade, que permanece interno ao seu modo de ser⁵²”. Disto se pode concluir que “a separação entre direito e moral diz respeito aos aspectos funcionais, e não estruturais” entre um e outra⁵³. Ora, há, então, em relação ao direito, tanto uma moral interna quanto uma moral externa: esta, no sentido de Hart, orienta o indivíduo a resistir à aplicação de um direito que, embora válido, tenha finalidades reprováveis; aquela, no sentido de Radbruch e de Fuller e de certa forma de Bachof, destaca que um direito com finalidades reprováveis não é direito, mas outra coisa, já que o direito deve tratar a todos igualmente, relacionando-se, pois, fortemente com a justiça.

Mas o que toda essa discussão sobre a relação entre direito e moral tem a ver com o tema que abordado na análise do RE 466.343-1/SP? Ora, a

⁴⁷ FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, vol. 71, n. 4, 1958, pp. 638-639.

⁴⁸ HART, Herbert L. A. Obra citada, 1958, p. 603; FULLER, Lon L. Obra citada, 1958, p. 639.

⁴⁹ FULLER, Lon L. Obra citada, 1958, p. 639.

⁵⁰ FULLER, Lon. L. Obra citada, 1958, p. 645.

⁵¹ HART, Herbert L. A. Obra citada, 1958, p. 617.

⁵² PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 29.

⁵³ PALOMBELLA, Gianluigi. Obra citada, 2005, p. 30.

função primordial do direito é estabelecer uma ordem jurídica que permita a manutenção de uma convivência minimamente harmoniosa entre os membros da sociedade, evitando-se, assim, a instauração de conflitos que os coloquem em guerra contínua, quente ou fria. Para tanto são necessárias instituições fortes (não tirânicas), que possam exercer uma coerção (não autoritarismo nem arbitrariedade) sobre as relações intersubjetivas, impondo-lhes soluções (que é o que o judiciário faz), com base em leis e/ou em costumes.

No caso dos sistemas jurídicos em que há uma Constituição escrita, com *status* definitivo (é o caso, por exemplo, dos Estados Unidos, da Alemanha e do Brasil), esta representa a norma jurídica fundamental, e sua permanência dependente, como afirma Bachof, exatamente “da medida em que ela for adequada à missão integradora que lhe cabe face à comunidade que ela mesma ‘constitui’⁵⁴”. Ora, se a Constituição falha nesse seu primordial papel, ela não serve para proteger o povo. Pior se as normas constitucionais estabelecidas pelo constituinte originário – que, em um Estado Democrático, é, em tese, legitimado pelo povo – tiverem questionada a sua validade por aquele órgão que deveria lhe conferir eficácia até que o constituinte derivado ou, no caso das famosas cláusulas pétreas, explícitas ou implícitas, um novo constituinte, ambos, também em tese, legitimados pelo povo, resolvessem eliminar alguma norma constitucional. Aí o problema analisado por este estudo: pode o órgão de cúpula do judiciário brasileiro, o STF, declarar ilegal uma norma constitucional?

Aqui a hipótese defendida é pela negativa, embora, na prática, se verifique que o STF tem respondido de maneira positiva. Tal postura tem como exemplo máximo o RE 466.343-1/SP, aqui tomado como caso paradigmático. Todavia, além de exemplificar como uma norma constitucional pode ser ilegal, o referido julgado é também um claro exemplo do ativismo judicial. Desse modo, para se fundamentar melhor a crítica sobre as implicações que tal julgado pode trazer ao ordenamento jurídico brasileiro (partindo-se da premissa de que o judiciário seja um poder sério), é preciso discorrer sobre a crítica que tem sido dirigida ao protagonismo judicial, que tem beirado e que, por vezes, tem mergulhado na arbitrariedade judicial, eufemisticamente denominada discricionariedade judicial.

A “tendência” brasileira de apostar no protagonismo judicial normalmente tem a ver com a concretização de direitos, sob o argumento

⁵⁴ BACHOF, Otto. Obra citada, 2008, p. 11.

do preenchimento de lacunas deixadas pelo legislativo e pelo executivo⁵⁵, “incentivo” que “decorre de uma equivocada recepção daquilo que ocorreu na Alemanha pós-segunda guerra a partir do que se convencionou a chamar de *jurisprudência dos valores*⁵⁶”. Em outros termos, enquanto na Alemanha se propugnava a existência de uma moral jurídica ou de uma moral interna do direito, na recepção ou adoção no Brasil entendeu-se pela influência da moral externa ao direito, moralizando-o.

Trata-se de uma prática clara, reiterada por muitos juristas brasileiros: importa-se o nome da teoria, porém se inverte o seu significado e a sua aplicação, quando não há confusão sobre as expressões utilizadas. O exemplo da jurisprudência de valores é elucidativo: surgida na Alemanha para permitir ao tribunal constitucional federal “recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade”, funcionando como um “mecanismo de ‘abertura’ de uma legalidade extremamente fechada que possibilitaria, em alguma medida, o totalitarismo nazista”, tal teoria foi adotada no Brasil para tornar flexível uma legalidade que está a anos-luz de se basear numa estrutura rígida⁵⁷. E tal mitigação, mesmo na Alemanha, é criticada por representar tanto “um risco à garantia dos direitos fundamentais”, que passa a ser interpretados a partir de argumentos não jurídicos, quanto “um risco à própria afirmação da legitimidade das decisões judiciais, tanto em razão da não realização do direito vigente, quanto da impossibilidade de uma constitucionalmente adequada justificação do juízo decorrente da ponderação⁵⁸”.

No Brasil, firmou-se na jurisprudência e na doutrina majoritária que de todo direito fundamental decorre pelo menos um princípio, o que fez com que o direito se moralizasse e, moralizado, passasse a moralizar, com o ativismo judicial, a própria vida, colonizando-a⁵⁹. O resultado é uma jurisprudência suscetível a mudanças conforme mudem os entendimentos

⁵⁵ As lacunas e indeterminações presentes no sistema normativo brasileiro são importantes para a concretização de direitos que não estejam, claramente, sendo tutelados pelo Estado, haja vista que “se o mundo em que vivemos fosse caracterizado só por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente com todos os modos por que se podiam combinar, fossem por nós conhecidos, então poderia estatuir-se antecipadamente para cada possibilidade. Poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos concretos nunca implicasse em outra escolha. [...] Simplesmente este mundo não é o nosso mundo; os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer. Esta incapacidade de antecipar acarreta consigo uma relativa indeterminação de finalidade.” HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste, 1996. p. 141

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. Obra citada, 2010, p. 20.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. Obra citada, 2010, p. 21.

⁵⁸ COURA, Alexandre de Castro. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores” à luz da teoria discursiva de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009, pp. 180-181.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. Obra citada, 2010, p. 22.

dos ministros do STF ou a composição desta Corte, o que põe em destaque a ausência de uma cultura judicial menos suscetível a mudanças conforme a política da época e mais forte para produzir decisões jurídicas mais sólidas, firmemente constitucionais e menos biográficas. Uma jurisprudência em que o que vincula é um resumo da decisão e não aquilo que a fundamenta – a razão de decidir, quando deveria ocorrer o contrário.

Porém, muito mais do que a simples mudança sobre o capítulo da decisão que vincula, o que aqui se propõe é a análise de uma cultura judicial que tem reconhecido força vinculante à *ratio decidendi*, permitindo a aplicação da teoria dos precedentes, embora com algumas falhas técnicas, e às vezes com consequências danosas ao ordenamento jurídico. A doutrina pátria tem, aliás, tecido duras críticas a esse tipo de atuação, lembrando, sobretudo, “que o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja⁶⁰”. A isto não se pode chamar de nenhuma maneira ativismo judicial, e sim de altivez judicial. Faz-se imperativo, pois, que se discuta sobre a criação de direito pelos juízes, especialmente sobre independência judicial e comportamento dos juízes⁶¹. Recupera-se, assim, a discussão sobre a doutrina tradicional da separação de poderes.

Desnecessário dizer que tal teoria tem perdido espaço se vista sob a perspectiva de uma separação estanque de funções ou competências. Ademais, há um paradoxo que ela não enfrentou, mas que uma abordagem recente tem tratado: se as leis esgotassem todas as possibilidades ou se fossem claras, não admitindo mais que uma interpretação possível, então desnecessária seria a existência de juízes. E, mesmo que se argua que na doutrina tradicional os juízes existiriam para intermediar a dúvida que os indivíduos porventura tivessem acerca da interpretação das normas jurídicas e o órgão autorizado a interpretá-las, continuaria a ser patente a desnecessidade de um órgão judiciário, sendo talvez mais interessante se houvesse um corpo de burocratas na estrutura interna do legislativo. Nesse sentido, em um sistema jurídico completo e coerente como supostamente são os de direito codificado, o juiz nunca se depararia com uma inexistência de norma jurídica para solucionar o caso (lacuna) ou com a existência de duas ou mais normas jurídicas aplicáveis ao caso, porém incompatíveis (conflito de normas). A existência de apenas uma dessas situações poria por terra a completude (ausência de lacunas) ou a coerência (ausência de conflitos) de um sistema jurídico baseado na precisão das leis.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. Obra citada, 2010, p. 25.

⁶¹ As discussões a seguir consistem na reprodução parcial e ampliada de: HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro. Sim, os juízes criam direito! *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, vol. 71, 2011, pp. 101-117.

As respostas que surgiram para tentar sustentar os sistemas legais baseados na completude e na coerência (e, por conseguinte, a doutrina tradicional) foram as mais variadas. A resposta se encontra mais ou menos da mesma forma em diversos ordenamentos jurídicos, podendo-se indicar o art. 4º da LINDB – que prescreve que nos casos de omissão legal, “o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” – e também o art. 5º – onde se encontra que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Isto mais parece um tiro saído pela culatra que propriamente uma defesa da doutrina tradicional. Ora, se com tal tipo de normas o legislador reconheceu que não pode prever todos os tipos de condutas e que as leis, portanto, podem não ser completas, mas que o sistema é completo, já que a inexistência de normas para um determinado caso pode ser suprida pela analogia, pelos costumes e pelos princípios gerais de direito, então seria preciso que o sistema definisse que tipos de analogia poderiam ocorrer para evitar, por exemplo, analogias prejudiciais, quando e que costumes poderiam ser adotados para evitar uma superposição de costumes contraditórios e quais são os princípios gerais do direito, isto é, uma lista taxativa deles, a fim de evitar que os juízes criem princípios. A questão é tormentosa porque o não-esclarecimento do emprego desse tipo elementos de interpretação ensejaria nova omissão do sistema jurídico e novamente duvidar-se-á de sua completude e coerência.

