

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS

MS 26.603-1, ADI's 351-3 e 1.354-8 e RE 643.978: análise da utilização da retórica neoconstitucionalista como ação estratégica dos Ministros do Supremo Tribunal Federal para interferência na arena política

Júlia Matos Frossard

BELO HORIZONTE

2021

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS

MS 26.603-1, ADI's 351-3 e 1.354-8 e RE 643.978: análise da utilização da retórica neoconstitucionalista como ação estratégica dos Ministros do Supremo Tribunal Federal para interferência na arena política

Monografia a ser apresentada ao Programa de pós-graduação *lato sensu* do CEAF – Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – do MPMG, para a obtenção do título de especialista em Divisão de Poderes, Ministério Público e Judicialização, sob a orientação do Professor Paulo Alkmin Costa Junior.

Júlia Matos Frossard

BELO HORIZONTE

2021

RESUMO

A presente pesquisa buscou analisar e identificar a utilização da retórica neoconstitucionalista, como mecanismo de avanço de preferências políticas pessoais dos Ministros do STF, por meio da utilização de princípios interpretativos abertos. Nesse sentido, ao examinar a evolução social-histórica das ciências jurídicas, buscou-se identificar as bases e os fundamentos que levaram à adoção do neoconstitucionalismo em âmbito nacional e internacional. Ao perfilar essa temática e, no intuito de observar o seu comportamento nos poderes instituídos, tentou-se demonstrar como o fenômeno neoconstitucionalista interage entre eles. Propôs-se a realizar uma análise de como o ordenamento jurídico brasileiro e os operadores do direito, em especial os magistrados, incorporaram a retórica neoconstitucionalista na aplicação da lei, aprofundando-se no meandro de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Carta Magna e dos seus dizeres, para observar eventuais ingerências políticas praticadas pelo Poder Judiciário, ao utilizar-se desta fundamentação ampla e aberta. O presente trabalho buscou demonstrar como, ao decidir matérias legais e constitucionais, a Suprema Corte tem utilizado preceitos e princípios vagos, próprios do fenômeno neoconstitucionalista, interferindo nas questões e debates próprios da arena política.

Palavras-chaves: Neoconstitucionalismo. Supremo Tribunal Federal. Ingerência Política.

ABSTRACT

The present research sought to analyze and identify the use of neoconstitutionalist rhetoric as a mechanism for advancing the personal political preferences of STF Ministers, through the use of open interpretive principles. In this sense, when examining the social-al-historical evolution of the legal sciences, we sought to identify the bases and foundations that led to the adoption of neoconstitutionalism in the national and international scope. By profiling this theme and, in order to observe their behavior in the established powers, an attempt was made to demonstrate how the neoconstitutionalist phenomenon interacts between them. It was proposed to carry out an analysis of how the Brazilian legal system and legal practitioners, in particular magistrates, incorporated neoconstitutionalist rhetoric in law enforcement, delving deeper into the intricacies of decisions handed down by the Supreme Court, as guardian of the Magna Carta and its sayings, to observe any political interference practiced by the Judiciary, using this broad and open reasoning. The present work sought to demonstrate how, when deciding legal and constitutional matters, the Supreme Court has used vague precepts and principles, typical of the neoconstitutionalist phenomenon, interfering in issues and debates specific to the political arena.

Key words: Neoconstitutionalism. Supreme Court of Justice. Political interference.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
CAPÍTULO 1 - Constitucionalismo e a sua Interpretação	08
1.1– Conceito de Constituição	08
1.2 - Escolas hermenêuticas	09
1.2.1 Jusnaturalismo e juspositivismo	10
1.2.2 Pós-positivismo e neoconstitucionalismo	10
CAPÍTULO 2 - O neoconstitucionalismo no Brasil	15
2.1 - Controle de Constitucionalidade no Brasil	19
2.2 - Comportamento judicial frente ao neoconstitucionalismo e às mudanças institucionais endógenas	23
CAPÍTULO 3 - Da utilização da retórica neoconstitucionalista em decisões do Supremo	26
3.1 Mandado de Segurança 26.603-1 e a infidelidade partidária	28
3.2 – Ações diretas de inconstitucionalidade 1.351-3 e 1.354-8 e a cláusula de barreira	36
3.2.1 Da Emenda Constitucional 97/2017 e o desfecho da cláusula de barreira	43
3.3 Recurso Extraordinário 643.978.....	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

INTRODUÇÃO

Antes de adentrar no escopo do trabalho, propriamente, importante fazer uma breve ponderação de acontecimentos históricos e sociológicos que permitiram a adoção do constitucionalismo (e do neoconstitucionalismo) no Brasil.

A Constituição vigente sofreu influências históricas e sociais de toda ordem, seja buscando resguardar direitos e avanços das outras Constituições ou como forma de prevenir os retrocessos jurídicos de outros textos constitucionais.

Assim, talvez o que mais tenha influenciado o constituinte originário da atual Carta Magna seja a fragilização das garantias constitucionais promovida pela Constituição de 1967, outorgada pelo regime militar.

Com efeito, após décadas difíceis do regime militar, o país e a classe política nacional entenderam pela necessidade de promover e resguardar direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, acima de toda e qualquer legislação em contrário, nascendo-se, assim, a Constituição Cidadã.

Se antes o Direito Constitucional não se mostrava tão importante no ordenamento jurídico brasileiro, com a Constituição de 1988 passa a ter suma relevância, pelas próprias características do texto constitucional, extremamente analítico e extenso.

É certo que, no começo da vigência da Carta Magna, o STF desempenhou um papel político mais tímido, mas sua relevância como ator político institucional foi se intensificando nos últimos anos, em razão das próprias características do texto constitucional: analítico, extenso e com muitos princípios e expressões abertas, com sentidos fluidos, além do espaço de ação permitido pelo Executivo e Legislativo em determinadas conjunturas políticas.

Isso porque, em temas sociais teoricamente espinhosos, como o casamento homoafetivo, adoção por casais homossexuais, aborto de fetos anencefálicos, dentre outras questões tão polêmicas quanto, receosos de perder apoio do eleitorado que representam, mas diante da necessidade do amparo estatal frente a essas questões, Legislativo e Executivo acabaram por permitir que discussões como as citadas, próprias da arena política, fossem travadas e decididas no âmbito do Poder Judiciário, algo que Whittington (2005)¹, no contexto norte-americano (como as paradigmáticas questões do aborto e da discriminação racial), nominou como a “interposição

¹ WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. Published Article in American Political Science Review, Vol. 99, No. 4 November 2005. Princeton University. Disponível em: <https://scholar.princeton.edu/sites/default/files/Interpose_Friendly_Hand_0.pdf>. Acesso em: 20 de abr. 2021. p. 583-596.

da mão amigável” da Suprema Corte para assumir o ônus decisório em temas de defesa de minorias que eram eleitoralmente sensíveis para os demais Poderes.

Outrossim, membros destes Poderes, em especial minorias parlamentares, também procuram a revisão judicial de decisões próprias da arena política, após serem vencidos no campo político, buscando um terceiro turno de discussões no Judiciário.

Nesse contexto, afigura-se importante a análise de uma nova doutrina de hermenêutica constitucional, que surgiu no continente europeu e foi apropriada de uma forma muito específica no Brasil, o neoconstitucionalismo.

É que o neoconstitucionalismo, por suas características intrínsecas, que o presente trabalho abordará mais adiante, conferiu aos operadores do direito, mas, especialmente, aos magistrados, um campo maior de liberdade para impor suas preferências decisórias, justificando, em termos jurídicos, decisões de alta relevância política. Desse modo, aproveitando-se de um texto constitucional extenso e fluido, a utilização de uma “retórica neoconstitucionalista” (mesmo que por vezes o magistrado não se assuma como um neoconstitucionalista) foi um elemento central para que o STF passasse a ocupar um lugar mais importante na arena política.

E, sendo cada vez maior a judicialização de questões morais, sociais e políticas postas ao Poder Judiciário, em detrimento das instâncias políticas tradicionais (Executivo e Legislativo), busca-se, a partir da análise de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, refletir sobre a utilização dessa retórica neoconstitucionalista como um instrumento que permite que a norma escrita seja moldada à vontade política pessoal do intérprete.

Nesse sentido, o presente trabalho buscou realizar um enquadramento teórico do fenômeno para, num segundo momento, apresentar um estudo de caso mais aprofundado, em que alguns julgados do STF foram analisados na pretensão de se demonstrar a nossa tese central sobre a importância do neoconstitucionalismo (ou de uma “retórica neoconstitucionalista”) como elemento facilitador para que a corte (e seus membros, por extensão) tivesse uma importância política maior.

O presente trabalho, no intuito de compreender melhor o fenômeno neoconstitucionalista e o seu surgimento, buscou demonstrar, no primeiro capítulo, as evoluções do ordenamento jurídico e das regras de hermenêutica, avaliando os postulados das escolas jusnaturalistas às escolas modernas do direito, bem como alguns dos fatores históricos e sociais que influenciaram estas escolas jurídicas.

No segundo capítulo, foram traçadas breves considerações acerca da recepção da teoria neoconstitucionalista no ordenamento jurídico brasileiro, assim como o funcionamento do controle de constitucionalidade na Carta Política de 1988, buscando, ao final deste, compreender

as modalidades de mudanças institucionais endógenas e exógenas que o comportamento judicial pode provocar por meio de suas decisões.

Ultrapassadas estas questões norteadoras, o presente trabalho, em seu último capítulo, analisará as decisões proferidas pela Corte Constitucional, no intuito de identificar como a teoria neoconstitucionalista tem servido como base argumentativa, possibilitando uma discricionariedade aos magistrados, já que têm se utilizado mais de princípios do que normas, *standards* de interpretação muito abertos, valorativos, aproximados da moral, proporcionando uma maior liberdade para agirem/decidirem de forma a interferir na arena política.

1 – Constitucionalismo e a sua Interpretação.

Neste capítulo inicial, para entender as influências do fenômeno neoconstitucionalista e como as consequências deste podem culminar na politização do instrumento normativo, faz-se necessária a análise de conceitos e teorias-chave acerca da evolução do direito e do ordenamento jurídico constitucional global e nacional.

De suma importância são estas considerações iniciais, de ordem histórica, uma vez que, buscando as raízes das teorias, é possível identificar se há desvios realizados pelos juízes na interpretação da Constituição e, via de consequência, na aplicação da lei.

Assim, buscar-se-á, nos tópicos a seguir, demonstrar alguns conceitos doutrinários modernos acerca do real significado de Constituição, além de analisar fatos sociais e históricos que moldaram a hermenêutica jurídica durante a evolução do direito e sua contribuição para as escolas modernas que se propuseram à uma releitura do direito a partir do constitucionalismo.

1.1 – Conceito de Constituição

Inicialmente, para o aprimoramento de ideias do capítulo inicial, importa esclarecer, neste tópico, o conceito de Constituição, visto que essa palavra tem como significado literal o ato de constituir ou estabelecer algum objeto ou alguma vontade, ato de criar, e, no sentido jurídico, constitui ou estabelece uma Carta Política de um Estado.

Para Bonavides (2015):

Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma do governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for enfim, conteúdo básico referente à composição do funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição. (BONAVIDES, 2015, p. 81)²

Ademais, entende-se também que a Carta Política de um Estado Democrático de Direito deve se pautar pelas garantias individuais e fundamentais, instrumentalizadas pelo constituinte, assegurada a participação popular no seu desenvolvimento, sob pena de instituir-se um estado autoritário ou ditatorial. Compete ao constituinte observar as garantias e as limitações dos Poderes por ele constituídos, e a forma com que as interações serão regidas entre eles, prezando sempre pela harmonia.

² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. E-book. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 81.

Para Moraes (2018, p. 39), as normas que integram a Constituição são dirigidas à divisão territorial e funcional do exercício do poder político dentro daquele espaço, bem como à garantia de resguardar direitos fundamentais, inclusive alcançando direitos de ordem social e econômica, incluindo-se, no próprio texto constitucional, os meios necessários à aplicação das normas constitucionais, assim como a necessidade de proteção destes meios³.

No Brasil, o constituinte originário trouxe ao bojo constitucional diversos temas de ordem principiológica e social, buscando, de certa forma, resguardar toda essa gama de direitos de ordem subjetiva no texto constitucional, em virtude, principalmente, de o país ter acabado de passar por um forte período autoritário, próprio do regime militar, tendo enxergado a inclusão dessa subjetividade ao texto constitucional como algo benéfico à nova democracia que surgia.

1.2 – Escolas hermenêuticas

O Direito, em sua essência, apresenta-se como uma ciência que nasce das relações sociais, e, encontrando-se a sociedade em permanente mudança de valores, difícil é para o ordenamento jurídico acompanhar as constantes modificações sociais e aplicar o direito ali posto de forma eficaz e contundente.

De mais a mais, importa ressaltar que as normas, em sua essência, dificilmente se adequam a todas as situações do cotidiano de um aplicador da lei, e, nesse caso, a fim de suprir uma lacuna legislativa, cabe ao intérprete aplicá-las da maneira que melhor atendam aos mandamentos e princípios constitucionais estabelecidos.

Nesse sentido, Maximiliano (2011) leciona que⁴:

Graças ao conhecimento dos princípios que determinam a correlação entre as leis dos diferentes tempos e lugares, sabe-se qual o complexo de regras em que se enquadra um caso concreto. Estrema-se do conjunto a que parece aplicável ao fato. O trabalho não está ainda concluído. Toda lei é obra humana e aplicada por homens; portanto imperfeita na forma e no fundo, e dará duvidosos resultados práticos, se não verificarem, com esmero, o sentido e o alcance das suas prescrições. Incumbe ao intérprete aquela difícil tarefa. Procede à análise e também à reconstrução ou síntese. Examina o texto em si, o seu sentido, o significado de cada vocábulo. Faz depois obra de conjunto; compara-o com outros dispositivos da mesma lei, e com os de leis diversas, do país ou de fora. Inquire qual o fim da inclusão da regra no texto, e examina este tendo em vista o objetivo da lei toda e do Direito em geral. Determina por este processo o alcance da norma jurídica, e, assim, realiza, de modo completo, a obra moderna do hermeneuta. Interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta. (MAXIMILIANO, 2011, p. 24)

³ MORAES. Guilherme Peña de. Curso de direito constitucional. E-book. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p-39.

⁴ MAXIMILIANO. Carlos. Hermenêutica e Aplicação ao Direito. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 24.

Dessa forma, a interpretação da norma constitucional e dos atos normativos infraconstitucionais demanda uma análise contextual, o que acabou por criar várias vertentes interpretativas de um texto jurídico.

1.2.1 – Jusnaturalismo e juspositivismo

Dentre as teorias hermenêuticas, em breves considerações, podemos citar o jusnaturalismo, que disciplina as interpretações normativas com um senso de justiça baseado no direito natural, tendo como referencial de aplicação de justiça os princípios éticos e morais, numa ideia metafísica de construção de justiça⁵ e o juspositivismo, que consiste na aplicação da lei escrita tal como é, não deixando margens para que se privilegie outra interpretação ao diploma legal, senão a literal.

Assim, a doutrina jusnaturalista aponta para a interpretação normativa baseada na existência de princípios universais imutáveis abstratos que permeiam as relações humanas, enquanto a doutrina juspositivista nasceu da necessidade de dar segurança jurídica ao ato normativo, proporcionando concretude ao diploma legal, fugindo-se, assim, da arbitrariedade e subjetividade na aplicação da lei.

Se, na doutrina naturalista pairavam incertezas quanto à aplicabilidade justa da lei, no positivismo tem-se a tarefa exaustiva de regular, normativamente, todas as outras situações não previstas em lei. Isso porque, a referida teoria, na sua pureza, não permite ao intérprete a aplicação extensiva de um dispositivo legal, criando-se um ordenamento jurídico túrgido pelo excesso de legislação.

Dessa forma, frente aos problemas enfrentados pelas duas doutrinas hermenêuticas, diante de uma sociedade mutável, surgiram duas novas vertentes interpretativas normativas, conhecidas como pós-positivismo e neoconstitucionalismo, que se propuseram a solucionar os problemas enfrentados pelas antigas teorias hermenêuticas na aplicação da lei.

1.2.2 – Pós-positivismo e neoconstitucionalismo

De origem relativamente moderna, o pós-positivismo nasceu no período pós-guerra, frente ao abuso do positivismo que conferiu legitimidade às barbáries da Guerra. Era necessária

⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. E-book. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 264-265.

a criação de nova modalidade interpretativa normativa que, ao mesmo tempo que apresentasse a segurança jurídica do positivismo, observasse direitos naturais humanos subjetivos, vislumbrando-se, assim, um direito fundamentado na dignidade da pessoa humana.

O excesso de positivismo permite ao governante moldar a sociedade à sua vontade, impondo um autoritarismo aos governados, legitimando suas práticas, por vezes imorais e desumanas, no ordenamento jurídico que ele mesmo criou.

Nesse sentido, importa destacar a teoria tridimensional do direito, desenvolvida pelo professor Miguel Reale, forte crítico do positivismo puro de Hans Kelsen, o qual defende a criação e aplicação de leis, tendo como base interpretativa os seguintes pressupostos: fato, valor e norma. Segundo essa teoria, sob o enfoque específico e concreto, o legislador ou aplicador da lei deveriam pautar-se no valor atribuído ao fato e, só assim, criar ou aplicar a lei para aquele determinado caso.

Assim, daria ao positivismo certa subjetividade, permitindo uma interpretação analítica da norma escrita para melhor se adequar ao fato, culminando na aplicação da justiça na medida correta, evitando-se, assim, o excesso de rigor da lei.

Também, em uma crítica ao positivismo, Dworkin (2006) constata que os juristas habitualmente lançam mão de padrões distintos das regras para embasarem suas decisões. Sobre a normatividade dos princípios, Dworkin (2006) explicita haver dois caminhos possíveis:

(a) Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Se seguirmos essa orientação deveremos dizer que nos Estados Unidos “o direito” inclui, pelo menos, tanto princípios como regras. (b) Por outro lado, podemos negar que tais princípios possa ser obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras o são. Diríamos, então, que em casos como *Riggs* e *Henningsen* o juiz vai além das regras que ele está obrigado a aplicar (isto é, ele, vai além do “direito”), lançando mão de princípios extraleais que ele tem liberdade de aplicar, se assim desejar. (Dworkin, 2006, p. 46-47)⁶

Conforme excerto acima transcrito, Dworkin (2006) demonstra e exemplifica modelos de aplicabilidade dos princípios pelos julgadores e como este podem agir de acordo com ordenamento jurídico que se encontram. A primeira alternativa, exposto como “(a)”, trata os princípios como fontes legítimas e obrigatórias de Direito, que devem ser aplicadas pelos juízes. A segunda (b), por sua vez, trata os princípios como ferramentas retóricas, desvinculadas de qualquer obrigatoriedade.

⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira. 1ª ed. Martins Fontes: São Paulo, 2006. p. 46-47.

Dworkin pontua que a primeira orientação (a) é mais coerente com um projeto constitucionalista e democrático, já que, para o autor, o critério para a função e aplicação de um princípio “não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma”⁷.

Acerca do pós-positivismo, Barroso (2005) esclarece que⁸:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. (BARROSO, 2005, p.04-05)

Essa aproximação entre Direito e Ética e a importância dos direitos fundamentais possibilitou o surgimento do neoconstitucionalismo, relativamente moderno para as ciências jurídicas, que, sequer, completou um século de sua adoção como teoria que coloca os postulados constitucionais como regulamentadores de valores inerentes à pessoa humana e à sua coletividade.

Tal premissa passou a ser necessária frente às barbáries cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, que chamaram a atenção para uma globalização dos postulados de direitos universais da pessoa humana, ou seja, não era mais aceitável apenas a promulgação constitucional dos direitos e deveres do cidadão para com o Estado e vice-versa. Necessário era, também, que as normas constitucionais observassem regras universais pactuadas em tratados internacionais de direitos humanos.

Conforme leciona Barroso (2005):

[...] o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no

⁷ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução: Nelson Boeira. 1ª ed. Martins Fontes: São Paulo, 2006. p. 60.

⁸ BARROSO, Luis Roberto. NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em 04 de jan. de 2021. p. 06.

direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.[...] (BARROSO, 2005, p. 11-12)⁹

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo surgiu como meio garantidor da evolução de concepções jurídicas adotadas na formação dos novos Estados Constitucionais de Direito do pós-guerra, buscando aproximar o ordenamento jurídico a princípios éticos que permitem a aplicabilidade do direito com base na moralidade do texto normativo frente à Constituição.

O atual Ministro do Pretório Excelso explica como se deu a ascensão do neoconstitucionalismo na Europa:

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional. (BARROSO, 2005, P. 03-04)¹⁰

Desse modo, constata-se uma evolução gradual do neoconstitucionalismo nos países europeus, começando pelos países vencidos durante o conflito, e, posteriormente, com nuances próprias, em países de outros continentes, dentre eles Colômbia, Argentina, México, África do Sul, Índia e Brasil, conforme leciona Sarmento (2009, p.02)¹¹.

Na concepção de Galvão (2012), o fenômeno neoconstitucionalista surgiu como meio de promover:

[...] uma interpretação da prática jurídica a partir da perspectiva dos juízes, em que a Constituição – editada após o restabelecimento do regime democrático – é tida como

⁹ BARROSO, Luis Roberto. NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. 09/2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em 06 de jan. 2021. p. 07-08.

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. 09/2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em 06 de jan. 2021. p. 03-04.

¹¹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://cpu007782.ba.gov.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf>. Acesso em 06 de jan. 2021. p. 02.

uma norma substantiva, composta primariamente por princípios, exigindo do intérprete o manuseio de técnicas especiais, notadamente a ponderação. Ou seja, o Neoconstitucionalismo é um modo específico de enxergar o Direito, no qual se valoriza o papel dos juízes na concretização das promessas contidas no texto constitucional, sendo inequivocamente uma teoria que busca influenciar o comportamento dos atores jurídicos. (GALVÃO, 2012, p. 34-35)¹²

Assim, o autor identifica a hermenêutica neoconstitucionalista como uma ferramenta típica do Judiciário, trazendo aos julgadores uma metodologia interpretativa pautada em princípios e na necessidade de ponderação entre eles.

¹² GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O Neoconstitucionalismo e o Fim Do Estado De Direito. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP. 2012. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29082013-113523/publico/tese_doutorado_jorge_galvao_O_Neoconstitucionalismo_e_o_fim_do_Estado_de_Direito.pdf>. Acesso em: 06 de jan. 2021. p. 34-35.

2 – O neoconstitucionalismo no Brasil

Conforme delineado no capítulo anterior, o fenômeno neoconstitucionalista teve ascensão após a Segunda Guerra Mundial e, de certa forma, até impulsionado pelo ocorrido, já que se insurgiu à teoria positivista, propondo a preponderância da Constituição e dos princípios nela contidos, como disciplinadores da aplicação das normas, alcançando, primeiramente, os países europeus direta ou indiretamente envolvidos no conflito.

Todavia, tal fenômeno constitucional não demoraria a aportar em terras brasileiras, uma vez que o país, assim como os demais, passava por um período difícil, advindo de um positivismo exacerbado criado pelos regimes militares que antecederam à Constituição de 1988.

Note-se, por oportuno, que não se está, aqui, comparando as atrocidades praticadas na Itália e Alemanha por seus líderes à época, mas as consequências que a aplicação do positivismo puro poderia ocasionar em um Estado de Direito e em seus cidadãos.

No Brasil, a edição dos atos institucionais pelo regime militar brasileiro, dentre eles, a cassação de direitos civis anteriormente constituídos, serviu como mecanismo para restrição de direitos políticos, civis e constitucionais. Dentre eles, o malfadado AI5, que proibiu, dentre outros abusos, o direito de *Habeas Corpus* àqueles que fossem acusados de cometer crimes políticos.

Segundo Sarmento (2009, p. 06), a realidade daquele período ditatorial era um total paradoxo entre duas realidades jurídicas: Constituição e atos institucionais, sendo que este último não buscava legitimidade no texto constitucional vigente.¹³

Dessarte, o constituinte de 1988 se preocupou com a redação de uma Constituição como texto base fundamental de um Estado, com as leis originárias deste Estado Constitucional de Direito guardando consonância com os mandamentos e princípios constitucionais.

O constituinte originário optou por dar à Constituição de 1988 uma maior amplitude de direitos, princípios e preceitos fundamentais, uma vez que, frente aos horrores da ditadura militar, passou a considerar tal amplitude constitucional como fenômeno positivo à ordem democrática. Foi nesse terreno fértil que o neoconstitucionalismo ganhou adeptos e relevância na academia, espalhando-se velozmente para a prática dos operadores do Direito, especialmente a magistratura. Afinal, como veremos, ela confere a esses atores grande margem de liberdade

¹³ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://cpu007782.ba.gov.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf>. Acesso em 06 de jan. 2021. p. 06.

decisória, tornando menos relevante se, de fato, estão aplicando bem as premissas teóricas do neoconstitucionalismo ou se, apenas, exercem uma “retórica neoconstitucionalista” que torne mais confortável sua prática jurídica.

Galvão (2012) anota que a premissa em que se assenta a hermenêutica neoconstitucionalista não traz coesão e especificidade ao ordenamento jurídico, visto que parte do modo específico de interpretar o direito de cada julgador.

Aponta o autor acerca do neoconstitucionalismo em âmbito nacional:

Apesar da ampla aceitação do Neoconstitucionalismo no Brasil, não há uma concepção unívoca dessa doutrina. As diferentes correntes filosóficas daqueles que se intitulam como tal fazem com que se mostre infrutífera qualquer tentativa de se agrupar em uma definição todas as teses defendidas por essa corrente doutrinária. (GALVÃO, 2012, p. 32)¹⁴

Nessa esteira, certo é o surgimento de várias interpretações constitucionais acerca de um dispositivo legal, haja vista a falta de uniformidade do pensamento jurídico nos tribunais nacionais, o que, por sua vez, traz insegurança jurídica ao ordenamento, ante a amplitude de interpretações produzidas sob este *standard*.

Galvão (2012, p. 71) ainda explica que o neoconstitucionalismo tem ampla simpatia do Ministro Luís Roberto Barroso, o qual o considera extremamente benéfico ao ordenamento jurídico, enxergando o fenômeno neoconstitucionalista como mecanismo capaz de trazer a força imperativa da norma constitucional nas relações jurídicas e sociais, podendo, inclusive, influenciar a conduta dos cidadãos¹⁵.