Outra possibilidade seria novo tiro no pé. Se o juiz, ao aplicar uma norma, pretensamente contida em um sistema completo e coerente, deve atender aos seus fins sociais e às exigências do bem comum, então ele poderá modificar o direito existente. Explica-se. Normas jurídicas são normalmente criadas pelo legislador sob um contexto social e histórico que muitas vezes não dura muito tempo. Assim, com o passar do tempo, pode ser que o bem comum passe a ter outro tipo de exigência não mais contemplado pela lei então existente. Desta maneira, ou a aplicação de tal lei seria injusta ou seria ineficiente. O resultado não seria a incompletude do sistema jurídico, mas uma contrariedade entre ele e o seu fim, que é conformar condutas, o que parece ser muito mais desastroso. A solução seria um legislador mais atuante; mas como o próprio legislador reconhece sua morosidade, aos juízes caberia criar o direito, o que não é o mesmo que inventar o direito. Daí a imbricação entre a nova visão sobre a teoria da separação dos poderes e o judiciário mais ativo (e não o ativismo judicial!).

Parte-se, pois, de uma premissa de que é errônea a opinião de que apenas o legislativo criaria, produzindo o direito, enquanto que o judiciário

apenas aplicaria, reproduzindo o direito⁶². Tanto o legislativo quanto o judiciário criariam e aplicariam o direito, uma vez que “todos os atos jurídicos são atos de aplicação e de criação do direito”, salvo nos casos da “primeira constituição, que é apenas criação, e da execução de sentença, que é pura aplicação” do direito⁶³. Assim, “uma decisão judicial, por exemplo, é um ato pelo qual uma norma geral, um estatuto, é aplicada, mas, ao mesmo tempo, uma norma individual é criada obrigando uma ou ambas as partes que estão em conflito”, de modo que a diferença entre a função legislativa e a função jurisdicional é que aquela é limitada diretamente pela constituição e a outra, pela legislação⁶⁴. Todavia, os juízes não criam apenas normas individuais, mas também normas gerais⁶⁵, chamadas precedentes. A tese é a seguinte: ou bem só há criação de direito com o estabelecimento da primeira constituição – porque “uma norma que regula a criação de outra norma é ‘aplicada’ na criação de outra norma”, ou seja, “a criação de Direito é sempre aplicação de direito⁶⁶” – ou bem legislativo, executivo e judiciário, além de aplicarem, também criam normas em menor ou maior profusão, com maior ou menor obrigatoriedade. Portanto, os juízes podem tanto aplicar normas quanto criar normas, sejam individuais sejam gerais. De uma forma ou de outra os juízes estão fazendo direito, criando ou aplicando normas. Ademais, os juízes, ao exercerem o seu papel não fazem uma separação física e nem mesmo mental entre situações em que eles aplicam o direito e situações em que eles criam o direito⁶⁷.

Nesse sentido, fazendo uma brevíssima comparação com o papel exercido pelos juízes federais ingleses, pode-se destacar que eles desempenham três funções clássicas, sendo que duas delas, em declínio, são a resolução de litígios privados e a imposição da lei penal, ao passo que a terceira foi negada durante muito tempo, que é a função de legislar de um modo peculiar⁶⁸. Da mesma forma, no caso dos tribunais recursais norteamericanos, verifica-se que em certos casos eles agem como legisladores *sui generis*, estando limitados por certos fatores que não

⁶² KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 251.

⁶³ BULYGIN, Eugenio. Los jueces ¿crean derecho? *Isonomía*, n. 18, 2003, p. 10.

⁶⁴ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a, pp. 194 e 196.

⁶⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a, p. 216.

⁶⁶ KELSEN, Hans. *Obra citada*, 1998a, p. 193.

⁶⁷ POSNER, Richard A. *Kelsen, Hayek, and the economic analysis of law* (Lecture of the 18th Annual Meeting of the European Association of Law and Economics), 2001, p. 22.

⁶⁸ BOUDIN, Michael. The real roles of judges. *Boston University Law Review*, vol. 86, 2006, p. 1097.

limitam os legisladores oficiais, mas que em certos casos têm alguma margem de manobra não concedida aos legisladores, com a grande diferença de que os juízes só podem dizer o que fazer ao executivo, mas não ao legislativo⁶⁹. Daí a conclusão de que o judiciário legisla e, quando o faz, faz pelas mais variadas razões.

Acontece que essa maneira peculiar de criar o direito tem transbordado para uma criação do direito tal qual o judiciário fosse legislador. E isso decorre do fato de que o legislativo está a algum tempo desajustado, já que “não participa na fixação das prioridades do governo, não exerce o controle sobre o Executivo e quase só aprova projetos de lei originários de iniciativas do Chefe do Executivo⁷⁰”, muito menos mantém um acompanhamento das leis que cria, seja quanto à sua atualidade seja quanto à sua constitucionalidade. E o problema não existe apenas no Brasil. Também nos Estados Unidos há uma decepção em relação ao órgão legislativo, em relação àquilo que ele faz, ou, melhor, sobre aquilo que ele não faz direito, porque não legislar ou legislar mal, com leis imprecisas e vagas, têm o mesmo efeito: decepcionam do mesmo jeito⁷¹. Assim, além de o legislativo funcionar corretamente, é preciso também que as leis sejam aceitas pela sociedade – o que se chama de eficácia social e que se tem, em geral, apenas quando os direitos fundamentais das pessoas são respeitados e efetivados – e que o executivo e a administração pública em geral cumpram seu papel, que é duplo, de administrar com transparência e satisfatoriamente (com eficiência) e de conferir real eficácia aos direitos fundamentais. Entretanto, pelo atual papel que o judiciário tem desempenhado, verifica-se que ao menos o último papel não está sendo cumprido da forma como deveria, seja com a realização de políticas públicas adequadas seja coagindo adequadamente a sociedade ao cumprimento da lei. Assim é que ao judiciário, que deveria ser tratado apenas como um órgão subsidiário (daí a ideia, por exemplo, de *ultima ratio*), tem sido dado outro papel, o de proferir decisões para suprir o inadimplemento estatal com os seus deveres constitucionais e legais, já que, em tese, as decisões judiciais vinculariam o executivo.

Portanto, pelo que se pode perceber por essa superficial análise, o Judiciário tem tido um papel triplo, prestando serviços que, em tese e de acordo com as competências constitucionais não deveria prestar. E a consequência disso, embora haja outras causas, é uma redução da eficiência

⁶⁹ POSNER, Richard A. The role of the judge in the twenty-first century. *Boston University Law Review*, vol. 86, 2006, pp. 1049 e 1054-1055.

⁷⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 5

⁷¹ REDISH, Martin H.; PUDELSKI, Christopher R. Legislative deception, separation of powers, and the democratic process: harnessing the political theory of “United States v. Klein”. *Northwestern University Law Review*, vol. 100, 2006, p. 437.

do judiciário no desempenho de seu próprio papel. Mesmo que haja a necessidade premente de revisão da teoria da separação dos poderes, não se pode fazer a mera migração de funções e olvidar-se da razão de ser de cada poder, já que se houver o esvaziamento da funcionalidade dos poderes, a sua manutenção é desnecessária. Enquanto não se faz tal revisão institucional, o exercício insatisfatório e ineficiente das competências estatais só tende a se manter ou, infelizmente, aumentar. Neste sentido, dentre as implicações proporcionadas pelo atual papel desempenhado pelo judiciário estão duas questões: o comportamento dos juízes quando eles decidem casos, aplicando ou criando o direito, e a independência judicial.

Dizer que determinado comportamento judicial tem a ver com a independência judicial é um lugar-comum, e, como todo lugar-comum, é um argumento muito citado, porém pouco entendido. Neste sentido, parte do problema se deve ao fato de que a expressão *independência judicial* é amórfica, ou seja, seu significado muda de acordo com o contexto em que é usado, por assim dizer, de acordo com as conveniências dos utentes, de maneira que a questão é “de quem ou de quê o judiciário é ‘independente’⁷²”. É necessário apurar qual o sentido de *independência judicial*. Podem-se definir os contornos do significado de independência judicial a partir de dois prismas: um que considera a independência entre o judiciário e o executivo, e outro que considera que, dada a independência em relação ao executivo, os juízes têm liberdade para julgar causas sobre áreas específicas do direito, liberdade esta que varia de acordo com a composição política e com a interação estratégica entre os três poderes⁷³.

De aí que, a princípio, parece não haver independência entre o judiciário e o legislativo, já que este poderá, de acordo com arranjos institucionais ou com questões do jogo político, expandir o campo de atuação ou limitá-lo através de leis ou de emendas constitucionais⁷⁴. E mesmo as interpretações de Tribunais Superiores ou do Supremo sobre as normas de competência do próprio judiciário estão sujeitas ao comportamento do legislativo.

O sentido de independência judicial que prevalece na teoria é de que o judiciário é independente do executivo, mas não do legislativo. Tanto isso faz sentido que, se não fosse assim, as decisões de efeito vinculante previstas no texto constitucional não vinculariam apenas o próprio Judiciário e a administração pública (aí incluído o Executivo), mas não o Legislativo no exercício de sua função típica (legislar), que pode, aliás,

⁷² TIEDE, Lydia Brashear. Judicial independence: often cited, rarely understood. *Journal of Contemporary Legal Issues*, vol. 15, n. 129, 2006, p. 130.

⁷³ MCNOLLGAST. Conditions for judicial independence. *Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper n. 07-43, 2006.

⁷⁴ TIEDE, Lydia Brashear. Obra citada, 2006, pp. 133-135.

criar leis contrárias a enunciados das súmulas dos tribunais. Daí que a independência judicial dependa de que a quantidade de discricção, de discricionariiedade dada aos juízes é vantajosa por pelo menos três razões: deixa claro que os tribunais e sua organização dependem do comportamento e das escolhas dos outros poderes, em especial da criação legislativa, que deve ser interpretada pelos juízes; permite que os cientistas sociais especializados no assunto estudem como os juízes tomam decisões dentro da liberdade (discricionariiedade) que lhes é dada; permite que os cientistas sociais analisem, através de comparações com outros sistemas legais, o modo como os juízes utilizam sua discricção para decidir.

Junto da independência judicial está a responsabilidade judicial. O magistrado não pode arguir que sua independência lhe permite ser ativista e, assim, proferir decisões contrárias à lei, ou, no caso de omissão legal, contrária a possível analogia, aplicação de costumes ou aos princípios gerais do direito. Ao contrário, toda independência pressupõe responsabilidade, de modo que se os magistrados criam direito, eles o fazem segundo restrições a como eles decidem os casos que lhes são apresentados, ou seja, os juízes não podem aplicar nem criar o direito de qualquer maneira. Neste sentido, deve-se analisar a questão sobre o comportamento dos juízes quando eles têm de decidir um caso, tendo em vista, principalmente, aquelas decisões dadas em sede casos difíceis, ou seja, nas decisões a serem proferidas em casos para os quais não haja uma resposta legal muito clara. E essa necessidade decorre do fato de que o processo de tomada de decisões é frequentemente muito difícil, em virtude das incertezas e dos conflitos dos mais variados tipos, além do fato que em geral as pessoas não estão muito certas de quais consequências as suas ações podem ter, já que existe uma variedade imensa de fatores, previsíveis e imprevisíveis, que influenciam nos resultados⁷⁵.

Falar sobre o comportamento dos juízes depende da análise de um conjunto de fatores como, por exemplo, psicologia, ideologia, mercado de trabalho, critérios econômicos, que não se pretende abordar aqui individualmente nem com pretensão de esgotamento. O que se pretende fazer aqui, muito modestamente, é uma análise, embora não muito aprofundada, de algumas teorias que podem fornecer alguma luz sobre o comportamento dos juízes. Segundo uma análise muito mais descritiva que normativa⁷⁶, recentemente publicada⁷⁷, há, embora o rol não seja exaustivo, pelo menos nove teorias sobre o comportamento dos juízes: (1) a teoria da

⁷⁵ SHAFIR, Eldar; SIMONSON, Itamar; TVERSKY, Amos. Reason-based choice. *Cognition*, n. 49, 1993, p. 12.

⁷⁶ CROSS, Frank B. What judges want? *Texas Law Review*, vol. 87, 2008, p. 184.

⁷⁷ POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

motivação política, pela qual as decisões dos juízes dependem de suas preferências políticas, ou seja, baseiam-se em seus objetivos políticos ou naqueles de quem os indicou; (2) a teoria da estratégia política, pela qual o comportamento dos juízes depende da avaliação que os outros juízes podem fazer sobre suas decisões; (3) a teoria sociológica, de acordo com a qual os juízes se comportam conforme o que é aceito em seus círculos sociais; (4) a teoria econômica, pela qual o juiz procura maximizar pelo menos alguma utilidade, obviamente em proveito próprio, com suas decisões, como, por exemplo, renda, poder, prestígio e respeito; a teoria psicológica, segundo a qual os juízes se comportam conforme suas pré-concepções, especialmente para decidir questões duvidosas; (6) a teoria organizacional, consoante a qual os juízes e o governo têm interesses divergentes, e que, então, o comportamento dos juízes visa minimizar essas divergências para não lhes criar impasses; (7) a teoria pragmática, pela qual os juízes sopesam suas decisões com as consequências que delas podem advir; (8) a teoria fenomenológica, a partir da qual o que influencia no comportamento dos juízes são as suas experiências; e (9) a teoria legalista, consoante a qual o comportamento dos juízes é determinado pelas leis, pelos precedentes ou pelas operações lógicas que decorrem dessas fontes⁷⁸. Essas teorias permitem assentar que os juízes tanto aplicam quanto criam o direito, e demonstram, ainda que muito superficialmente, com base em que eles agem ou podem agir no desempenho de suas funções.

As teorias político-motivacional, político-estratégica e sociológica têm muito em comum. Pode-se dizer que a última combina as duas primeiras e que a segunda é um meio para atingir um fim, que é a primeira. De acordo com esse trio, o judiciário pode ser visto como um órgão político⁷⁹. Vale dizer, o comportamento dos juízes é fortemente influenciado pelo ambiente político em que ele se situa e do qual ele provém, especialmente na hipótese daqueles juízes que são escolhidos pelo executivo e que passam pelo crivo do legislativo, bem como no caso de promoções por merecimento. Ora, de acordo com esta perspectiva, as escolhas dos juízes a partir de critérios subjetivos (notório saber jurídico, desempenho, reputação ilibada etc.) – por mais que estejam objetivamente estabelecidos nas leis – é praticamente política. Há que se observar, todavia, que vincular a ideologia dos juízes com a ideologia (do partido político) do Chefe do Executivo que

⁷⁸ POSNER, Richard A. Obra citada, 2008, pp. 19-41.

⁷⁹ POSNER, Richard A. The Supreme Court, 2004 term. Foreword: a political Court. *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005; GEORGE, Tracey E.; YOON, Albert H. Chief judges: the limits of attitudinal theory and possible paradox of managerial judging. *Vanderbilt Law Review*, vol. 61, 2008, pp. 3-4.

o escolheu não é um bom indicativo para estas teorias⁸⁰. Talvez, melhor seria dizer que a origem dos juízes escolhidos pelo Executivo é que tem influência em suas decisões, o que não abandona a ideia de se tratar de uma escolha de viés político. Geralmente, embora nem sempre, as decisões cujo pano de fundo pode ser explicado a partir dessas teorias são justamente aquelas em que há uma maior discricionariedade dos juízes. Trata-se de um grupo de decisões em que os juízes mais criam que aplicam o direito. Isto é, decisões que decorrem da análise de casos em que há omissão legal no que se refere ao seu tratamento, ou mesmo quando a decisão vise justificar alguma política pública estatal. No entanto, tais teorias não andam sozinhas. Elas conduzem a análise do comportamento judicial às teorias econômica e psicológica (esta, em razão de uma proximidade maior, será tratada com a teoria fenomenológica).

A teoria econômica trabalha no sentido de que os juízes realizam maximizações racionais, ou seja, tendem a maximizar algum fator para realizar suas próprias preferências⁸¹. Assim, ao decidirem as demandas que lhes são submetidas, os juízes procuram sempre um tipo de decisão que lhes traga algum benefício em curto, médio ou longo prazo. Podem ser citados como exemplos de benefícios o prestígio, o poder e o reconhecimento. Em uma síntese bem fácil, caso se pergunte o que os juízes maximizam, responda o mesmo que qualquer pessoa⁸². Por mais que o adágio popularmente repetido diga que dinheiro não compra felicidade, e apesar de pairarem dúvidas sobre tal dito, dinheiro, em geral, isto é, se bem empregado, traz estabilidade e tranquilidade. De aí que todo reconhecimento que uma pessoa possa receber geralmente tem como fim, direto ou indireto, um ganho econômico ou o atingimento de um interesse próprio. Não se quer afirmar com isso que referida teoria justifica a venda de decisões pelos juízes, esse tipo de conduta não pode ser justificado em hipótese alguma. Por outra, é claramente visível que a teoria econômica se liga fortemente às três teorias anteriores, especialmente à teoria político-estratégica, a qual pode ser encarada como um meio para que se possam atingir fins econômicos.

⁸⁰ POSNER, Richard A. Obra citada, 2008, p. 26; REVESZ, Richard L. Congressional influence on judicial behavior? An empirical examination of challenges to agency action in the D.C. Circuit. *New York University Law Review*, vol. 76, 2001, p. 1102.

⁸¹ POSNER, Richard A. Obra citada, 2008, p. 35; SIEGEL, Neil S. Sen and the Hart jurisprudence: a critique of the economic analysis of judicial behavior. *California Law Review*, vol. 87, 1999, p. 1583; SIMON, Herbert A. A behavioral model of rational choice. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, 1955, p. 99.

⁸² POSNER, Richard A. What do judges maximize? (The same thing everybody else does). *John M. Olin Law & Economics Working Paper no. 15*, 1993.

A teoria econômica parte, pois, especialmente da análise econômica do direito, e muito se tem criticado tal suporte teórico, afirmando-se que ele apresenta falhas em duas situações⁸³. A primeira decorre da existência de precedentes: se os juízes se comportassem estritamente em função de ganhos econômicos ou de estratégias políticas e não observassem os precedentes dos tribunais superiores que os vinculam em suas tomadas de decisão – é claro que não se tratando de decisões em que seja possível afastar a aplicação dos precedentes – as tomadas de decisões de tais juízes seriam postas em dúvida, e eles se sujeitariam à correção dos órgãos competentes, o que se imagina não seja o objetivo de nenhum juiz em sua consciência. A segunda consiste na possibilidade de que mesmo o juiz ao proferir uma decisão baseada em suas preferências, ao tentar maximizar algo em seu benefício, sujeitando-se ou não a uma eventual ação corretiva, pode acabar por ter suas expectativas frustradas, pois pode ser que a decisão seja vista como o cumprimento de suas obrigações judiciais.

Ligadas às quatro teorias acima enunciadas está a teoria organizacional e a pragmática. A primeira lida com a tentativa de se criar um equilíbrio entre as posições adotadas pelo juiz e pelo governo, ou seja, trata-se da procura pelo arranjo que não frustre ou não frustre tanto as regras do jogo, a ponto de não revelar as divergências entre o judiciário e o executivo, a fim de não serem criados impasses. De toda forma, a teoria organizacional é muito próxima à teoria político-estratégica e, de algum modo, à teoria econômica. Por sua vez, a segunda teoria (pragmática) trabalha com o equilíbrio entre a decisão e as consequências que dela poderão advir. Neste sentido, uma decisão pragmática seria aquela que tem a aptidão para gerar as melhores consequências práticas de acordo com o contexto no qual está inserida, e não simplesmente em virtude de sua coerência com o texto legal⁸⁴.