Galvão (2012, p. 65-79) também cita que, embora adeptos da teoria neoconstitucionalista, o fenômeno é visto com certa cautela por outros autores, como Antônio Cavalcanti Maia, Eduardo Moreira Ribeiro e Daniel Sarmento. Isso porque eles acreditam que o uso de forma imoderada do neoconstitucionalismo pode ocasionar, dentre outras coisas: interferência do Poder Judiciário no âmbito das atribuições do Legislativo (MAIA, 2007); a produção de impactos

¹⁴ GALVÃO. Jorge Octávio Lavocat. O Neoconstitucionalismo e o Fim Do Estado De Direito. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP. 2012. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29082013-113523/publico/tese_doutorado_jorge_galvao_O_Neoconstitucionalismo_e_o_fim_do_Estado_de_Direito.pdf>. Acesso em: 06 de jan. 2021. p. 32.

¹⁵ GALVÃO. Jorge Octávio Lavocat. O Neoconstitucionalismo e o Fim Do Estado De Direito. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP. 2012. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29082013-113523/publico/tese_doutorado_jorge_galvao_O_Neoconstitucionalismo_e_o_fim_do_Estado_de_Direito.pdf>. Acesso em: 06 de jan. 2021. p. 71.

negativos na democracia brasileira frente a uma possível panconstitucionalização (SARMENTO, 2009) e uma possível derrotabilidade da norma frente a permissiva de uma interpretação expansiva da norma infraconstitucional pelo Judiciário (MOREIRA, 2009)¹⁶.

Sarmento (2009, p. 09), em sua obra, reafirma esses receios e aponta novos doutrinadores adeptos do neoconstitucionalismo, dentre eles, Luís Roberto Barroso, Lênio Luiz Streck, Antonio Cavalcanti Maia, Ana Paula de Barcellos, Diogo de Figueiredo Moreira Neto. E, também, demonstra que a teoria neoconstitucionalista possui críticos ávidos, como José Ribas Vieira, Dimitri Dimoulis e Humberto Ávila¹⁷.

Em análise às obras destes autores, Sarmento (2009) concluiu que:

E pode-se notar, pela leitura dos trabalhos destes e de outros autores brasileiros, que há um relativo consenso na definição das características centrais do novo paradigma: valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à Moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição. (SARMENTO, 2009, p. 09)¹⁸

Contrapondo-se a isso, Ávila (2009) defende que a Constituição brasileira tem mais um viés regulatório, ante as inúmeras regras postas, do que um viés principiológico. Assim, o autor acredita que, ante o montante de dispositivos reguladores contidos no texto constitucional, não há como privilegiar a interpretação principiológica em detrimento das normas nela positivadas (ÁVILA, 2009, p.03)¹⁹

Ademais, o autor chama a atenção para o neoconstitucionalismo como ideologia ou movimento defendido como retórica:

¹⁶ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O Neoconstitucionalismo e o Fim Do Estado De Direito. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP. 2012. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29082013-113523/publico/tese_doutorado_jorge_galvao_O_Neoconstitucionalismo_e_o_fim_do_estado_de_direito.pdf>. Acesso em: 06 de jan. 2021. p. 65-79.

¹⁷ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://cpu007782.ba.gov.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf>. Acesso em 06 de jan. 2021. p. 09.

¹⁸ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://cpu007782.ba.gov.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf>. Acesso em 06 de jan. 2021. p. 09.

¹⁹ ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n.º 17 – janeiro/fevereiro/março 2009– SALVADOR-BA. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>>. Acesso em 06 de jan. 2021. p. 03.

Sendo isso verdadeiro, o enunciado de que a Constituição Brasileira de 1988 é uma “Constituição Principiológica”, além de tomar a parte pelo todo e baralhar preponderância com funcionalidade, revela uma sobreposição de descrever e explicar. Ele revela, em suma, aquilo que a “Ciência”, equivocadamente, vê ou quer ver no “Direito” mas que em verdade, nele não encontra corroboração. Nessa hipótese, em vez de “Ciência do Direito”, tem-se o “Direito Ciência”. O “neoconstitucionalismo”, nessa acepção, está menos para uma teoria jurídica ou método, e mais para uma ideologia ou movimento defendido com retórica, vagueza e subserviência à doutrina estrangeira.” (ÁVILA, 2009, p.07)²⁰

Percebe-se que a linha mais dura e crítica do neoconstitucionalismo não entende o fenômeno como teoria jurídica, mas, sim, como um movimento ou ideologia que não se aplica aos moldes da Constituição brasileira. Ainda, aduz que a “retórica neoconstitucionalista” é uma tentativa de moldar a norma à vontade do aplicador.

Constata-se, porém, que o neoconstitucionalismo foi amplamente difundido no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, os doutrinadores enxergam certas ressalvas no uso imoderado da retórica neoconstitucionalista. Isso porque, ao notar as consequências práticas deste fenômeno, é possível constatar uma influência exacerbada ao ativismo judicial e à promoção de ingerência política do Poder Judiciário na competência dos demais Poderes, assim como o esvaziamento de normas positivadas.

Todavia, Sarmento (2009), cauteloso ao lidar com o tema, ressalta que:

Não pretendo sustentar com isso que se deva retroceder ao tempo em que os princípios não eram aplicados pelos juízes brasileiros. Também os princípios são essenciais na ordem jurídica, pois conferem mais plasticidade ao Direito - o que é essencial numa sociedade hiper-complexa como a nossa - e permitem uma maior abertura da argumentação jurídica à Moral e ao mundo empírico subjacente. O importante é encontrar uma justa medida, que não torne o processo de aplicação do Direito amarrado demais, como ocorreria num sistema baseado exclusivamente em regras, nem solto demais, como sucederia com um que se fundasse apenas em princípios. Penso que é chegada a hora de um retorno do pêndulo no Direito brasileiro, que, sem descartar a importância dos princípios e da ponderação, volte a levar a sério também as regras e a subsunção. (SARMENTO, 2009, p. 15-16)²¹

E o presente trabalho concorda com essa linha apresentada por Sarmento (2009), porque o neoconstitucionalismo, contemporaneamente, tem sido utilizado como base para fundamentações genéricas, e que, muitas vezes, não cumprem com o ônus argumentativo e coerência com o texto constitucional.

²⁰ ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n.º 17 – janeiro/fevereiro/março - 2009 – SALVADOR-BA. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>>. Acesso em 06 de jan. 2021. p. 07.

²¹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://cpu007782.ba.gov.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf>. Acesso em 06 de jan. 2021. p. 15-16.

Assim, há de se considerar que o uso moderado do neoconstitucionalismo, não descon siderando ou deturpando a norma positivada, tem o condão de facilitar a aplicação da lei em ocasiões específicas e em casos concretos. Contudo, o exagero retórico no seu uso demonstra-se extremamente prejudicial à democracia, assim como traz insegurança jurídica ao ordena- mento jurídico brasileiro, ante as diversas interpretações possíveis diante da utilização de *stan- dards* de interpretação muito abertos, valorativos e aproximados da moral.

2.1 – Controle de Constitucionalidade no Brasil

A Constituição de 1988 adotou como modelo a Tripartição dos Poderes, garantindo in- dependência e harmonia entre eles, por meio de um sistema de freios e contrapesos, segundo o qual os Poderes, ao exercerem funções típicas e atípicas, possuem mecanismos para interferi- rem constitucionalmente na esfera de outro Poder.

Contudo, o objeto do presente não é a discussão de eventual exercício da função atípica do Judiciário, ao exercer excepcionalmente funções e atribuições executivas ou legislativas, mas sim o da utilização do controle de constitucionalidade como mecanismo hábil à alteração da vontade constitucional e legislativa por meio de decisões judiciais, aumentando o peso do Judiciário na arena política.

Cabe, ainda, no presente capítulo, pontuar como o controle de constitucionalidade é re- alizado no Brasil, diferenciando os tipos existentes, seus efeitos, quem poderá exercê-lo, bem como quem poderá requerê-lo, no intuito de entender a dinâmica da judicialização dos temas políticos.

O controle difuso, conhecido como controle por via de exceção ou defesa, caracteriza- se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal de realizar, no caso concreto, a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição.²²

Tal espécie de controle de constitucionalidade, também conhecido como *judicial re- view*, nasceu da análise do caso Madison vs. Marbury, no qual o Juiz Marshall, da Suprema Corte Americana, firmou o entendimento de que é própria da atividade jurisdicional a interpre- tação e a aplicação da lei, e que, ao fazê-la, todo juiz deve analisar se há contradição entre a

²² A Constituição Federal assegura a plena possibilidade de o Juiz de 1ª instância realizar o controle difuso de constitucionalidade. CF.: 1ª T. – Rextr n.º 117.805/PR – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 27 de ago. 1993, p. 17.022. in: MORAES, Alexandre de. DIREITO CONSTITUCIONAL. E-book. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 524.

norma e a Constituição, cabendo ao Tribunal aplicar as normas constitucionais, uma vez que representam normas superiores em um estado constitucional de direito²³.

A atividade jurisdicional busca a defesa do estado constitucional de direito, devendo, cada juiz, no exercício da função, defender as disposições constitucionais acima de toda e qualquer norma. O *judicial review* tem como característica a extensão do controle de constitucionalidade aos demais membros do Judiciário e Cortes Judiciais, para que buscassem, no exercício da função jurisdicional, a interpretação constitucional da norma que melhor se adequasse ao caso concreto, exercendo, dessa maneira, o controle incidental de constitucionalidade.

Por sua vez, o controle concentrado de constitucionalidade tem por escopo a apreciação da norma e sua aplicabilidade frente à coletividade, haja vista a abrangência social, com potencial de impor dano à toda sociedade e ao ordenamento jurídico pátrio.

Tal controle nasce da necessidade de fiscalizar os Poderes nos exercícios de suas funções e na criação de seus atos normativos, pois não poderá o Poder Executivo ou Legislativo praticar ou editar atos normativos contrários ao texto constitucional, sendo possível a análise formal e material de constitucionalidade.

Caberá ao Supremo Tribunal Federal, como guardião da ordem constitucional, observar se o ato praticado se reveste dos requisitos formais de sua criação, bem como se o regramento se adequa, também, aos princípios e ao direito material previstos na Carta Política.

Ainda, Hans Kelsen, criador do controle concentrado de constitucionalidade, explica que:

[...] se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e órgãos jurídicos. Devendo evitar-se tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico. (KELSEN, 1999, p. 189)²⁴

Assim, entende o jurista que tal controle deveria permanecer nas mãos tão somente de um órgão jurídico, visto que a extensão dessa atribuição aos demais órgãos do Judiciário, segundo seu ponto de vista, poderia ocasionar um verdadeiro caos jurídico. Ainda, outra preocupação apontada e justificada pelo jurista alemão é que:

[...] se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só com relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é

²³MORAES, Alexandre de. DIREITO CONSTITUCIONAL. E-book. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 524.

²⁴KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. E-book. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 189.

válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do direito” (KELSEN, 1999, p. 190-191)²⁵

Nessa linha, a realização do controle concentrado por um único órgão é justificável, tendo em vista que este órgão poderá anular normas ou atos que considerar inconstitucional, bem como sua decisão subordinará todos os demais tribunais a seguirem esse entendimento.

Isso demonstra a importância desta atribuição dada, no Brasil, ao Supremo Tribunal Federal, já que, além de observar a harmonia e a independência entre os Poderes, possibilita a regulamentação das condutas que os tribunais e magistrados subordinados à corte devem adotar ao aplicarem o direito.

De mais a mais, esse controle busca obter a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, sem a necessidade da prévia existência de um caso concreto, com objetivo de garantir a segurança jurídica dos atos praticados com base em normas infraconstitucionais²⁶.

Dada a natureza do STF, bem como a natureza das ações, o constituinte, com a nítida intenção de restringir as suscitações indevidas ou repetitivas acerca de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, limitou a um pequeno grupo de legitimados²⁷.

Embora poucos sejam os legitimados instituídos pelo constituinte, compete ressaltar que, em sua grande maioria, são órgãos, autoridades e instituições que possuem, em sua natureza, representatividade social. Isso porque, seis dos legitimados são representantes políticos eleitos pela população, possuindo assim legitimidade representativa social para, em nome daqueles que os elegeram, defenderem a integridade constitucional do ordenamento jurídico pátrio²⁸.

Todavia, espera-se de alguns legitimados que, ao propor as ações de cunho constitucional, apresentem a pertinência temática destas, dentre eles, exige-se prova de pertinência para os legitimados do art. 103, incisos IV, V e IX, da CF/1988²⁹, bem como os prejuízos que o ato

²⁵ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. E-book. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 190-191

²⁶ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 288-290. Sobre a criação do Tribunal austríaco e das características do controle concentrado de constitucionalidade in: MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. E-book. 33ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 531.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. E-book. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2010. p. 303.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. E-book. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2010. p. 304-305.

²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STF – Pleno - ADIN N.º 902, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello. Diário da Justiça Seção I, 22 abr. 1994, p. 8.946. Pertinência temática para os Governadores in: MORAES, Alexandre de. DIREITO CONSTITUCIONAL. E-book. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 536.

normativo trará à sociedade, enquanto outros detêm a presunção absoluta de pertinência temática e legitimação ativa universal ³⁰.