Na sequência vem a teoria psicológica e a fenomenológica. A conexão entre elas está em que a primeira contempla a influência das pré-concepções, dos pré-conceitos dos juízes, e a segunda lida com as suas experiências enquanto cidadão, e não enquanto servidor público. A junção delas bem poderia resultar em uma teoria do juiz enquanto ser humano, porque para o comportamento judicial, segundo a literatura especializada, e com poucas exceções, tem muito valor o fato de o juiz ser um ser humano, agindo conforme suas pré-concepções e experiências⁸⁵. Por tais teorias, o

⁸³ SIEGEL, Neil S. Obra citada, 1999, p. 1583.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 283.

⁸⁵ SCHAUER, Frederick. Is there a psychology of judging? *KSG Faculty Research Working Paper Series*, 2007, pp. 1-2.

juiz age de acordo com as doutrinas (filosóficas, religiosas etc.) com que tem maior afinidade, com as experiências de vida (parcialmente) similares com o objeto da causa, dentre outras possíveis influências. Tal tipo de comportamento geralmente transparece nos casos em que a atuação discricionária do juiz é maior – nos casos difíceis e nos casos abertos. Por fim, há que se tratar sobre a teoria legalista que se liga retilineamente com a teoria pragmática, passando pela teoria psicológica e pela fenomenológica. Pela teoria legalista, o comportamento dos juízes pauta-se, basicamente, pelos preceitos legais, podendo também ser pautadas pelos precedentes ou pelas operações lógicas alcançáveis a partir dessas fontes.

Essas nove teorias e tantas outras que possam surgir para classificar o comportamento dos juízes permitem explicar como os juízes atuam e como eles pensam. Especialmente naquelas situações em que não é suficiente a mera aplicação do direito, incumbindo-lhes a criação do direito, seja através de normas individuais seja através de normas gerais. Tal tipo de conduta não seria possível se não se entendesse que os juízes possuem tanto independência como são responsáveis em sua atuação, do contrário seriam apenas bocas da lei. Ante tais constatações, verifica-se que o judiciário, inclusive o dos países de tradição do direito codificado que adotaram a precisão outrora aludida por Stendhal do Código Napoleão, já largou a mão da teoria tradicional da separação dos poderes e se algemou com a (necessidade de uma) nova teoria da separação dos poderes. Não se trata, é claro, de uma revisão para tornar o judiciário o poder supremo e soberano do Estado⁸⁶.

Trata-se de uma revisão que criasse efetivos mecanismos de controle interno e de controle externo das atividades (a serem) desempenhadas por cada um dos poderes da República, e principalmente pelo judiciário. Mas não só. Revisão esta que deixasse bem claras as sanções ao legislador que não exercer as suas funções, que colocasse preto no branco as sanções aplicáveis aos administradores públicos quando estes não cumprissem com as suas funções também constitucional e legalmente estabelecidas, e que, por fim, mostre claramente aos membros do judiciário as sanções a que eles estarão sujeitos se não cumprirem com as suas funções de punir legisladores e administradores públicos ou com sua função de julgar e de decidir, seja ao atuarem como aplicadores seja ao atuarem como criadores do direito.

Além disso, não se pode deixar de incluir nessa revisão o importante papel que o judiciário tem desempenhado de concretizador de direitos,

⁸⁶ OMMATI, José Emílio Medauar; HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro. Obra citada, 2012.

excluindo-se, é claro, sua atuação como um ativista, controlando este seu ímpeto, por meio de controles internos e externos que sejam efetivos, eficazes e eficientes, a fim de que os magistrados não resolvam maximizar o que não devem, como, aliás, ocorreu no caso do RE 466.343-1/SP.

4. A SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES E O PODER SOBERANO

Essa maximização indevida infringe tanto a separação de funções quanto a soberania. Esta é normalmente identificada com o exercício do poder supremo, podendo ser vista tanto sob o prisma externo (direito internacional) quanto sob o prisma interno (direito constitucional). A vertente aqui observada é esta última, no que já se afasta de plano a análise daquela primeira.

A soberania (aqui sempre referida como soberania interna) “pode ser entendida em consonância com a titularidade do poder constituinte e relacionada com o poder supremo na ordem estatal doméstica⁸⁷”, ou seja, o poder constituinte não é soberano nem pode determinar que qualquer instituição estatal o seja. Ora, sendo o titular do poder constituinte o soberano, há que se distinguir entre quem detém a soberania e quem a exerce. Assim, quando se diz que todo poder emana do povo, o que se estabelece é que o povo detém a soberania, mas não necessariamente a exerce. E o reconhecimento do povo enquanto titular da soberania é recente na história da humanidade. Pode-se reportar aos contratualistas clássicos o estabelecimento da titularidade, já que todos eles partem da premissa de que o estado de natureza se tornou tão insuportável que os indivíduos, detentores de soberanias individuais, resolveram fundar um Estado que, representando seus anseios e interesses, exercesse o poder supremo. Assim, podem-se localizar no contratualismo clássico os primórdios teóricos da cláusula de que o povo é o titular de todo o poder, em outras palavras: que o povo é o titular da soberania.

Quando, portanto, uma constituição diz que todo poder emana do povo, o que ela está fazendo é reconhecer que a titularidade da soberania cabe ao povo, e quando completa que o exercício deste poder será indireto (por representantes eleitos) ou direto (por instrumentos próprios), o que se está fazendo é determinar como ocorrerá o exercício da soberania. Daí se poder dizer que a soberania é indelegável, mas não o seu exercício. Neste passo, como nem o Estado, inclusive suas instituições, nem a constituição têm vontade própria, não faz sentido se afirmar que o Estado é soberano ou que a constituição é soberana, nem que algum dos poderes – na verdade, funções – do Estado são soberanos. Fala-se, então, de um soberano acima

⁸⁷ ROBERT, Cinthia; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Teoria do Estado, democracia e poder local*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 14.

(ou anterior) à constituição e ao Estado e de um pseudo-soberano abaixo (ou posterior) a eles⁸⁸. O soberano é o povo, enquanto o pseudo-soberano é o Estado ou alguma de suas funções.

É preciso, então, especificar melhor quando se diz que o conceito de soberania é formado a partir da “oposição entre o poder do Estado e outros poderes⁸⁹”. É que tal oposição consiste tão-só na luta pelo exercício do poder supremo, isto é, na disputa pelo exercício da soberania. Ora, se o próprio titular do poder constituinte, o povo, ao delegar o exercício deste poder a, por exemplo, uma assembleia constituinte, concordou que esta fixasse na constituição uma cláusula segundo a qual todo poder emana do povo, que o exercerá indireta (por meio de representantes eleitos) ou diretamente, nos termos da constituição. Então, o exercício desta soberania ocorrerá através de funções representativas do povo, legislativa e executiva, bem como, nos termos da constituição, por funções que não representem o povo, mas constituídas para preservar a constituição, o ordenamento jurídico, o Estado e também para proteger os (direitos dos) indivíduos.

Verifica-se, então, que a própria concepção de exercício da soberania liga-se à questão do exercício do poder. Não se pode, contudo, confundirlos, já que o exercício da soberania é o exercício em grau máximo do poder político, não se confundindo com o exercício do poder político, que é um dos elementos do Estado⁹⁰. Noutras palavras: o exercício do poder político em seu aspecto máximo ou supremo equivale ao exercício da soberania. Portanto, há que se fixar que o Estado tem no máximo a titularidade do exercício, seja do poder político seja da soberania, bem assim o executivo, o legislativo e o judiciário enquanto funções separadas para o melhor exercício do poder.

Nesse sentido, a mudança na titularidade da soberania só pode ocorrer se houver um novo poder constituinte que estabeleça que o poder não mais emane do povo, e sim de alguma outra entidade, ou, então, mediante usurpação, caso o Estado ou algum de seus poderes (ou funções) arrogarem para si o poder constituinte e com ele a titularidade da soberania. Assim, é possível que exista um “soberano apesar da constituição” e um “soberano em virtude da constituição”, de maneira que a diferença entre um e outro é que aquele possui “prerrogativas constitucionais que não são verdadeiramente controladas, tornando-se uma espécie de árbitro do

⁸⁸ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 24.

⁸⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 75.

⁹⁰ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 35. ed. São Paulo: Globo, 1996, p. 54.

sistema político⁹¹”. Mais fácil que o estabelecimento de um novo poder constituinte, ainda que imposto, é a sua paulatina usurpação, seja baseada em alterações homeopáticas do texto constitucional seja baseada em interpretações mutacionais à constituição. Ora, se a soberania é o poder supremo em si, e o exercício desta soberania é que consiste no “poder de decisão em última instância”, capacidade esta que necessariamente se relaciona “ao monopólio da coação legal⁹²”, então quando alguma das funções estatais livremente interpreta o que o constituinte teria dito, impondo sua vontade em última instância, sem que contra isto haja controle, há aí uma usurpação de soberania.

Então, quando se diz que o poder estatal é supremo, na verdade o que se quer dizer é que o Estado titulariza o exercício de um poder supremo, a soberania, que ocorre, legitimamente, em nível interno, pela imposição coerciva sobre o povo de regras de comportamento que, se não observadas, ensejam a aplicação de uma sanção institucionalizada. Juridicamente, a soberania, ou melhor, o seu exercício, é o “poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas”, isto é, “tem-se como soberano o poder que decide qual a regra jurídica aplicável em cada caso, podendo, inclusive, negar a juridicidade da norma⁹³”. Estendendo-se tal conceituação à política, tem-se o exercício da soberania “como o poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência⁹⁴”. Portanto, o exercício da soberania, sob um viés político-jurídico, pode ser vista como o poder de tomar decisões de direito (ditar as regras do jogo, dentro de certos limites) e de fato (fazer cumprir as regras do jogo, observados determinados limites).

Como grau máximo do (exercício do) poder político, questiona-se a origem o exercício da soberania pelo Estado. Apontam-se normalmente duas teses para responder à indagação: uma teocrática, outra democrática. Pelas teorias teocráticas, a soberania é divina – algo como todo poder emana de Deus –, argumentando-se que Deus, criador de todas as coisas, criou também o Estado e, com ele, o soberano, que exerceria o poder político supremo que lhe foi confiado, representando Deus na Terra. Pelas teorias democráticas, a soberania é popular – no estilo: todo poder emana do povo –, argumentando-se que o povo é o titular da soberania e também do poder. Na era das democracias modernas – no que se fala em Estado

⁹¹ BERCOVICI, Gilberto. Obra citada, 2008, p. 25.

⁹² PINTO FERREIRA, Luiz. *Teoria geral do Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957, tomo I, p. 109.

⁹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Obra citada, 2003, p. 80.

⁹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. Obra citada, 2003, p. 80.

democrático de direito –, a maioria das constituições adota a soberania democrática, popular, preconizando que “todo poder emana do povo”, o que, “não passa de uma simples homenagem verbal ao caráter democrático-representativo dos atuais ordenamentos⁹⁵”. De fato, a recorrência ao povo é tão-só para fins de legitimação do poder político, já que sobre o poder do povo normalmente pouco se fala⁹⁶. Aliás, isto só corrobora o fato de que, no Estado constitucional, o poder do povo só é utilizado em uma única ocasião: para delegar ao Estado o exercício do poder. Porém, o Estado exerce o poder como se seu titular fosse, passando a se impor sobre o povo, alienando-o do poder⁹⁷. Esta alienação, que leva a uma confusão entre a titularidade do exercício da soberania e a titularidade da soberania, aumenta ainda mais em virtude de três razões – e aqui se utiliza como faz a literatura específica em peso o termo soberania para se referir às duas situações.

A primeira das razões é de que o conceito de soberania necessita ser revisto ante a atual complexidade da sociedade baseada cada vez mais na expansão da globalização, redundando no enfraquecimento do Estado democrático de direito, que não consegue, em seu próprio território de ação, “impor decisões políticas e aplicar normas jurídicas” a todas as situações e pessoas⁹⁸, e isto notadamente em virtude “dos processos de desagregação interna que vêm sendo engatilhados, de forma muitas vezes violenta, pelos próprios desenvolvimentos da comunicação internacional”, tornando difícil o exercício pelo Estado de seu papel de unificador e pacificador das relações internas, em tese sob a sua batuta⁹⁹. A segunda é a cláusula que em muitas constituições estabelece que o poder político deva emanar do povo, nos termos, porém, da constituição, o que, no caso brasileiro (e certamente em outros casos), é bastante interessante, já que o texto constitucional abre uma brecha para que o poder político seja exercido por não-representantes do povo. A terceira, os direitos e as garantias decorrentes de reconhecimento internacional, em tratados de que o próprio Estado seja parte, e inclusive a auto-sujeição deste mesmo Estado à jurisdição de tribunais internacionais (na CR tal situação é expressa nos §§2º-4º do art. 5º, que se aplica a todo o sistema de direitos e garantias). Em outras palavras, a soberania é limitada pela organização do Estado e de seu governo, pela separação dos poderes e pela proteção e concretização dos direitos e garantias. Na verdade, o seu exercício é que sofre tal limitação.

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. Carlo Coccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 33.

⁹⁶ BERCOVICI, Gilberto. Obra citada, 2008, p. 37.

⁹⁷ BERCOVICI, Gilberto. Obra citada, 2008, p. 37.

⁹⁸ NEVES, Marcelo. Obra citada, pp. 215-222, especialmente p. 218.

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. Obra citada, 2002, p. 49.

Essas três razões e a crescente alienação permitem dizer que tanto a titularidade quanto a titularidade de exercício da soberania estão em crise. Discute-se aqui apenas a crise sobre o exercício da soberania. Um verdadeiro carrossel do poder, que se verifica desde quando se entende que o poder político supremo deva ser exercido por alguma entidade, notadamente uma das funções do Estado. É por esta razão que as funções são chamadas de poderes, já que poder, bem como soberania, pressupõe estar no topo. O exercício da soberania troca de mãos conforme o momento histórico vivido e, interessantemente, de acordo com as necessidades sociais. Se durante o absolutismo régio, o poder supremo era do executivo, com as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, a soberania passou a ser exercida pelo legislativo e, mais adiante, especialmente com o fim da II Guerra Mundial, transitou para o judiciário, que parece exercer o poder (político) supremo (soberania) até a atualidade.

Assim, quando se afirma que a soberania enquanto exercício do poder político supremo emana do povo a função é de apenas lembrar a origem democrática do Estado de direito. A ilusão de que o povo governa direta ou indiretamente reside na própria Constituição e por ela é também desfeita. Na CR este fato é encontrado em diversos dispositivos. No parágrafo único do art. 1º a expressão “nos termos desta Constituição” deixa claro que se do povo emana todo poder, este será exercido conforme as normas contidas na Constituição, inclusive as de caráter restritivo desta titularidade. A ideia é complementada pelo art. 2º, que triparte as atribuições do poder supremo estatal em legislativa, executiva e judiciária, não havendo um quarto poder, como há em algumas Constituições (inclusive sulamericanas), destacado ao povo, e assim denominado popular ou cidadão; ou seja, o poder emana do povo, mas a regra é que ele o exerça indiretamente.

Mais adiante, no art. 14, encontra-se a sugestiva regra de que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: plebiscito, referendo e iniciativa popular”. Note-se que o texto constitucional é coerente ao dispor que todo poder emana do povo (art. 1º, parágrafo único) e ao chamar isso de soberania popular (art. 14, *caput*). Ademais, aqui já há uma limitação, que é a preferência constitucional pela soberania popular representativa (indireta), só havendo um exercício pretensamente direto através de instrumentos como o plebiscito e o referendo, que dependem de ato do legislativo ou do executivo, e a iniciativa popular, que depende para se ter uma ideia da apresentação do projeto de lei – “subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles” – à Câmara dos

Deputados, podendo se circunscrever a apenas um assunto (art. 13, *caput* e §1º, da Lei 9.709/1998, que regulamenta o art. 14, I, II e III, da CR).

A limitação à soberania popular aumenta no título sobre a organização dos poderes, que estabelece em claras palavras que o legislativo (arts. 44-46, da CR) e o executivo (arts. 76 e 77, da CR) serão formados por representantes do povo, mediante eleição. Já no que diz respeito ao judiciário, este será formado por juízes publicamente concursados (art. 93, I, da CR) e por desembargadores (art. 94, *caput* e parágrafo único, da CR) e ministros (parágrafos únicos dos arts. 101 e 104, da CR) nomeados pelo chefe do executivo. Mais uma vez se retorna à cláusula “nos termos desta Constituição” presente no parágrafo único do art. 1º da CR. Isto quer dizer que o judiciário, nos termos da CR, não é um poder eleito, já que sua função, além de dirimir conflitos, é também controlar os demais poderes. E isto é tão certo que há o exercício judicial de um controle de constitucionalidade para leis e atos normativos, que permite retirar do ordenamento jurídico atos do legislativo e também do executivo que contrariem a CR ou preceito fundamental dela, por exemplo. Não se pode, no entanto, esquecer que as decisões vinculantes em sede de tal controle, não vinculam o legislativo, embora vinculem o judiciário e o executivo, além dos particulares.

Assim, verifica-se que, pelos termos da CR, o poder que deveria sobressair é o legislativo, exercendo o poder político supremo do Estado em nível interno e determinando as normas às quais os demais poderes estariam submetidos. Trata-se de uma acepção claramente liberal, podendo-se retomar que a luta do liberalismo já em fins do século XVII contra o antigo regime inglês propunha tanto política quanto economicamente a adoção da liberdade como fundamento do mercado e da lei como fundamento do direito. Criou-se, então, o modelo do governo das leis em contraposição ao modelo do governo dos homens. Tal é o modelo vigente na atualidade, se bem que com modificações decorrentes da necessidade de diálogos entre os poderes do Estado para a melhor conformação e aplicação das normas jurídicas.

O governo das leis apresenta cinco características básicas: submissão de todos, sociedade e Estado, ao direito; aplicação das leis de maneira igual aos que estejam em circunstâncias equivalentes; participação social na criação e na melhoria das leis que regulamentam seus comportamentos; procedimentos legais efetivos e acessíveis a todos para garantir a proteção dos direitos e da dignidade de todos os membros da sociedade;

independência dos poderes, inclusive do judiciário¹⁰⁰. Em resumo, pode-se dizer que o governo das leis, e assim também as constituições se caracterizam pelo que se segue¹⁰¹: proteção dos direitos, organização político-administrativa, alocação de competências, estabilidade do sistema, limitações ao governo, separação de poderes, havendo entre eles independência e harmonia.

O modelo do governo das leis, em que a atuação do Estado passou a ser limitada pelas leis, fundou-se essencialmente sobre a doutrina da separação dos poderes, amadurecida por Montesquieu¹⁰² e Madison¹⁰³, embora de formas distintas. Neste sentido, importa reavivar na memória que a teoria da separação dos poderes é uma atualização montesquieuana da tese da limitação do poder político, elaborada por Locke¹⁰⁴. Uma vez que os cidadãos naquilo que se convencionou chamar nos Estados Unidos de fins do século XVIII de república dos modernos e na França da mesma época de democracia dos modernos passaram a ser representados, não mais exercendo, em regra, sua soberania diretamente, foi necessário não só limitar os poderes políticos, mas também os separar, a fim de evitar quaisquer tipos de usurpação do poder, ou seja, uma precaução necessária em favor da liberdade¹⁰⁵. Porém, bem se sabe que diferenças enormes há entre o modelo francês e o modelo americano. No modelo francês, o juiz boca-da-lei representou na sua máxima forma o exercício da soberania pelo legislativo, cabendo, pois, somente a este poder “criar o direito, restringindo-se o judiciário a declará-la aplicável ao caso concreto¹⁰⁶”. O modelo americano consistiu em uma adequação da doutrina de Montesquieu, uma atualização que permitiu a criação do sistema de freios e contrapesos. Além do que, já àquela época, o judiciário era entendido como um poder que tinha alguma função (em Montesquieu, era um poder nulo), especialmente a partir do papel que seu órgão supremo, a Suprema Corte, desempenha, desde então, na história do direito constitucional dos Estados

¹⁰⁰ STEIN, Robert. Rule of law: what does it mean? *Minnesota Journal of International Law*, vol. 18, 2009, p. 302.