No tocante ao Ministério Público, como instituição permanente da República, também pode este suscitar o controle de constitucionalidade concentrado, por meio do Procurador-Geral da República, visto a ampla representatividade social da instituição, na busca da proteção dos direitos sociais e individuais indisponíveis, assim como a sua contribuição para defesa da ordem jurídica e do regime democrático de direito. Ademais, os membros do Ministério Público poderão exercer pedido de controle incidental de constitucionalidade nas ações em que atuarem.

Cumprе ressaltar que o controle de constitucionalidade se insere como importante mecanismo do sistema de freios e contrapesos, trazendo harmonia entre os Poderes instituídos, no qual cada Poder poderá fiscalizar as funções exercidas pelos demais Poderes, no intuito de evitar arbitrariedades que ultrapassem os ditames constitucionais, cabendo aos Poderes, contudo, observar os mecanismos constitucionais para o exercício deste tipo de controle de constitucionalidade.

No presente trabalho, importante ressaltar que a crítica que se busca fazer não é ao instrumento, em si, ou aos legitimados, mas a forma como tem sido utilizado. Trata-se de importante forma de controle do ordenamento jurídico e do regime democrático de direito. Todavia, a instrumentalização, para favorecimento de vontades políticas pessoais, e o excesso de judicialização da política, são fatores prejudiciais à própria vontade constitucional.

Importante pontuar que esse sistema de controle, adotado no Brasil, aliado às próprias características da nossa Constituição, contribui para o aumento crescente da judicialização. Isso ocorre em razão da já mencionada amplitude do texto constitucional e da importância dada aos princípios (explícita ou implicitamente acolhidos) para a sua interpretação.

Nesse sentido, Vieira (2008) leciona que tal problema é próprio de um ordenamento constitucional exaustivo, conforme transcrição abaixo³¹:

[A] Constituição transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas, numa espécie de compromisso maximizador. Este processo chamado por muitos colegas de constitucionalização do direito, liderado pelo Texto de 1988, criou, no entanto, uma enorme esfera de tensão constitucional e consequentemente gerou uma explosão de litigiosidade constitucional. A equação é simples: se tudo é matéria

³⁰BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADIN N.º 1.096-4 – MEDIDA LIMINAR – Rel. Min. Celso de Mello. Diário da Justiça Seção I, 22 set. 1955, p. 30-589, in: MORAES, Alexandre de. DIREITO CONSTITUCIONAL. E-book. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 536.

³¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Revista Direito GV, São Paulo 4(2) | P. 441-464 | Jul-Dez 2008. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 07. Jan. 2021. p. 446.

constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. (VI-EIRA, 2008, p. 446-447)

Esse quadro torna necessária a análise crítica acerca da utilização indiscriminada de conceitos abertos e princípios de inegável fluidez semântica, sem que, muitas vezes, haja o necessário cuidado com uma fundamentação sólida do voto, dado que, na verdade, aquela argumentação constitui apenas um recurso retórico para avançar preferências decisórias pessoais do julgador.

Nesse contexto, o neoconstitucionalismo, ou ao menos o abuso retórico de seus pressupostos teóricos, acaba por permitir uma ampliação indevida dos poderes do Judiciário, podendo o controle de constitucionalidade ser exercido sobre qualquer matéria ou tema, com eventual menoscabo às atribuições e competências dos demais Poderes.

2.3 – Comportamento judicial frente ao neoconstitucionalismo e a mudança institucional endógena

Os Poderes instituídos possuem características específicas, bem como atribuições típicas e atípicas no exercício de suas funções. Contudo, estes estão sujeitos a alterações internas e externas, durante sua evolução, além de poder promover alterações nos demais Poderes instituídos.

As mudanças institucionais exógenas são provocadas por fatores externos às instituições, enquanto as mudanças institucionais endógenas se dão por meio da própria instituição, no exercício indevido de suas funções e atribuições constitucionais, promovendo-se, assim, mudanças institucionais alheias à sua alçada inicial.

No tocante à mudança institucional endógena, encontra-se caracterizada por quatro modalidades interpretativas, sendo elas: a *Conversion*, o *Displacement*, o *Drift* e o *Layering*. Dentre estas, há de se considerar, para o presente, aquelas que têm o condão de promover interpretação diversa, sem a necessidade de alteração da regra, como no caso da *Conversion*, comumente utilizada a fim de explorar ambiguidade nas normas, assim como o *Drift*, no qual as regras sofrem alterações interpretativas por meio de fatores externos à instituição³².

No que diz respeito ao *Displacement* e ao *Layering*, entende-se que as mudanças ocorrem por inclusão de novas normas que revogam as antigas ou modificam os meios estruturais

³² MINAS GERAIS, Ministério Público Estadual de. Comportamento Judicial nas Cortes Constitucionais: Modelos explicativos dominantes na Ciência Política e o caso brasileiro. 2020. 37 slides.

das normas antigas e o comportamento esperado por elas, o que, *a priori*, demanda a criação de normas pelo Legislativo ou Executivo, não sendo, pois, de interesse do presente trabalho³³.

Cabe ao presente focar no uso da *conversion*, visto que se apresenta como um dos mecanismos que possibilita ao aplicador da lei a mudança institucional endógena baseada no uso da retórica neoconstitucionalista frente ao atual modelo constitucional adotado.

Júnior (2018, p. 52) leciona acerca da modernização das Constituições e como passaram em seu bojo a *“integrar direitos de alta carga valorativa e de relativa indeterminação semântica, calcados muitas vezes em princípios que teriam um papel superior na tarefa de coordenar a interpretação da Carta Constitucional.”*³⁴

Desse modo, percebe-se que o atual modelo constitucional adotado, no intuito de resguardar direitos sociais e individuais de regimes autoritários, possui essa ausência determinativa do que deve o Estado resguardar ou não, e por qual meio realizá-lo, o que foi indevidamente apropriado pelo fenômeno neoconstitucionalista, como mecanismo legítimo de constitucionalização superlativa do direito.

Sobre o tema, Júnior (2018) esclarece que:

De fato, os postulados mais caros ao neoconstitucionalismo têm como efeito direto aumentar a capacidade do Poder Judiciário influir na arena política. A ideia de que a Constituição detém uma força normativa que “constitucionalizaria” todo o direito infraconstitucional (leis e atos normativos da Administração Pública) mina a capacidade institucional dos Poderes Legislativo e Executivo de fazer valer suas preferências em termos de políticas públicas e convida à mudança institucional endógena, via *conversion*, pela agência dos Ministros da Corte. Do mesmo modo, a ênfase em uma interpretação constitucional menos formalista e amparada em um catálogo de métodos fortemente escorado em critérios de ponderação de valores constitucionais, de análise da “razoabilidade” ou da “proporcionalidade” das matérias postas sob apreciação, confere um grau tal de liberdade decisória aos Ministros do Supremo Tribunal Federal que, em face do caráter extremamente analítico do texto constitucional vigente, lhes permite julgar com considerável margem discricionária virtualmente quaisquer políticas públicas (por vezes, mediante claro exercício de atividade regulatória) e, mais grave, alterar o desenho institucional brasileiro; tudo isso, registre-se, com o discurso legitimador de que a Corte está apenas a aplicar a Constituição para, via exercício do judicial review, retirar daquele texto o seu verdadeiro significado. (JÚNIOR, 2018, p. 55)³⁵

³³ MINAS GERAIS, Ministério Público Estadual de. Comportamento Judicial nas Cortes Constitucionais: Modelos explicativos dominantes na Ciência Política e o caso brasileiro. 2020. 37 slides.

³⁴ JÚNIOR. Paulo Alckmin Costa. O CONTINENTE E AS 11 ILHAS: A mudança institucional endógena e o lugar do Supremo Tribunal Federal na arena política. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte-MG, 2018. Disponível em: < https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-BC6GWY/1/as_ilhas_e_o_continente__vers_o_dep_sito_fafich.pdf>. Acesso em: 07 de jan. 2021. p. 52.

³⁵ JÚNIOR. Paulo Alckmin Costa. O CONTINENTE E AS 11 ILHAS: A mudança institucional endógena e o lugar do Supremo Tribunal Federal na arena política. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte-MG, 2018. Disponível em: < https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-BC6GWY/1/as_ilhas_e_o_continente__vers_o_dep_sito_fafich.pdf>. Acesso em: 07 de jan. 2021. p. 52.

Assim, ao analisarmos as decisões do próximo capítulo, buscar-se-á identificar vestígios do uso reiterado da *conversion*, como meio de promover mudanças institucionais endógenas, ao utilizar-se de preceitos amplos e abstratos da retórica neoconstitucionalista que lhes permitem promover uma reinterpretação da norma, ultrapassando até os limites delimitados pelo constituinte originário, ao fundar teses próprias de interpretação constitucional e da vontade do constituinte.

Frise-se que essa ampliação do campo de atuação do STF e seu espaço institucional, pelo uso contínuo da *conversion*, não é somente realizada por meio da retórica neoconstitucionalista, mas a análise de outros instrumentos escapa ao pretendido no trabalho.

A temática aqui apresentada poderá ser melhor demonstrada no terceiro capítulo, com a análise de casos concretos, pelos quais pretende-se evidenciar como a Corte Constitucional criou situações não previstas na Constituição, ultrapassou os limites interpretativos da norma e se inseriu no campo da aplicação das políticas públicas, promovendo ingerências em temas próprios da arena política.

3 – Da utilização da retórica neoconstitucionalista em decisões do Supremo.

Considerando a forte dispersão do *standard* neoconstitucionalista, assim como da judicialização da política, buscou-se, neste último capítulo, realizar um estudo de caso para identificar e questionar o uso da retórica neoconstitucionalista ampla e aberta como meio de positivizar ideais e convicções próprias dos ministros da Corte Constitucional, demonstrando-se, dessa maneira, as distorções legais e constitucionais na aplicação da lei.

Durante o processo de escolha das decisões a serem analisadas, neste capítulo, procurou-se identificar, no teor dos julgados, a utilização de princípios que implicassem um exercício mais agressivo de uma retórica neoconstitucionalista, inclusive por meio da ampliação das concepções naturais destes princípios, com a finalidade de moldar o princípio à vontade do aplicador da lei.

Assim, examinando diversas decisões proferidas nos últimos anos, constatou-se que são inúmeras as que se valem desse tipo de argumentação neoconstitucionalista. Contudo, apenas três foram escolhidas para serem abordadas, sendo elas as proferidas no Recurso Extraordinário 643.978, Mandado de Segurança 26.603-1 e Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1.351-3 e 1.354-8, haja vista a forte retórica neoconstitucionalista identificada.

Ao proceder à análise dessas decisões específicas, restou evidenciada a utilização exacerbada de princípios, como forma de afastar a aplicação de normas constitucionais e infraconstitucionais. Ademais, tem se notado que, nos últimos anos, o Supremo vem promovendo novos significados à norma posta, moldando o conteúdo legislativo à sua vontade.

Nesse sentido, Vieira (2008) explica o comportamento da Corte Constitucional:

O que ficou claro é que o Supremo não se vê apenas como uma instituição que pode vetar decisões parlamentares claramente inconstitucionais, mas que pode comparar a qualidade constitucional das decisões parlamentares com as soluções que a própria Corte venha a imaginar, substituindo as decisões do parlamento caso entenda que as suas são melhores. (VIEIRA, 2008, p. 452)³⁶

Desse modo, nota-se que, aos olhos da Corte Constitucional, nem mesmo a norma positivada pelo Legislativo e sancionada pelo Executivo, em consonância com preceitos da Carta Política, são suficientes à aplicabilidade da lei, valendo-se aquele órgão de interpretações próprias da legislação, muitas vezes em prejuízo da vontade legislativa e do próprio Executivo enquanto Poderes da República.

³⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Revista Direito GV, São Paulo 4(2) | P. 441-464 | Jul-Dez 2008. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 07 de jan. 2021. p. 452.

Destarte, as decisões escolhidas demonstram efetivamente a repercussão deste tipo de conduta nas instituições e na sociedade, uma vez que o teor dos julgados proferidos no Mandado de Segurança 26.603-1 e nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1.351-3 e 1.354-8, influem diretamente nas atividades do Congresso Nacional, retirando a autonomia constitucional do Poder Legislativo de auto-gestão.

Outrossim, na decisão proferida no Recurso Extraordinário 643.978, o impacto da decisão se dá mediante o esvaziamento da norma positivada, permitindo o uso processual de ação civil pública para discussão de matéria que não é permitida pela legislação infraconstitucional, além de ampliar a legitimidade ativa do Ministério Público e de outras instituições para sua propositura.