¹⁰¹ HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro. The challenge of multilevel democratic dialogue for shaping the rule of law. *Revista de Processo*, 2011 (no prelo).

¹⁰² Ver: MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barão de la Brède e de. *Do espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

¹⁰³ Ver: MADISON, James. Federalist n. 47. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist*. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.

¹⁰⁴ Ver: LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

¹⁰⁵ MADISON, James. Obra citada 2001, p. 249.

¹⁰⁶ OMMATI, José Emílio Medauar; HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro. Obra citada, 2012.

Unidos¹⁰⁷. Segundo Madison, a separação dos poderes seria uma precaução em favor da liberdade; e, de fato, é, mesmo quando um poder sobressai aos demais, mas não quando usurpa a soberania do povo.

Pois bem, a teoria clássica da separação dos poderes, consolidada por Montesquieu, fez com que o poder fosse tripartido em legislativo, executivo e judiciário, possuindo cada um as suas funções, de modo que o primeiro exerceria a soberania material, o segundo a soberania formal e o terceiro seria um poder nulo, mero órgão de declaração. O desenvolvimento constitucional desta teoria permitiu que fosse construída “a ideia de que nenhum dos poderes é em si mesmo soberano”, havendo “uma possibilidade de controle recíproco a ser exercido em casos extremos¹⁰⁸”. Formulou-se, então, um sistema de pesos e contrapesos, já existente na Inglaterra de fins do século XVII, mas melhor elaborado em fins do século XVIII com o instituto estadunidense da *judicial review*, cuja primeira aplicação se deu no caso *Marbury v. Madison* (1803), pelo que cada um dos poderes, além de suas funções típicas, poderia exercer atribuições atípicas com o intuito de controlar os demais, mesmo no caso do judiciário. Além desse tipo de controle, há também, para manter a equipotência, o controle exercido pela sociedade, principalmente no que se refere a dar eficácia social aos atos dos três poderes; assim, embora os atos dos três poderes (por exemplo, as leis, os decretos e as decisões) vinculem a sociedade, esta, geralmente verificando a não incidência de sanções, pode optar por não observá-los – se bem que isso não se possa considerar soberania, acaba por lhe fazer o papel (soberania oblíqua).

Porém, a evidência é clara, a teoria da separação dos poderes, embora em um processo de constante revisão, continua a ser adotada em muitos países, embora com algumas variações. Em muitos países e também no Brasil, adota-se a clássica tripartição, sem haver um poder que sirva como sítio de exercício do poder pela sociedade (algo como um poder popular ou como um poder cidadão). Além disso, evidencia-se que a soberania popular (desvelada, obviamente, a ilusão de que ela realmente exista, a não ser de uma forma muito indireta ou até mesmo de uma maneira oblíqua) é exercida apenas em relação aos poderes legislativo e executivo, já que nos termos da CR “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto” (art. 14, *caput*), de maneira que, como o povo não elege o judiciário, então este poder só pode ser considerado como uma espécie de fiel da balança, em que em um prato estão os outros dois poderes, e em outro a sociedade. Isso permite explicar o motivo pelo qual se afirma que o

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. Obra citada, 2009, p. 20.

¹⁰⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 78.

judiciário independente e neutro é necessário, já que, do contrário, seria impensável a implantação da justiça e a correta defesa e concretização dos direitos e garantias¹⁰⁹.

Surgida com o escopo de proteger a liberdade dos indivíduos contra a interferência do Estado, a doutrina da separação dos poderes evoluiu para abarcar a eficiência do Estado¹¹⁰, de modo que se pode dizer que, atualmente, se tem uma separação de competências (já que o poder é uno e indivisível) para o melhor desempenho de funções, tendo por finalidade tornar o Estado um meio para que se atinjam os desígnios da sociedade, dentre eles a proteção e a concretização de direitos. Com a divisão de funções pretende-se a desconcentração do poder, em que se praticaria, em tese, uma cooperação entre os centros de competência, em que se os poderes eleitos (executivo e legislativo) representam os interesses das majorias, o poder que não é eleito (o judiciário) deve servir como contraponto, atendendo os interesses das minorias que, de fato, mereçam ser atendidos para a consecução de um Estado democrático, além, de, é claro, proteger todos os demais interesses que valham a proteção.

Voltando à questão da titularidade do exercício da soberania, tem-se que o Estado divide, por uma questão de melhor desempenho, ou seja, de eficiência, este exercício entre funções, em geral três, competindo a cada uma delas exercer com primazia um determinado tipo de tarefa. A doutrina clássica da separação dos poderes é incisiva ao estabelecer que as funções sejam separadas, mas não necessariamente seus poderes, de modo que o que deve haver é uma interconexão entre os poderes, sendo, então, “ingênuo – bem como indesejável – pensar nas regras de separação de poder como capaz de criar câmaras herméticas, cada uma contendo tudo o que pertence ao poder executivo, ao legislativo e ao judiciário. A sobreposição é inevitável¹¹¹”. Dito de outra maneira, uma mesma autoridade não pode criar e aplicar a lei¹¹², o que não significa que quem tem a incumbência de criar as leis não possa fiscalizar ou controlar aquele a quem incumbe aplicá-las, e vice-versa. O sentido original da doutrina da separação é este, o que muda é a repartição das funções e o seu desempenho.

¹⁰⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. Obra citada, 1995, p. 81.

¹¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Obra citada, 2003, p. 215.

¹¹¹ TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000, p. 138.

¹¹² SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 38.

Considerando o surgimento do Estado liberal, que representou mais uma luta, que uma solução ao antigo regime¹¹³, pode-se localizar na obra de John Locke um ensaio do que viria a se constituir na doutrina montesquieuana da separação dos poderes. Àquela época, fins do século XVII, o propósito era o de impor limites ao Estado¹¹⁴, mais precisamente, limitar o Executivo, que, naquele tempo, se auto-intitulava irresponsável. Para tanto foi conferida ao Parlamento a incumbência de criar leis, que determinariam o comportamento de todos, isto é, da sociedade e do próprio Estado. O legislativo teve aí a oportunidade de se tornar o poder dos poderes estatais, limitando o executivo e tendo o suporte do judiciário, seja para aplicar simplesmente as leis (como no caso francês, em que o juiz era a boca da lei) seja para proteger os indivíduos, freando os abusos do governo (como no caso inglês e também americano). A ideia do juiz boca-da-lei duraria mais ou menos até meados do século XX para os países que seguiram o modelo francês, enquanto que já no século XIX os países que seguiram o sistema anglo-americano já verificavam que “a segurança jurídica não se restringiria à aplicação das leis, já que elas poderiam não ser suficientes em si mesmas, devendo-se buscar a segurança e a previsibilidade em outro lugar, isto é, nos precedentes judiciais¹¹⁵”.

Isso explica porque, de certa forma, o ativismo judicial teve início em fins do século XIX nos Estados Unidos, naquele período que ficou conhecido como a Era Lochner (1897-1937), “período em que a Suprema Corte derrubou uma série de leis estaduais que se propunham a regular as relações entre empregadores e empregados¹¹⁶”, promovendo um “deslocamento da autoridade do sistema representativo¹¹⁷”. Neste período, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos, praticando o que em 1947 se denominaria de ativismo judicial, sob uma interpretação equivocada acerca da cláusula do devido processo, proferiu decisões substitutivas da vontade do legislador¹¹⁸, isto é, da vontade política, ainda que muitos juristas arguam “que a legislação sobre o número máximo de horas invalidada em Lochner era uma lei ruim corretamente invalidada¹¹⁹”. Como se pode

¹¹³ HOBHOUSE, Leonard T. *Liberalism*. London: Williams & Norgate, 1919, p. 18-19.

¹¹⁴ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luís. *Ciência política & teoria do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 56.

¹¹⁵ OMMATI, José Emílio Medauar; HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro. Obra citada, 2012; MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, 2010, p. 63.

¹¹⁶ SUNSTEIN, Cass. *A constituição parcial*. Trad. Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009, p. 55; TRIBE, Laurence H. Obra citada, 2000, p. 1347.

¹¹⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. Obra citada, 2008, p. 443.

¹¹⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Obra citada, 2008, p. 443; TRIBE, Laurence H. Obra citada, 2000, pp. 1344-1345.

¹¹⁹ POSNER, Richard A. Obra citada, 2008, p. 281.

observar a Era Lochner acabou um pouco antes da II Guerra Mundial (1939-1945), mas serviu como uma prévia do ativismo judicial que estava por vir depois da queda do nazismo, especialmente com a Corte de Nuremberg, um tribunal de exceção.

Com o fim da Segunda Guerra e o julgamento (de alguns) dos criminosos dela, o ativismo judicial passaria a fazer parte da vida de muitos judiciários de vários países. Para justificar o novo papel do judiciário, arguía-se a necessária defesa dos direitos humanos e fundamentais em face de possíveis arbitrariedades legislativas e também do executivo. Com o tempo, este discurso agregou também o argumento da inércia do legislador e do executivo, seja, por exemplo, na criação de leis em defesa de direitos e garantias, seja, por exemplo, na realização de políticas públicas para a concretização de direitos. O que aconteceu, então, foi que desde a segunda metade do século XX a cultura jurídica, principalmente a judicial, passou a insistir em um novo papel para os magistrados, especialmente aqueles dos tribunais supremos: ser a boca que proferirá a última palavra sobre a interpretação das leis e da constituição¹²⁰. E, de fato, pelo menos no sistema jurídico-constitucional brasileiro, o que se tem é que o STF é a boca da interpretação correta da constituição.