Outrossim, ao analisar tais decisões, demonstrar-se-á também como o neoconstitucionalismo contribuiu para a judicialização da política a partir da Carta Política de 1988. Conforme leciona Vieira (2008):

A politização desta esfera de jurisdição do Tribunal foi expandida em relação ao período constitucional anterior, na medida em que a legitimidade para a proposição de ações diretas foi conferida a novos atores políticos e sociais, conforme disposto pelo artigo 103 da Constituição Federal, superando a fase em que as chaves de acesso ao controle direto de constitucionalidade pelo Supremo só eram conferidas ao Procurador Geral da República. Essa abertura do Supremo a outros atores políticos tem transformado o Tribunal, em muitas circunstâncias, em uma câmara de revisão de decisões majoritárias, a partir da reclamação daqueles que foram derrotados na arena representativa. Neste aspecto, é curioso notar que o partido político que mais trazia casos ao Supremo no período Fernando Henrique Cardoso era o Partido dos Trabalhadores (PT) e, agora, na gestão Lula, o Partido dos Democratas (DEM) passou a ocupar a primeira posição entre os usuários do Tribunal, seguido de perto pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Da mesma forma, os governadores de Estado se apresentam de forma extremamente ativa no emprego do Supremo, como uma segunda arena política, em que buscam bloquear medidas aprovadas pelos seus antecessores, bem como pelas respectivas Assembléias Legislativas Estaduais. (VIEIRA, 2008, p. 447-448)³⁷

O acima transcrito demonstra com clareza como o Poder Judiciário vem sendo utilizado como ferramenta de revisão de decisões políticas daqueles que tiveram suas pautas vencidas na arena política. Ademais, extrai-se dos ensinamentos do autor, e do todo analisado, que tal fenômeno ocorreu a partir a ampliação constitucional dos legitimados à suscitação do controle de constitucionalidade, que optou por conferir também aos partidos políticos esta importante prerrogativa.

³⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Revista Direito GV, São Paulo 4(2) | P. 441-464 | Jul-Dez 2008. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 07 de jan. 2021. p. 447-448.

Além do mais, denota-se que, conforme o estudo realizado por Vieira (2008, p. 448), os partidos que mais se beneficiam desta ferramenta são justamente aqueles de oposição aos governantes eleitos.

Desse modo, neste capítulo, ao analisar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, procurar-se-á demonstrar o uso da retórica neoconstitucionalista, como instrumento para reinterpretação dos limites das normas, com o fito de aumentar, gradativamente, o espaço institucional do Supremo Tribunal Federal e a sua capacidade de intervir na arena política.

3.1 – Mandado de Segurança 26.603-1 e a infidelidade partidária.

Inicialmente, neste tópico, há de se ressaltar que o jogo político é dinâmico, sofrendo constantes mudanças em todos os campos alcançáveis pela ciência política. Dessa maneira, igualmente mutáveis são os agentes que exercem o cargo político, já que suas vontades se encontram vinculadas, em um primeiro aspecto, aos ideais intrínsecos e pessoais do próprio agente, e, em segundo lugar, aos ideais do partido.

Nesse sentido, a sustentabilidade de um candidato a uma legenda de um partido, muitas vezes, torna-se inviável para o agente político, pois se torna necessário sopesar os ideais em que o agente político acredita com o ideal para seus eleitores e os ideais apontados pelo partido.

Por conseguinte, para Sampaio (2017), ante a probabilidade da colisão de ideais, surge, então, a tese da infidelidade partidária, segundo a qual o agente político eleito sob a bandeira do partido abandona a legenda que lhe concedeu a oportunidade de candidatura, optando, após sua eleição, pela migração para outra legenda de seu interesse ou pelo cancelamento da filiação.³⁸

Contudo, segundo Costa (2018), para as agremiações partidárias, tal prática é extremamente prejudicial à representatividade dos ideais do partido nas Casas Legislativas, já que as agremiações buscam ocupar mais lugares no campo político, buscando sempre aumentar o número de cadeiras ocupadas por parlamentares orientados pelos ideais partidários³⁹.

Ademais, há também o impacto da representatividade social, posto que as agremiações partidárias representam todo um interesse social dos seus afiliados partidários e dos eleitores

³⁸ SAMPAIO, Sabrina Batista Sampaio. Infidelidade partidária: um estudo sobre a legislação, causas e consequências. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5001, 11 mar. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56304>>. Acesso em 03 de mar. 2021.

³⁹ COSTA, Luiz Domingos. Estado, partidos e composição social: o impacto do estatismo sobre a representatividade social das bancadas federais entre 1946 e 2010. 11º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política - 2018. Disponível em: <<https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2019/05/estado-partidos-e-composicao-social-impacto-estatismo-sobre.pdf>>. Acesso em 03 de mar. 2021. p. 17-20.

que se identificam com os princípios e objetivos a serem alcançados por aquela entidade, conforme leciona Maciel (2004, p.08) ⁴⁰.

Dessarte, verificável é a complexidade do tema no ordenamento jurídico-político brasileiro, bem como o ponto de origem da discórdia entre partidos e filiados, não sendo incomum aos tribunais brasileiros se depararem com ações para discussão desta matéria.

A questão chegou até o Supremo Tribunal Federal, com voto proferido pelo eminente Ministro Celso de Melo, no Mandado de Segurança 26.603-1, que se passa ao exame, enquanto primeira decisão analisada neste capítulo ⁴¹.

Em síntese, o Partido da Social Democracia Brasileira, ao ter seu pedido de declaração de vacância, por renúncia presumida, de mandatos exercidos por Deputados Federais eleitos sob aquela legenda que mudaram de filiação partidária, indeferido pela Presidência da Câmara dos Deputados, socorreu-se ao Tribunal Constitucional.

O Tribunal rejeitou, por unanimidade, as preliminares de ilegitimidade ativa e de falta de interesse de agir do impetrante, bem como a de impossibilidade de o Poder Judiciário interferir em matéria interna e peculiar à organização dos Partidos Políticos, sujeita à reserva constitucional de estatuto, e a de impossibilidade jurídica do pedido por se embasar em consulta do Tribunal Superior Eleitoral. Por maioria, rejeitou a preliminar de ausência de liquidez e a de impossibilidade de dilação probatória em sede de mandado de segurança, vencido o Senhor Ministro Eros Grau, que as acolhia para não conhecer do writ. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de segurança e denegou a ordem, vencidos os Senhores Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, que a concediam tal como requerida.

Na análise do mérito do referido *mandamus*, a Corte Constitucional se debruçou sobre a quem pertenceria o mandato outorgado: ao representante eleito ou ao partido político.

Ao analisar a questão, o eminente Relator do caso demonstrou o seu enorme respeito pela figura das agremiações partidárias e pela sua alta representatividade da população brasileira, bem como esclareceu a importância conferida, pelo constituinte, aos partidos políticos na construção de um regime democrático multipartidário.

⁴⁰ MACIEL, Eliane Cruxên Barros de Almeida. Fidelidade Partidária: um panorama institucional. Textos para Discussão 9, Brasília - junho/2004. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/101>>. Acesso em 03 de mar. 2021. p. 08.

⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26.603-1/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007. Publicado em 19/12/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms26603CM.pdf>>. Acesso em 03 de mar. 2021.

Fez apontamentos acerca dos parlamentares serem eleitos, utilizando-se de votos proporcionais do partido, o que, segundo o Ministro, daria razão, inicialmente, à interpretação de que o mandato pertenceria ao partido.

De mais a mais, apontou também a decisão para os ideais eleitorais conferidos ao partido e seguido por seus filiados e eleitores, que elegem candidatos daquela legenda sob a esperança de que venham a representar os anseios políticos depositados naquela agremiação partidária.

Ante os apontamentos realizados, o Ministro chama a atenção daquela Corte para pertinência do tema, que, em sua convicção, reveste-se dos valores preconizados pela Constituição acerca da perda do mandato:

É preciso reconhecer, portanto, Senhora Presidente, considerado esse estado de coisas, que a exigência de fidelidade partidária deve traduzir, na concreção do seu alcance, um valor constitucional revestido de elevada significação político-jurídica, a que se impõe dar consequência, no plano institucional, sob pena de inibição de seu conteúdo eficaz e de desrespeito, não só ao partido político, mas, sobretudo, à vontade soberana do eleitor. **Tenho para mim**, por isso mesmo, Senhora Presidente, **considerada a essencialidade** dos partidos políticos no processo de poder (RTJ 158/441-442, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **que não se pode desconhecer o alto significado** que assume, **na prática** da representação política, **o instituto** da fidelidade partidária, **enquanto** valor constitucional **impregnado** de múltiplas consequências [...] (BRASIL, 2007, p. 22)⁴² (grifos do original)

O Ministro fundamenta sua decisão em conceitos e princípios amplos de que o mandato partidário é revestido de toda uma infinidade de valores sociais e democráticos, os quais, se lesados, ocasionariam prejuízo à população e ao processo eleitoral.

O direito vindicado pelos partidos políticos afetados por atos de infidelidade partidária não nasce nem surge da resposta que o TSE deu à Consulta que lhe foi submetida, **mas representa emanção direta do próprio texto da Constituição**, que a esse mesmo direito confere realidade e dá suporte legitimador, **especialmente em face dos fundamentos e dos princípios estruturantes em que se apóia o Estado Democrático de Direito, como a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político** (CF, art. 1º, I, II e V). (BRASIL, 2007, p. 25) (grifos nossos)

Segundo a fundamentação lançada em seu voto, o Ministro reconhece uma nova hipótese de perda de mandato, fazendo-o com base na ampliação da interpretação normativa infraconstitucional, suscitando sua aplicabilidade no caso ante os resquícios da vontade extensiva do constituinte.

⁴² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26.603-1/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007. Publicado em 19/12/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms26603CM.pdf>>. Acesso em 03 de mar. 2021.

E a razão é simples. É que a Constituição protege o mandato parlamentar. A taxatividade do rol inscrito em seu art. 55, que define em “*numerus clausus*” as hipóteses de perda do mandato, em caráter punitivo, representam verdadeira cláusula de tutela constitucional destinada a preservar a própria integridade jurídica do mandato legislativo. Por isso mesmo, não há mais que se aludir à cassação do mandato representativo por ato de infidelidade partidária. Essa possibilidade - introduzida como sanção jurídica impositiva ao parlamentar infiel pela Carta de 1969 (e reclamada, historicamente, entre nós, já sob a égide da Constituição de 1946, por João Mangabeira) - foi suprimida pela EC nº 25/1985, deixando de ser renovada, em caráter de punição, pela Constituição vigente. (BRASIL, 2007, p. 26)⁴³

Destarte, o emérito julgador invoca a própria Constituição para contrariar o nela disposto, ao mencionar que, embora a perda de mandato esteja condicionada ao rol **taxativo** do artigo 55 da Constituição Federal⁴⁴, poderia o Supremo Tribunal Federal, com base em princípios constitucionais, conferir nova hipótese de perda de mandato.

Em seu voto, o Ministro Menezes Direito (2008, p. 471-487) acompanhou o Relator, destacando a importância da análise dos princípios que:

É claro que isso nada tem a ver com uma interpretação que avance contra o texto da lei, mas, sim, tem a ver com uma interpretação capaz de enlaçar a lei com a realidade, dando-lhe contorno que-enseje sua força normativa. No plano da Constituição, a Suprema Corte deve levar em conta o cenário do próprio sistema de valores e princípios fundamentais engendrados pela vontade constituinte, tirando deles as consequências que autorizem sua melhor aplicação para resguardá-los de dano quanto aos fins a que se destina. Para isso, a compreensão do espaço em que a interpretação deve ocorrer tem relevância especial e, assim, a inspiração emanada daqueles princípios e valores fixados pelo constituinte originário não pode deixar de ser considerada, ultrapassando-se, com isso, os limites de uma interpretação subordinada apenas ao rígido esquema clássico e seus métodos. Não se trata de submeter o Juiz à exclusiva influência de elementos outros que não a sua consciência, mas, sim, de ponderar o que melhor atende aos princípios e valores fundamentais estampados na própria Constituição. Só assim será possível compreender o verdadeiro alcance da Constituição. (2008, p. 480)⁴⁵

A Ministra Cármen Lúcia (2008, p. 490) acompanhou o voto e os fundamentos lançados pelo Relator⁴⁶.

O Ministro Eros Grau (2008, p. 491), por sua vez, em seu voto preferiu manter seu critério “ortodoxo e conservador da interpretação da Constituição” e votou por não conhecer da

⁴³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26.603-1-DF. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007. Publicado em 19/12/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms26603CM.pdf>>. Acesso em 03 de mar. 2021. p. 26.

⁴⁴ BRASIL, Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 de mar. de 2021.

⁴⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26.603-1-DF. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007. Publicado em 19/12/2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>>. Acesso em 03 de mar. 2021. p. 476-487.

⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26.603-1-DF. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007. Publicado em 19/12/2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>>. Acesso em 03 de mar. 2021. p. 490.

impetração. Vencido, negou a segurança, ressaltando: “temo muito pelos direitos e garantias individuais. Temo que, amanhã ou depois recommencemos a interpretar a constituição no sentido de que o **habeas corpus** só seja dado em determinadas condições”. Dessa forma, o julgador demonstra o peso da interpretação dada pelos Ministros acerca da norma constitucional e os efeitos que podem ocasionar no ordenamento jurídico, inclusive destacando que se o Supremo de determinada maneira agisse poderia amanhã estar decidindo as disposições de vagas do plenária ante a lassidão na interpretação do texto constitucional⁴⁷.