Há, assim, um ativismo judicial que, mal compreendido, é utilizado para justificar uma atuação do STF como instância máxima de proteção dos direitos e das garantias fundamentais dos indivíduos¹²¹. O resultado é, além da violação da separação dos poderes e da usurpação da titularidade da soberania, o que se vê com a maximização ocorrida com o RE 466.343-1/SP: a possibilidade de a constituição ser sufocada por uma interpretação que o seu próprio sistema não permite. O que se faz, portanto, no próximo tópico, é demonstrar a desnecessidade de o STF ter decidido do modo que decidiu, já que havia outros meios, permitidos pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, deve-se recuperar que das quatro teses que foram consideradas no voto do Ministro Gilmar Mendes, duas eram pela infraconstitucionalidade, sendo uma pela suprallegalidade, adotada pela maioria dos Ministros, e outra pela legalidade, defendida neste estudo.

¹²⁰ DWORKIN, Ronald. Obra citada, 1992, p. 383.

¹²¹ E como diria a música Hora do Brasil do RPM, “Hora do Brasil, da radio difusão, desse sistema essa extrema confusão, desse Brasil que não quer e nem sabe escutar, certos problemas que nunca vão passar”. Em suma, o que se pretende com o trecho acima citado é demonstrar a confusão que o Supremo vem procedendo para a aplicação dos precedentes. A todo o momento, mudanças paradigmáticas são vislumbradas no entendimento do Supremo sem qualquer justificativa plausível para tanto. O que se percebe, com isso, é que se tenta uma mutação constitucional às avessas e se acaba confundindo “*alhos com bugalhos*”.

5. OS EFEITOS DA DECISÃO DO RE

O foco, aqui, é demonstrar o motivo pelo qual se deve adotar a tese de que os tratados internacionais sobre direitos humanos, quando não aprovados pelo quorum específico previsto no art. 5º, §3º, da CR, ao ingressarem no direito interno brasileiro o fazem não como leis, mas como se fossem leis, sendo, pois, aplicados com força de lei. O argumento é simples. Ao estabelecer em seu §3º que se os tratados internacionais sobre direitos humanos forem aprovados com o quorum de emenda constitucional, o art. 5º da CR deixa bem claro que tais tratados “serão equivalentes às emendas constitucionais”. Veja-se que ser equivalente é diferente de ser igual, isto é, referidos tratados terão força de emendas constitucionais, sendo aplicados como se fossem emendas constitucionais. Pois bem, a questão é: e se não forem aprovados com o quorum de emenda constitucional, a que devem os tratados internacionais sobre direitos humanos serem equiparados?

Já se viu, quando foi rechaçada a tese que, baseada no art. 5º, §2º, da CR, defende que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm *status* de norma constitucional, que este dispositivo indica claramente a força de lei destes tratados. Basicamente dois argumentos podem ser utilizados para refutar este *status*. O primeiro argumento é o de que a CR em seus arts. 102, III, *b* e 105, III, *a*, situa “o tratado e a lei na mesma posição hierárquica”, estabelecendo que o STF resolva através de recurso extraordinário questões sobre a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal e que o STJ resolva através de recurso especial questões sobre violação a tratado ou lei federal¹²². Argumenta-se, então, que a equiparação entre a lei interna e o tratado internacional “é confirmada pelo fato de nenhuma outra norma constitucional prever a competência do Poder Judiciário para avaliar a violação de tratado por lei ou vice-versa”, o que “demonstra que o constituinte não desejou instituir uma hierarquia entre ambos¹²³”. O segundo argumento é o de que se os tratados internacionais sobre direitos humanos tivessem *status* constitucional pela tão-só previsão contida no art. 5º, §2º, da CR, então todas as leis internas que trouxessem em seu corpo direitos e garantias também teriam o *status* de norma constitucional, já que o constituinte não fez qualquer distinção em seu texto sobre qual a hierarquia assumida pelos direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela CR e pelos direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais. Ademais, o §3º do mesmo dispositivo seria inócuo, já que seria desnecessário o cumprimento de um

¹²² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Obra citada, 2011, p. 43.

¹²³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Obra citada, 2011, p. 43.

procedimento mais extenso com quorum qualificado para se ter o mesmo resultado prático.

Pois bem, o art. 5º, §3º, da CR, não determina que os tratados internacionais sobre direitos humanos que não forem aprovados com o quorum de emenda constitucional, não adquirindo força equivalente à de emenda, deverão ter força supralegal. O que há são dois procedimentos para a internalização de tratados internacionais na ordem brasileira: um é a possibilidade de os tratados sobre direitos humanos vigerem com força de emenda constitucional (art. 5º, §3º, da CR); outro é o caso dos demais tratados e dos tratados sobre direitos humanos que não forem aprovados pelo quorum do art. 5º, §3º, da CR, ou que a ele não forem submetidos. Por este segundo procedimento, os tratados serão celebrados pelo Presidente da República ou pelos representantes diplomáticos por ele acreditados e dependerão de referendo do Congresso (art. 84, VII e VIII, da CR) e se forem aprovados em um só turno em cada Casa do Congresso ou se forem aprovados em dois turnos em cada Casa, mas sem quorum qualificado, então serão aplicados como se fossem leis.

Note-se que a invocação do art. 27 da CVDT não é admissível para a justificativa de que os tratados internacionais não internalizados pelo procedimento do art. 5º, §3º, da CR, tenham natureza supralegal. Isto porque o art. 27 da CVDT – que diz que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um contrato” – não se refere ao conflito entre os direitos contidos em um tratado internacional que para a ordem jurídica interna de um país tem força de lei ordinária e os direitos contidos na Constituição deste mesmo país. Dito de outro modo, enquanto a CADH não obtiver, a partir do procedimento previsto pela CR (art. 5º, 3º) o *status* constitucional, as suas disposições devem ser lidas à luz da CR, e não o contrário, como o STF entende. Isto quer dizer que no conflito entre o direito previsto no art. 7º (7) da CADH, que veda a prisão civil do depositário infiel, e o direito (melhor seria dizer a restrição, constitucionalmente prevista, ao direito de liberdade) que se encontra no art. 5º, LXVII, da CR, que permite a prisão civil do depositário infiel, a prevalência é do que se encontra previsto na Constituição. O critério é hierárquico e inexistente qualquer afronta à CVDT. Mas ainda cabe uma questão: e no conflito de direitos previstos em normas internas e de direitos estabelecidos por normas internacionais internalizadas, qual direito deve prevalecer?

A resposta é singela e é alcançada pelo critério cronológico. Neste sentido, o art. 7º (7) da CADH revogou tacitamente a legislação interna que estabelecia o procedimento, mas não a possibilidade de prisão civil do depositário infiel nos contratos de depósito. Caberia, então, ao legislador,

para regulamentar a possibilidade aberta pelo constituinte originário para a prisão civil (art. 5º, LXVII, da CR), editar legislação interna que constituísse novo procedimento à referida prisão. Porém, agora sim em virtude do art. 5º, §2º, da CR, o que o legislador criasse seria inconstitucional, já que violaria um direito, não fundamental, mas constitucionalmente protegido, presente no catálogo de direitos da CR. Faz-se, pois, a leitura da legislação a partir da Constituição, e não o inverso, como pretendido pelo STF, chegando-se, então, ao mesmo resultado prático, porém sem macular os princípios fundantes da soberania (art. 1º, I, da CR) e da separação dos poderes (art. 2º, da CR) através de um ativismo judicial ilegítimo.

Defende-se, portanto, à luz do art. 5º, §§2º e 3º, da CR, em uma interpretação sistemática, que os tratados internacionais, quando internalizados, podem adquirir, alternativamente, ou a força de emenda constitucional ou a força de lei ordinária, de maneira que: só terão força de emenda constitucional os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados através do procedimento e quorum previstos no art. 5º, §3º, da CR, todos os demais terão força de lei.

Porém, em virtude da vinculação, da obrigatoriedade gerada pela *ratio decidendi* do RE 466.343-1/SP, por mais que dela se discorde, há que reconhecer que, enquanto o constituinte derivado não incluir, através de emenda constitucional, um §3º-A ao art. 5º da CR, em que se preveja que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que não forem aprovados de acordo com o parágrafo anterior serão equivalentes às leis ordinárias federais”, a decisão do STF permanecerá produzindo seus efeitos. Assim, enquanto o constituinte não faz tal emenda – já que a tão-só aprovação da CADH e do PIDCP pelo quorum do art. 5º, §3º, da CR seria insuficiente para retirar os efeitos da decisão do STF –, uma vez que há outros tratados internacionais sobre direitos humanos não submetidos ao referido quorum, a análise aqui efetuada faz um levantamento de alguns problemas que podem surgir se o STF mantiver a sua palavra e aplicar o precedente formado.

Convém, então, retomar a *ratio decidendi*, o precedente obrigatório que deriva do RE 466.343-1/SP: os tratados internacionais sobre direitos humanos que não forem ou não tenham sido submetidos ao procedimento específico e ao quorum qualificado previstos no art. 5º, §3º, da CR, têm *status* na ordem jurídica brasileira de norma supralegal (tese da supralegalidade), ficando, então, paralisados os efeitos de toda a legislação (tese do efeito paralisante) que com eles confrontar.

A decisão do STF no caso do RE 466.343-1/SP representa uma clara hipótese de controle de constitucionalidade que, apesar de se referir a um caso específico, produz efeitos contra todos os jurisdicionados, devendo ser observado tal precedente pelos demais órgãos judiciais, pelo executivo e pelos particulares. Ademais, o Supremo também estabeleceu um parâmetro para o controle de supralegalidade (ou de convencionalidade¹²⁴), de modo que a partir de sua decisão de 03/12/2008 os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos têm *status* de norma infraconstitucional, porém supralegal, e, adicionalmente, possuem um efeito paralisante sobre a legislação interna que lhe contrariar. Já se demonstrou aqui a discordância, devidamente fundamentada, quanto à constitucionalidade, à viabilidade e à razoabilidade das referidas teses, mas como a opinião jurídica não tem força para mudar o entendimento de ao menos a maioria dos Ministros do STF, salvo se por eles adotada, cumpre, então, discutir os possíveis efeitos do precedente paradigmático no ordenamento jurídico brasileiro.