De mais a mais, acompanhando o voto do Relator, o Ministro Ricardo Lewandowski (2008, p. 5492/518) apresenta como fundamento em seu voto a proteção da confiança na migração partidária. Segundo o Ministro os candidatos eleitos ao mudarem de partido trairiam a confiança depositada pelos cidadãos sob suas legendas, reconhecendo a hipótese de perda de mandato, mas votando pela denegação da segurança, por reconhecer que não poderia determinar a perda automática dos parlamentares que integravam a lide como litisconsorte.⁴⁸

Por sua vez, o Ministro Joaquim Barbosa (2008, p. 524-536) apresenta divergência, salientando que a decisão não deve se embasar em princípios, conforme transcrição abaixo:

Ou seja, não me parece adequado resolver a questão posta nos autos à luz de princípios supostamente implícitos na nossa Constituição. A razão para isso é muito simples. É que, a meu ver, o constituinte de 1988 disciplinou conscientemente a matéria, e fez a opção deliberada de abandonar o regime de fidelidade partidária que existia no sistema constitucional anterior, que previa a perda do mandato nesses casos. Optou, nos artigos 55 e 56 da Constituição, por dizer de maneira exaustiva quais são as hipóteses de perda do mandato pelo parlamentar eleito pelo voto popular. Dentre essas hipóteses, não figura a perda por infidelidade partidária, como bem já decidiu esta Corte diversas vezes. (2008, p. 532)⁴⁹.

O eminente Ministro ainda destaca que não houve o devido processo legal para perda do mandato dos parlamentares, o que também impediria a concessão da segurança, nos termos em que pleiteada.

O Ministro Carlos Ayres Britto (2008, p. 537-540), em antecipação de seu voto, destaca a importância dos princípios, que seriam supernormas, conforme abaixo transcrito:

Nesse modelo de ciência jurídica ou ciência do Direito, que é o pós-positivismo, os princípios são normas. A palavra norma tornou-se um gênero que se bifurca ou biparte em princípios e regras. O pós-positivismo, mais do que afirmar o caráter normativo

⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26.603-1-DF. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007. Publicado em 19/12/2008. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121> >. Acesso em 03 de mar. 2021. p. 491.

⁴⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26.603-1-DF. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007. Publicado em 19/12/2008. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121> >. Acesso em 03 de mar. 2021. p. 509.

⁴⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26.603-1-DF. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007. Publicado em 19/12/2008. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121> >. Acesso em 03 de mar. 2021. p. 525-536.

dos princípios, atesta que eles são supernormas, as normas mais importantes do direito positivo, notadamente da Constituição, de modo que os princípios, hoje, enquanto normas de proa, de primeira grandeza, ocupam uma posição de centralidade, a partir da Constituição, vale dizer, os princípios que, na nossa Constituição, se dotam dessas virtudes da onivalência, da auto-referência e da auto-aplicabilidade em muitas situações, são aptos a resolver casos concretos. É possível extrair deles as normas de que os operadores do Direito precisam para solucionar controvérsias (2008, p. 537-538).

Em seu voto (2008, p. 541-552), entende pela concessão de segurança ao mandado, uma vez que, dentre os fundamentos lançados em seu voto, ressalta que, de fato, o constituinte não especificou a infidelidade partidária como uma das cláusulas de perda de mandato. Contudo em seu artigo 56 não inclui a referida conduta como “causa excepcional de continuidade no exercício da representação política”, ou seja, para o julgador o silêncio do constituinte permite a interpretação para concessão da segurança ao *mandamus*.⁵⁰

Para o Ministro Cesar Peluso (2008, p.554-595), tal temática é extremamente delicada do ponto de vista do equilíbrio dos poderes constitucionais, e ressalta que, apesar das imperfeições do sistema proporcional este é “o que mais bem respeita as exigências da justiça, da equidade e representatividade, sem comprometer a estabilidade do governo” Assevera, ainda, que a vaga pertence ao partido e não à pessoa e que a “previsão constitucional encontra eco na legislação subalterna” (2008, p. 591-592), e vota conforme os fundamentos lançados pelo Relator, para reconhecer a hipótese de perda de mandato, denegando a ordem, *in casu*.⁵¹

No mais, extrai-se do voto do Ministro Gilmar Mendes (2008, p. 596-643) que a fidelidade partidária é matéria constitucional para o consequente exercício do mandato e, uma vez que é requisito a filiação e o registro partidário para candidatura, em análise extensiva esses requisitos seriam também os necessários para a manutenção do cargo, e chama a atenção (2008, p. 618) para as disposições dadas pelo constituinte ao incluir os direitos políticos entre os direitos e garantias fundamentais previstas no Título II da Carta Magna. O julgador entende que os direitos políticos ali postos não se tratam apenas entre os eleitores e os candidatos, mas também aos partidos políticos.⁵²

Desse modo, tem-se que o Ministro tenta demonstrar que os direitos fundamentais dispostos pelo constituinte no que se refere ao pluripartidarismo político visa a resguardar a ampla representatividade cultural político-partidária, que, segundo o julgador (2008, p. 618), trata-se

⁵⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26.603-1-DF. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007. Publicado em 19/12/2008. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121> >. Acesso em 03 de mar. 2021. p. 537-552.

⁵¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26.603-1-DF. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007. Publicado em 19/12/2008. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121> >. Acesso em 03 de mar. 2021. p. 553-595.

⁵² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26.603-1-DF. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007. Publicado em 19/12/2008. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121> >. Acesso em 03 de mar. 2021. p. 596-643.

de “sistema político partidário desenhado na Constituição”, discorrendo sobre os princípios ao longo de sua decisão. Importante destacar trecho de seu voto:

De tudo o que foi dito, o certo é que, em uma democracia de partido como a que vivemos, o valor da fidelidade partidária possui um sentido mais amplo e uma densidade política ainda maior.

A fidelidade partidária condiciona o próprio funcionamento da democracia, ao impor normas de preservação dos vínculos políticos e ideológicos entre eleitores, eleitos e partidos, como definidos no momento do exercício do direito fundamental do sufrágio. Trata-se, portanto, de uma garantia fundamental da vontade do eleitor.

O “transfuguismo” ou, na linguagem vulgar, o “troca-troca” partidário, contamina todo o processo democrático, e corrompe o funcionamento parlamentar dos partidos, com repercussões negativas sobre o exercício do direito de oposição, um direito fundamental dos partidos políticos.

O Supremo Tribunal Federal está a reinterpretar a Constituição, em toda sua inteireza e não fundado em textos isolados, exercendo, dessa forma, sua função precípua de guardião da ordem constitucional. Como tenho afirmado em outros julgados nesta Corte, a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional. A afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição à realidade que a circunda.

Votou o Ministro Gilmar Mendes por denegar a ordem de forma geral, apresentando algumas ressalvas quanto à uma parlamentar em seu voto.

Para o Ministro Marco Aurélio é inegável o papel dos partidos políticos (2008, p. 644-654), e entende por conceder a ordem no mandado de segurança, pois entende o julgador que (2008, p. 649) :“onde o legislado não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo, muito menos para estabelecer enfoque distanciado da Constituição Federal”⁵³.

Por fim, a Ministra Ellen Gracie (2008, p. 655-657) segue o voto do Relator e se alinha aos posicionamentos nele expressados, pois se filia ao entendimento de que os requisitos necessários para candidatura e para concessão de um mandato político permanecem também após a eleição do candidato, com as ressalvas necessárias, quais sejam, perseguição política ou mudança dos ideais do partido, após a filiação do candidato⁵⁴.

Desse modo, denota-se, a partir da análise da argumentação utilizada ao longo da decisão, que a maioria dos ministros votou no sentido de criar uma nova cláusula constitucional para a perda de mandato, mesmo assumindo expressamente que o rol seria taxativo (ou seja,

⁵³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26.603-1-DF. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007. Publicado em 19/12/2008. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121> >. Acesso em 03 de mar. 2021. p. 644-654.

⁵⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26.603-1-DF. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007. Publicado em 19/12/2008. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121> >. Acesso em 03 de mar. 2021. p. 655-657.

limitado no escopo, ao contrário de um rol exemplificativo), baseando-se numa suposta permissão do constituinte originário à Corte para a ampliação das hipóteses constitucionais de perda de mandato.

Por meio da aplicação extensiva de princípios constitucionais, na interpretação de uma lei ordinária, o STF aumentou o rol das possibilidades estabelecidas pelo constituinte originário, que, diga-se de passagem, permanece irretocável, sem qualquer emenda constitucional até a presente data.

Nessa esteira, muito embora seja necessário preservar a representação política partidária no Congresso Nacional, inclusive no que diz respeito àquelas que representam parcelas minoritárias da população, a forma por meio da qual foi feito mostra-se equivocada, já que permitiu à Corte Constitucional, pelos fundamentos expostos, incluir hipótese não prevista originalmente.

Se há o desejo de inclusão da infidelidade partidária como modalidade de perda de mandato, necessária se faz a provocação das Casas Legislativas para que deliberem acerca da questão.

Contudo, não se pode permitir a interpretação extensiva da norma ao ponto de garantir grau de norma constitucional a dispositivo infraconstitucional. A eventual adoção de tal conduta pela Suprema Corte fere a independência e a harmonia existente entre os Poderes, uma vez que, àquela corte, cabe interpretar e fiscalizar o cumprimento da Constituição, e não promover alterações em suas normas positivadas afirmando que se trata de exercício de poder constituinte autorizado pelo constituinte originário.

O Supremo, ao conceder a segurança do mandato impetrado pelos partidos políticos em desfavor dos candidatos eleitos, optou, ainda, pela retroatividade da aplicação da interpretação, iniciando-se o entendimento fixado pela corte constitucional – nova hipótese de perda de mandato parlamentar por infidelidade partidária-, para o momento em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta nº 1.398/DF (27/03/2007).

Por fim, ressalta-se que o STF analisou o tema da infidelidade partidária para os cargos das eleições majoritárias, na ADI 5.081/Distrito Federal, fixando a tese de que: “A perda do mandato em razão da mudança de partido não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, sob pena de violação da soberania popular e das escolhas feitas pelo eleitor”.⁵⁵

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.081/Distrito Federal. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2015. Publicado em 19/08/2015. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9175293>>. Acesso em 03/02/2021.

3.2 – Ações diretas de inconstitucionalidade 1.351-3 e 1.354-8 e a cláusula de barreira

O processo político brasileiro é dotado de várias regras intrincadas que regulam as atividades partidárias. Nesse sentido, a regulamentação da matéria é recheada de opiniões e controvérsias acerca das regras às quais as agremiações partidárias deverão se submeter no jogo eleitoral.

Desse modo, eventuais alterações legislativas têm o condão de mudar drasticamente o cenário político brasileiro, fazendo com que partidos políticos percam representatividade nas Casas Legislativas, podendo, até mesmo, extinguir a sua participação, conforme busca demonstrar a segunda decisão analisada neste capítulo.

Nesse sentido, partidos políticos menores se socorreram ao Tribunal Constitucional, para apreciação da cláusula de barreira imposta pela Lei 9096 de 1990, a qual disciplinava a necessidade de um percentual mínimo para que os partidos pudessem constituir bancadas no Congresso Nacional (BRASIL, 2006, p. 21-29).⁵⁶

Ademais, o regramento jurídico posto também previa metodologia para aferição de direito à repartição de verbas do fundo partidário, o que, por sua vez, implicaria prejuízo aos partidos políticos prejudicados com a nova regra, bem como a possibilidade de redução de tempo em rede de canais abertos para as atividades partidárias para àqueles que não alcançassem os requisitos legais ali previstos⁵⁷.

Dessa maneira, dois partidos políticos, inconformados com o teor dos dispositivos legislativos estampados na Lei 9096 de 1990, ajuizaram ação direta de inconstitucionalidade, a fim de que o Supremo Tribunal Federal analisasse a matéria e declarasse a inconstitucionalidade de dispositivos e trechos normativos constantes na legislação supracitada.

Nesse diapasão, os partidos políticos, ao ajuizarem as presentes ações, promoveram uma verdadeira discussão jurídico-política, já que suscitaram interferência do Judiciário diretamente em matéria intrinsecamente ligada ao Legislativo e às suas atribuições, bem como da possibilidade de ditar as regras da competição eleitoral e de conformação do sistema partidário às quais aquele Poder deveria se submeter.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1351-3/DF. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2006. Publicado em 30/03/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>>. Acesso em 12 de mar. 2021. p. 21-29.

⁵⁷ BRASIL, Lei n.º 9096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19096compilado.htm>. Acesso em 08 de mar. 2021.

Denota-se, claramente, a perda da primeira batalha travada acerca da matéria em sua discussão no campo político, levando-se o debate, próprio da arena política, aos meandros da justiça constitucional.

No julgamento proferido, o Tribunal, à unanimidade, julgou procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei 9.096/95: artigo 13; a expressão "obedecendo aos seguintes critérios", contida no *caput* do artigo 41; incisos I e II do mesmo artigo 41; artigo 48; a expressão "que atenda ao disposto no art. 13", contida no *caput* do artigo 49, com redução de texto; *caput* dos artigos 56 e 57, com interpretação que elimina de tais dispositivos as limitações temporais neles constantes, até que sobrevenha disposição legislativa a respeito; e a expressão "no art. 13", constante no inciso II do artigo 57. Também por unanimidade, julgou improcedente a ação no que se refere ao inciso II do artigo 56.

Participaram do julgamento a presidente, Ministra Ellen Gracie, e os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Ministro Joaquim Barbosa.

Importante notar, porém, que posteriormente ao julgamento, a questão voltou a ser discutida no Congresso Nacional, sendo a temática sedimentada e regulamentada por meio da Emenda Constitucional 97/2017⁵⁸. Vale, ainda, acrescentar que a reedição mitigada da cláusula de barreira foi resultado da constatação de que a decisão tomada pelo STF, originalmente, foi ruim, fato reconhecido, inclusive, em declarações de ministros que acompanharam o voto vencedor naquela época.

Ainda que instituído novo regramento sobre a matéria, diante dos fundamentos trazidos naquela decisão, importante a sua análise crítica no trabalho.

Inicialmente, em breve síntese, o Ministro Relator, Marco Aurélio, expõe sua opinião acerca da cláusula de barreira e aponta as disparidades da norma frente à realidade fática partidária:

“Em síntese, a prevalecer, sob o ângulo da constitucionalidade, o disposto no artigo 13 da Lei n.º 9096/95, somente esses sete partidos terão funcionamento parlamentar, participarão do rateio de cem por cento do saldo do fundo partidário, gozarão, em cada semestre e em cadeias nacional e estadual de espaço de vinte minutos para a propaganda eleitoral e desfrutarão de inserções, por semestre e também em redes nacional e estadual, de trinta segundos ou um minuto, totalizando oitenta minutos no ano. Os

⁵⁸ BRASIL, Emenda Constitucional n.º 97 de 04 outubro de 2017. Altera a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão e dispor sobre regras de transição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc97.htm>. Acesso em 08 de mar. 2021.

demais ficarão à míngua, vale dizer, não contarão com funcionamento parlamentar, dividirão, com todos os demais partidos registrados junto ao Tribunal Superior Eleitoral, a percentagem de um por cento do fundo partidário e, no tocante a propaganda partidária, terão, por semestre, apenas dois minutos restritos à cadeia nacional.” (BRASIL, 2007, p. 17)⁵⁹

Ao esmiuçar a matéria, o eminente Relator afirma que a Constituição buscou consagrar o pluralismo político nos próprios fundamentos instituidores da República, previsto no art. 1º de nossa Carta Política, e, ainda, nesse sentido, chama à atenção para a garantia de liberdade conferida aos partidos políticos, como espécie de mecanismo garantidor dos preceitos de direitos fundamentais garantidos na Constituição de 1988.

Ainda, nessa linha de pensamento, trouxe à baila as regras constitucionais elencadas no artigo 17 da Carta Magna, que garantem o direito constitucional de criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos, ressaltando que, naquele texto, o constituinte não fez distinção entre partidos de primeira ou de segunda categoria, conforme, segundo seu entendimento, pretendia a legislação infraconstitucional instituir.

Interessante notar a hermenêutica adotada a respeito da matéria e da vontade, em tese, intrinsecamente presente na Carta Política acerca das agremiações partidárias:

“O que se contém no artigo 17 da Carta Federal diz respeito a todo e qualquer partido político legitimamente constituído, não encerrando a norma maior a possibilidade de haver partidos de primeira e segunda classes, partidos de sonhos inimagináveis em termos de fortalecimento e partidos fadados a morrer de inanição, quer sob o ângulo da atividade concreta no Parlamento, sem a qual é injustificável a existência jurídica, quer da necessária difusão do perfil junto ao eleitorado em geral, dado indispensável ao desenvolvimento relativo à adesão quando do sufrágio, quer visando, via fundo partidário a recursos para fazer frente a impiedosa vida econômica-financeira. Em síntese, tudo quanto venha à baila em conflito com os ditames maiores, os constitucionais, há de merecer a excomunhão maior, o rechaço por aqueles comprometidos com a ordem constitucional com a busca do aprimoramento cultural” (BRASIL, 2007, p. 47)⁶⁰

Desse modo, o julgador aponta para eventual promoção de desigualdade provocada pela legislação entre as agremiações partidárias, rotulando-as segundo os critérios criados pelos legisladores, que, em tese, detinham a maior representatividade no Congresso Nacional, em detrimento desses partidos considerados como minoritários.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1351-3/DF. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2006. Publicado em 30/03/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>>. Acesso em 12 de mar. 2021. p. 17.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1351-3/DF. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2006. Publicado em 30/03/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>>. Acesso em 12 de mar. 2021. p. 47.

Tal constatação é atribuída pelo Relator ao analisar critérios distributivos acerca dos recursos do fundo partidário e a tentativa de implodir o pluripartidarismo, por meio da inanição das demais agremiações, retirando-lhes tanto os recursos financeiros quanto os recursos eleitorais propagandísticos na busca de adesão do eleitorado.

Dessa forma, aponta o teor da decisão para a inconstitucionalidade da norma, em tese, por não acatar preceitos e princípios básicos que permeiam a ordem constitucional, apresentando-se a referida cláusula de barreira supostamente como empecilho ao aprimoramento cultural político da República.

No intuito de demonstrar o argumento lançado, aponta o julgador (2007, p. 50) para a importância dada pelo constituinte aos partidos políticos com representatividade no Congresso Nacional, uma vez que conferiu às referidas agremiações políticas o poder de suscitar o controle de constitucionalidade daquela corte, conforme os seus dizeres disciplinam acerca da matéria: *“A Constituição Federal atribui legitimidade aos partidos políticos para provocarem a jurisdição constitucional concentrada, sendo suficiente, contar para tanto, com um único representante em qualquer casa do congresso”* ⁶¹.

Nesta esteira, o Relator e os demais ministros buscam demonstrar a imensa responsabilidade conferida pelo constituinte aos partidos com representatividade no Congresso Nacional, para que pudessem, em sua representatividade popular, suscitar o controle de constitucionalidade das normas em um panorama geral, democrático do ponto de vista pluripartidário com ampla representatividade social-jurídica.

Ainda, ressalta o *decisum* a importância acerca da proteção das minorias:

No Estado Democrático de Direito, a nenhuma maioria, organizada em torno de qualquer ideário ou finalidade – por mais louvável que se mostre -, é dado tirar ou restringir os direitos e liberdades fundamentais dos grupos minoritários dentre os quais estão a liberdade de se expressar, de se organizar, de denunciar, de discordar e de se fazer representar nas decisões que influem nos destinos da sociedade como um todo, enfim, de participar plenamente da vida pública, inclusive fiscalizando os atos determinados pela maioria. Ao reverso, dos governos democráticos espera-se que resguardecem as prerrogativas e a identidade própria daqueles que, até numericamente em desvantagem, porventura requeira mais da força do Estado como anteparo para que lhe esteja preservada a identidade cultural, ou, no limite, para que continue existindo. ⁶²(BRASIL, 2007, p. 40)

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1351-3/DF. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2006. Publicado em 30/03/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>>. Acesso em 12 de mar. 2021. p. 50.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1351-3/DF. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2006. Publicado em 30/03/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>>. Acesso em 12 de mar. 2021. p. 60.

Desse modo, o Judiciário chama a atenção para os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito e dos ideais preconizados por ele, que busca atender todas as parcelas da população sob a governança do Estado. Ressalta o julgador que, por mais benéfico que se aparentem os ideais da maioria, necessária se faz a observância também das vontades das minorias, sob pena de ocasionar-lhes grave mal legislativo.

A partir dessa premissa, afirma a necessidade da manutenção dos demais partidos no campo político, pois estão intrinsicamente ligados a essas vontades não abarcadas pela maioria, cabendo a eles fazer apontamentos e suscitar discussões e debates no âmbito legislativo, como forma de promover melhorias no campo político, na vida pública e no meio social.

Nesta senda, aponta, ainda, para o trabalho prestado por essas agremiações partidárias na fiscalização dos atos realizados por partidos de maior representatividade, os quais possuem maior facilidade de influenciar a normatividade jurídica e as questões sociais do país.

Aliás a diversidade deve ser entendida não como ameaça, mas como fator de crescimento, como vantagem adicional para qualquer comunidade que tende a enriquecer-se com essas diferenças. O desafio do Estado moderno, de organização das mais complexas, não é elidir as minorias, mas reconhecê-las e, assim o fazendo, viabilizar meios para assegurar-lhes os direitos constitucionais. Para tanto, entre outros procedimentos, há de fomentar diuturnamente o aprendizado da tolerância como valor maior, de modo a possibilitar a convivência harmônica entre desiguais. Nesse aspecto é importante sublinhar, o Brasil se afigura como exemplo para o mundo. (BRASIL, 2007, p. 60)⁶³

Ademais, aponta para importância da diversidade política como fator de crescimento ao cenário político constitucional, transformando a ordem jurídico-política, enriquecendo os dispositivos legais com ideais frescos e diferentes, que permitam o regime jurídico amadurecer e funcionar de forma mais harmônica com as demandas sociais.

Nesse sentido, a Corte votou, unanimemente, pela declaração da inconstitucionalidade arrastada de todos os dispositivos ligados às consequências previstas na cláusula de barreira, disposta no art. 13 da Lei 9096/95, uma vez que entenderam que a referida norma ataca e fere mortalmente as diferenças sociais que o constituinte buscou proteger, ao consagrar os princípios da dignidade da pessoa humana, diversidade social e pluripartidarismo.

Isso posto, denota-se que a Corte, ao ser acionada para realizar o controle de constitucionalidade da norma, teve a espinhosa tarefa de se imiscuir em assuntos políticos de atribuições

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1351-3/DF. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2006. Publicado em 30/03/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>>. Acesso em 12 de mar. 2021. p. 61.

típicas do Poder Legislativo, intervindo em assunto pertinente à organização partidária daquelas casas.

Nessa linha, lançando mão de teorias constitucionais interpretativas e princípios fundamentais da Constituição, entendeu por devida a sua intervenção na matéria, sob o argumento da proteção das vontades das minorias e da promoção de igualdade de representatividade social nas casas legislativas, e, por consequência, na vida política do país.

Mas será que essa proteção invocada de fato era necessária? Existem, de fato, tantas ideologias, para a existência de tantos partidos políticos no Brasil? A diminuição da quantidade de partidos, que poderia nem ocorrer, mesmo com a imposição da cláusula de barreira, ao contrário dos fundamentos expostos, não poderia fortalecer ideologias, sendo, dessa forma, aí sim, um fator de crescimento ao cenário político constitucional? A tentativa de diminuir a quantidade de partidos políticos, por meio de regras positivadas, após amplo debate político, de fato, tratava-se de restrições “draconianas”, expressão utilizada pela Ministra Ellen Gracie?

O que se observa da decisão ora analisada é um comportamento judicial atinente à expansão da retórica neoconstitucionalista como fundamentação possível a todas as questões postas. Valendo-se de conceitos abertos e de princípios amplos, pode-se tachar de inconstitucional qualquer tentativa de normatização e aprimoramento de regras do jogo político, bastando escolher o sentido daquele axioma que mais lhe convém.

Em atenção a isso, convém ressaltar os princípios invocados nos votos dos demais ministros, resultando na procedência da declaração de inconstitucionalidade da norma. Nesta senda, o Ministro Ricardo Lewandowski (2007, p. 97) alerta que a matéria infraconstitucional feriria de morte o pluralismo político, fundamento do Estado Democrático de Direito, além de atingir garantia essencial, em uma democracia representativa, de as minorias encontrarem efetiva expressão no plano político.

A Ministra Carmen Lúcia, aderindo ao voto do ilustre Relator, também enfatiza que, no caso, os princípios da proporcionalidade e da oportunidade foram agredidos com a regulamentação infraconstitucional (2007, p. 101).

Ressalta o Ministro Eros Grau, em seu voto, que a referida norma afrontava o princípio constitucional da igualdade, não apenas entre partidos, mas sobretudo entre eleitores, colocando os partidos em grau de disparidade e retirando alguns dos atores e partidos do campo político (2007, p. 102-c).⁶⁴

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1351-3/DF. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2006. Publicado em 30/03/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpweb/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>>. Acesso em 12 de mar. 2021. p. 97-102.

Por sua vez, em seu voto, o Ministro Carlos Britto (2007, p-105) também destaca o valor da equidade partidária que dá voz ao pluralismo cultural, apresentando-se a Constituição como uma defesa das minorias em um Estado Democrático de Direito⁶⁵.

O Ministro Cezar Peluso (2007, p. 110/111) traz algumas considerações iniciais e ressalvas pessoais de posicionamento, mas também adere ao voto do Relator, trazendo como fundamento para inconstitucionalidade das normas atacadas, a afronta ao postulado da igualdade, em razão da finalidade dos critérios adotados, que restringem, no seu ponto de vista, a própria atuação parlamentar.

O Ministro Gilmar Mendes (2007, p. 113/163) fundamenta a inconstitucionalidade dos dispositivos por afronta ao princípio da proporcionalidade e ao princípio da igualdade de chances, conforme transcrições abaixo:

O modelo confeccionado pelo legislador brasileiro, no entanto, não deixou qualquer espaço para a atuação partidária, mas simplesmente negou, in totum, o funcionamento parlamentar, o que evidencia, a meu ver, uma clara violação ao princípio da proporcionalidade, na qualidade de princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes) (2007, p. 127)

[...]

O fator e a proporção desse discrimen legalmente estabelecido entre os partidos políticos detentores de mandatos eletivos devem ser analisados desde a perspectiva do princípio da igualdade de chances ou de oportunidades.