Que a decisão é vinculante, disso não se duvida, já que o recurso extraordinário é o último recurso possível para manifestar a discordância das partes quanto às decisões judiciais. Que a decisão produz efeitos contra todos – apesar de a doutrina¹²⁵ entender que a eficácia subjetiva é limitada às partes do processo –, aqui parece fora de dúvida, já que o STF vem entendendo que a prisão civil do depositário infiel por equiparação (caso do art. 4º, do Decreto-Lei 911) é inconstitucional, e no RE 466.343-1/SP o fez por unanimidade; também se entende que há a eficácia subjetiva ampla no caso das duas teses (supralegalidade e efeitos paralisantes), do que todos os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos pelo menos desde 03/12/2008 passam a ser supralegais, paralisando os efeitos da legislação que lhe for inferior, se contrária. Isso parece ser tranquilo. A grande questão que se põe diz respeito aos efeitos temporais da decisão.

Dois são os casos aí envolvidos: uma ilegalidade e uma inconstitucionalidade. Para o caso da inconstitucionalidade, se o tribunal não determina quais são os efeitos, segue-se a regra, ou seja, a decisão terá efeito retroativo, do que resulta o seguinte: qualquer prisão de depositário infiel por equiparação é inconstitucional. Mas e o caso da ilegalidade, os efeitos temporais são de que tipo? Seriam os efeitos amplamente retroativos, isto é, capazes de dotar os tratados e as convenções sobre

¹²⁴ Ver: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

¹²⁵ Ver, por exemplo: BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 115.

direitos humanos de força supralegal e paralisante desde sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro?

Entende-se que não, e isto por dois motivos, um de razoabilidade, outro de coerência. Pela coerência, caso se reconhecesse uma retroação ampla, seria preciso reconhecer também que todos os tratados sobre direitos humanos já incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro teriam força de emenda constitucional, ainda que casualmente tenham sido aprovados por mais de três quintos, mas não em dois turnos de votação, como exige o art. 5º, §3º, da CR – entende-se que se o procedimento que se encontra previsto não foi todo ele seguido, então não há que reconhecer tal força¹²⁶, aplicando-se tão-só o art. 5º, §2º, da CR, que confere a tais direitos força de lei e fundamentalidade material (embora lhes negue fundamentalidade formal). E então, os efeitos teriam alguma carga de retroatividade? Pela interpretação da CR, não, já que os §§2º e 3º de seu art. 5º são incontestes em estabelecer que o tratado tenha ou força de emenda (§3º) ou força de lei (§2º), inexistindo outra possibilidade. Deve-se dizer que até 03/12/2008 a terceira hipótese estava excluída, passando a partir de tal data a existir. Daí se poderia extrair a dúvida: a tese da supralegalidade existe escondida no texto constitucional desde a EC 45/2004, tendo sido descoberta pelo STF pouco menos de quatro anos depois, ou o STF realizou uma espécie de mutação na CR, com sua visão além do alcance, para formar a tese? A resposta a esta dúvida responde aquela sobre os efeitos da decisão do Supremo, que, talvez propositalmente, não estabeleceu os respectivos limites temporais de eficácia.

Caso se retorne ao início deste trabalho, quando foi analisado o acórdão do RE 466.343-1/SP, encontrar-se-á a resposta que se procura, quando o Ministro Gilmar Mendes, com muita animação clama que com a decisão o STF está dando um importante passo na história judicial brasileira e também na história de proteção aos direitos fundamentais no país. Faz-se muito barulho por nada, mas pelo menos a pergunta não fica sem resposta: todos os tratados e as convenções sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico nacional têm *status* infraconstitucional e supralegal desde a decisão de 03/12/2008, e os que foram internalizados depois dela evidentemente assumem tal *status* na data de sua incorporação. Assim, o PIDCP e a CADH, incorporados em 1992, têm força supralegal desde 2008, bem como, por exemplo, todas as Convenções da OIT que tratem sobre direitos humanos do trabalhador, ao passo que a CVDT, que foi incorporada em 2009, tem força supralegal desde 2009.

¹²⁶ No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 128.

6. CONCLUSÃO

Em face de tudo o que foi discutido, verifica-se que o Supremo trocou as mãos pelos pés e com muita exegese e certamente com o uso de alguma magia extraiu do texto constitucional a possibilidade de que os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos que não forem aprovados em dois turnos em cada casa do Congresso Nacional e por três quintos dos votos dos respectivos membros sejam incorporados no ordenamento jurídico brasileiro como normas infraconstitucionais e supralegais. A fundamentação constitucional para isso permanece uma incógnita, já que da leitura dos §§2º e 3º do art. 5º da CR só é possível extrair que os tratados e convenções sobre direitos humanos ou terão força de emenda constitucional, caso seja respeitado e observado o §3º mencionado, ou terão força de lei, caso tal dispositivo não seja observado, ficando, pois, os direitos e garantias desta última situação apenas com o *status* de direitos materialmente, mas não formalmente fundamentais. Verifica-se, pois, que a decisão do STF no RE 466.343-1/SP foi desnecessária, apontando claramente para o ativismo do órgão de cúpula do judiciário brasileiro. Desnecessária, pois o reconhecimento da CADH e do PIDCP como tratados internacionais sobre direitos humanos com força de lei, já seria suficiente para afastar toda legislação interna com eles incompatível. Ativista, porque o STF se imiscuiu nas funções do legislativo, violando a separação de poderes e, ainda por cima, usurpando a titularidade da soberania. Neste sentido, outra conclusão não se pode ter do que aquela de que é preciso haver um forte controle externo sobre as decisões do STF.

7. REFERÊNCIAS

- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 35. ed. São Paulo: Globo, 1996.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 1.
- BOUDIN, Michael. The real roles of judges. *Boston University Law Review*, vol. 86, 2006.
- BULYGIN, Eugenio. Los jueces ¿crean derecho? *Isonomía*, n. 18, 2003.
- CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2003.
- CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, vol. 2, n. 2, 2001.
- COURA, Alexandre de Castro. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores” à luz da teoria discursiva de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.
- CROSS, Frank B. What judges want? *Texas Law Review*, vol. 87, 2008.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norteamericana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled. *The University of Chicago Law Review*, vol. 59, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. Carlo Coccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, vol. 71, n. 4, 1958.
- GEORGE, Tracey E.; YOON, Albert H. Chief judges: the limits of attitudinal theory and possible paradox of managerial judging. *Vanderbilt Law Review*, vol. 61, 2008.

- GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado constitucional e humanista de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emory Law Journal*, vol. 58, 2009.
- HÄBERLE, Peter. Entrevista de César Landa. El rol de los tribunales constitucionales ante los desafíos contemporáneos. In: VALADÉS, Diego (org.). *Conversaciones académicas con Peter Häberle*. México: UNAM, 2006.
- HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.
- HALDEMANN, Frank. Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: a debate on Nazi law. *Ratio Juris*, vol. 18, n. 2, 2005.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste, 1996. p. 338.
- HART, Herbert L. A. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*, vol. 71, n. 4, 1958.
- HOBHOUSE, Leonard T. *Liberalism*. London: Williams & Norgate, 1919.
- HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro. Sim, os juízes criam direito! *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, vol. 71, 2011.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- MADISON, James. Federalist n. 47. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist*. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, vol. 58, 2000.

- MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Trad. Geraldo de Carvalho e Garcélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- MCNOLLGAST. Conditions for judicial independence. *Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper n. 07-43, 2006.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barão de la Brède e de. *Do espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. O Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- OMAR BERIZONCE, Roberto. Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. *Revista de Processo*, n. 190, 2010.
- OMMATI, José Emílio Medauar; HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro. De poder nulo a poder supremo: o judiciário como superego. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, vol. 49, 2012.
- PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PINTO FERREIRA, Luiz. *Teoria geral do Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957, tomo I.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.
- POSNER, Richard A. *Kelsen, Hayek, and the economic analysis of law*. (Lecture of the 18th Annual Meeting of the European Association of Law and Economics), 2001.
- POSNER, Richard A. The role of the judge in the twenty-first century. *Boston University Law Review*, vol. 86, 2006.

- POSNER, Richard A. The Supreme Court, 2004 term. Foreword: a political Court. *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005.
- POSNER, Richard A. What do judges maximize? (The same thing everybody else does). *John M. Olin Law & Economics Working Paper no. 15*, 1993.
- REDISH, Martin H.; PUDELSKI, Christopher R. Legislative deception, separation of powers, and the democratic process: harnessing the political theory of “United States v. Klein”. *Northwestern University Law Review*, vol. 100, 2006.
- REVESZ, Richard L. Congressional influence on judicial behavior? An empirical examination of challenges to agency action in the D.C. Circuit. *New York University Law Review*, vol. 76, 2001.
- ROBERT, Cinthia; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Teoria do Estado, democracia e poder local*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SCHAUER, Frederick. Is there a psychology of judging? *KSG Faculty Research Working Paper Series*, 2007.
- SHAFIR, Eldar; SIMONSON, Itamar; TVERSKY, Amos. Reason-based choice. *Cognition*, n. 49, 1993.
- SIEGEL, Neil S. Sen and the Hart jurisprudence: a critique of the economic analysis of judicial behavior. *California Law Review*, vol. 87, 1999.
- SILVA, Geocarlos Augusto Cavalcante da. Democracia e ativismo judicial. *Revista de Direito Privado*, vol. 12, n. 46, 2011.
- SIMON, Herbert A. A behavioral model of rational choice. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, 1955.
- STEIN, Robert. Rule of law: what does it mean? *Minnesota Journal of International Law*, vol. 18, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luís. *Ciência política & teoria do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- SUNSTEIN, Cass. *A constituição parcial*. Trad. Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.
- TIEDE, Lydia Brashear. Judicial independence: often cited, rarely understood. *Journal of Contemporary Legal Issues*, vol. 15, n. 129, 2006.
- TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, vol. 4, n. 2, 2008.