O princípio da igualdade entre os partidos políticos é fundamental para a adequada atuação dessas instituições no complexo processo democrático. Impõe-se, por isso, uma neutralidade do Estado em face das instituições partidárias, exigência essa que se revela tão importante quanto difícil de ser implementada. A importância do princípio da igualdade está em que sem a sua observância não haverá possibilidade de estabelecer uma concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, o que acabará por comprometer a essência do próprio processo democrático. A dificuldade está nos aspectos jurídicos e táticos. Quanto aos aspectos jurídicos, ela reside na diferenciação acentuada do objeto envolvido como consequência das próprias diferenças de uma sociedade livre e aberta. Daí afirmar Dieter Grimm que a neutralidade estatal deve ser entendida como não-influência da desigualdade, o que lhe confere caráter de igualdade formal. Quanto aos aspectos táticos, afigura-se inegável que o Estado, que há de conduzir-se com neutralidade em relação aos partidos, é também um Estado partidariamente ocupado. (2007, p. 129-130)

[...]

Destarte, a adoção do princípio de igualdade de chances constitui condição indispensável ao exercício legal do poder, uma vez que a minoria somente há de renunciar ao direito de resistência se ficar assegurada a possibilidade de vir a se tornar maioria. (2007, p. 132)

[...]

Não tenho dúvida que “a igualdade de chance” é princípio integrante da ordem constitucional brasileira. (2007, p. 140)

[...] Afigura-se, pois, dispensável ressaltar a importância do princípio da isonomia no âmbito das relações estatais. Como a ninguém é dado recusar a integração a uma determinada ordem estatal, faz-se mister reconhecer o direito de participação igualitária como correlato necessário da inevitável submissão a esse poder de império. E o direito

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1351-3/DF. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2006. Publicado em 30/03/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>>. Acesso em 12 de mar. 2021. p. 97-102.

de participação igualitária na vida da comunidade estatal e na formação da vontade do Estado não se restringe à igualdade eleitoral, ao acesso aos cargos públicos, ao direito de informação e de manifestação de opinião, abrangendo a própria participação nos partidos políticos e associações como forma de exercer influência na formação da vontade política.

Vê-se, pois, que o princípio de igualdade entre os partidos políticos constitui elemento exigência do modelo democrático e pluripartidário. (2007, p. 142-143)

Não parece subsistir dúvida, portanto, de que o princípio da isonomia tem aplicação à atividade político-partidária, fixando os limites e contornos do poder de regular a concorrência entre os partidos. (2007, p. 144)⁶⁶

O Ministro Sepúlveda Pertence (2007, p. 164/169) aderiu integralmente ao voto do Ministro Relator e dos demais Ministros, ressaltando que a relativa (destacando a palavra relativa) igualdade de chances está contida no próprio princípio fundamental do pluralismo político e na liberdade de criação de partidos políticos, além de destacar que a regra tal como posta pelo legislador é desproporcional, visando à eliminação de partidos políticos.

A Ministra Ellen Gracie (2007, p. 170), aderindo integralmente ao voto do Relator e as ressalvas feitas pelos demais Ministros que a antecederam na votação, também destacou que, ao decidir pela inconstitucionalidade dos dispositivos atacados, a Corte estava consagrando “a igualdade de oportunidade de difusão de propostas partidárias.

Vê-se, assim, ao longo da decisão, que o restante do colegiado, ao acompanhar os fundamentos apresentados pelo relator, passa a adotar o mesmo tipo de fundamentação e a invocar os princípios constitucionais que entendem aplicáveis ao caso em comento.

Nesse julgamento, especificamente, de conceitos abertos e princípios, a Corte, ao ser instigada, viu-se autorizada a interferir na norma de cunho exclusivamente eleitoral dos demais Poderes, sob a alegação da proteção de preceitos constitucionais, tornando-se claro o uso da hermenêutica neoconstitucionalista analisada no primeiro e segundo capítulos do presente trabalho.

3.2.1 – Da Emenda Constitucional 97/2017 e o desfecho da cláusula de barreira

Após o controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal nas ADI's 1.351-3 e 1.354-8, declarando-se a inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei 9096/95, e os dispositivos legais que tiveram suas interpretações afetadas pela referida cláusula de barreira legal, o Congresso Nacional, no intuito de fazer valer seu posicionamento acerca da necessidade

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1351-3/DF. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2006. Publicado em 30/03/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginas/dor.jsp?docTP=AC&docID=416150>>. Acesso em 12 de mar. 2021. p. 113-163.

da imposição da cláusula de barreira, aprovou a emenda constitucional 97/2017, que trouxe restrições mais brandas no tocante aos percentuais necessários para que se tivesse acesso às benesses partidárias, seja ao fundo partidário ou ao tempo de campanha eleitoral nas redes de canais abertos, dispondo também sobre regras de transição⁶⁷.

Nesse sentido, essas foram as alterações trazidas pelo poder constituinte derivado:

§ 3º Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente: I - obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou II - tiverem eleito pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação. (BRASIL, 2017, n.p.)⁶⁸

Denota-se que houve uma redução do percentual de cinco por cento para três por cento dos votos válidos para que os partidos fizessem jus aos recursos do fundo partidário e acesso gratuito aos canais de televisão e rádio.

Ademais, instituiu uma segunda possibilidade como critério para acesso às benesses do fundo partidário, ao conceder para aqueles partidos que, não atingindo o percentual válido, elejam, no mínimo, quinze deputados federais distribuídos em um terço das unidades da federação.

De mais a mais, a referida emenda cria normas de transição para uma adequação saudável da medida proposta ao ordenamento jurídico, dando tempo suficiente das agremiações partidárias se organizarem para alcançar os novos requisitos constitucionais impostos.

3.3 – Recurso Extraordinário 643.978

O Recurso Extraordinário 643.978 aportou no Tribunal Constitucional, para discussão acerca da legitimidade do Ministério Público Federal para figurar no polo ativo de Ação Civil Pública que visava à unificação de contas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

⁶⁷ BRASIL. Emenda Constitucional 97 de outubro de 2017. Altera a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão e dispor sobre regras de transição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc97.htm>. Acesso em 14 de mar. 2021.

⁶⁸ BRASIL. Emenda Constitucional 97 de outubro de 2017. Altera a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão e dispor sobre regras de transição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc97.htm>. Acesso em 14 de mar. 2021.

A presente questão alcançou o tribunal em agosto de 2011, tendo sido reconhecida a repercussão geral do tema em setembro de 2015, com julgamento recente do caso em 2019.

Preliminarmente, cumpre ressaltar que, no caso ora analisado, os Ministros presentes naquela ocasião votaram todos conforme o Relator, manifestando, dessa maneira, aquiescência às teses lançadas, bem como o seu entendimento favorável à decisão e as repercussões oriundas do precedente firmado.

Ao analisar o caso que deu origem ao recurso extraordinário, extrai-se que o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública, para que o juízo de primeira instância determinasse que a Caixa Econômica Federal procedesse à unificação das contas do FGTS de um trabalhador vinculado a diversos contratos de trabalho. Nesse sentido, a matéria inicialmente esbarra na vedação legal instituída no art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347 de 1985, suscitando, ao final, que aquele juízo declarasse a inconstitucionalidade do citado dispositivo legal.

Acerca da pertinência da questão, o Relator cita a mudança de posicionamento daquela corte acerca da legitimidade do Ministério Público para propositura da ação na defesa dos direitos homogêneos, divergindo-se do posicionamento dos Ministros nos autos dos RE 163.231 e RE 576.155, nos quais se ampliou a legitimidade do órgão ministerial, frente o posicionamento adotado no RE 195.056-1, que restringiu a legitimidade de atuação do órgão em casos concretos.⁶⁹

Dentre os casos citados, pertinente é o posicionamento adotado no RE 195.056. Isso porque a atuação ministerial na defesa de direitos individuais homogêneos, em síntese, quando não adstrita à atuação dos direitos sociais indisponíveis, deve ser inicialmente fundada num aproveitamento coletivo, o que não ocorreu diretamente no caso.

Ademais, é possível visualizar, extraindo-se trechos fundamentadores da decisão, que é doutrina majoritária e jurisprudencial daquele tribunal constitucional a atribuição de legitimização ministerial para atuação ativa na defesa dos direitos individuais homogêneos de importância relevância social.

Citem-se, entre outros, os seguintes direitos individuais homogêneos que, quando devidamente sopesados, atraíram a atuação do Ministério Público para atuar em sua defesa, tendo, portanto, sua legitimidade referendada por esta CORTE: o valor de mensalidades escolares (RE 163.231/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CÔRREA, Tribunal Pleno, julgado em 26/2/1997, DJ de 29/6/2001), os contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação (AI 637.853 AgR/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 17/9/2012), os contratos de leasing (AI 606.235 AgR/DF, Rel.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 643.978/SE. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 09/10/2019. Publicado em 25/10/2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341566622&ext=.pdf>>. Acesso em 03 de mar. 2021.

Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 22/6/2012), os interesses previdenciários de trabalhadores rurais (RE 475.010 AgR/RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 29/9/2011), a aquisição de imóveis em loteamentos irregulares (RE 328.910 AgR/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 30/9/2011) e as diferenças de correção monetária em contas vinculadas ao FGTS (RE 514.023 AgR/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 5/2/2010). (BRASIL, 2019, p. 11)⁷⁰

O caso ora em exame trata de entendimento formado por meio de uma análise extensiva acerca dos direitos sociais, fixando-se a tese da permissiva constitucional do órgão ministerial na atuação de direitos sociais divisíveis, disponíveis e determinados ou determináveis⁷¹, o que vai de encontro aos ditames constitucionais estabelecidos para atuação ministerial, apontada no art. 127, *caput*, da Carta Magna.

Do panorama jurisprudencial do STF deflui-se ser inafastável a legitimidade do Ministério Público para ajuizar a correspondente ação civil pública cuja demanda intenta o resguardo de direitos individuais homogêneos cuja amplitude possua expressiva envergadura social.

[...]

O comando inserto no sobredito dispositivo da Lei 7.347/1985 não constitui obstáculo à atuação do Ministério Público em contextos fático-jurídicos revestidos de interesses sociais qualificados, ainda que sua natureza seja de direitos divisíveis, disponíveis e com titulares determinados ou determináveis, já que, *prima facie*, a legitimidade ministerial, em tais situações, emana diretamente do art. 127 da CARTA MAGNA. (BRASIL, 2019, p. 16-17)⁷²

Assim, a legitimação ministerial, nesse caso, apesar de revestida de uma relevância social que possa atingir uma coletividade, revela suposta lesão a direito disponível, tendo a Suprema Corte, utilizando-se de conceitos abertos “expressiva envergadura social” e “interesses sociais qualificados”, promovido entendimento diverso à própria Constituição, sem que houvesse mudança no texto constitucional, expandindo os limites constitucionais da atuação ministerial a direitos disponíveis e divisíveis.

Ademais, na referida decisão, o colegiado, de forma taxativa, reconhece a legitimidade do órgão para funcionar na matéria, esvaziando-se, dessa maneira, a própria redação dada ao parágrafo único do artigo primeiro, da Lei 7347/85, sem, contudo, reconhecer suposta inconstitucionalidade da norma. Confira-se:

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 643.978/SE. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 09/10/2019. Publicado em 25/10/2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341566622&ext=.pdf>>. Acesso em 03 de mar. 2021. p. 11.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 643.978/SE. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 09/10/2019. Publicado em 25/10/2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341566622&ext=.pdf>>. Acesso em 03 de mar. 2021.

⁷² _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 643.978/SE. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 09/10/2019. Publicado em 25/10/2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341566622&ext=.pdf>>. Acesso em 03 de mar. 2021. p. 16-17.

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

[...]

Parágrafo único: Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.⁷³ (BRASIL, 1985, n.p.)

Nessa linha de raciocínio, o Tribunal continuamente vem promovendo uma revogação indireta da norma, sem a declaração expressa de incompatibilidade da regra com a Constituição.

Ou seja, ao analisar a norma, o STF vem restringindo, aos poucos, a aplicabilidade do dispositivo legal, contrariando de forma velada o disposto no art. 2º da EC 32/2001 (“As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional), caso do parágrafo único do art. 1º da Lei 7347/85.

Nessa esteira, conforme leciona Vieira (2010), o Judiciário apossa-se discretamente das atribuições dos demais Poderes, ao mitigar os dispositivos legais vigentes, por meio de fundamentos neoconstitucionalistas expansivos, que permitem, aos poucos, a formulação de interpretações restritivas acerca da aplicabilidade da norma no ordenamento jurídico, moldando a vontade do Legislativo e do Executivo à interpretação e vontade do Judiciário.⁷⁴

Assim, ao apresentarmos estas três decisões, ao longo deste capítulo final, o presente texto buscou demonstrar o uso da retórica neoconstitucionalista pelo Supremo Tribunal Federal, como um instrumento para intervenção nas atribuições dos demais Poderes, ampliando o campo de atuação do STF na arena política.

⁷³ BRASIL. Lei 7347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em 03 de mar. 2021.

⁷⁴VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Revista Direito GV, São Paulo 4(2) | P. 441-464 | Jul-Dez 2008. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 07. Jan. 2021. p. 444-445.

4 – Considerações finais

O presente trabalho se propôs a analisar a utilização da retórica neoconstitucionalista como meio de promoção de ingerência política do Judiciário nos demais Poderes, bem como das consequências provocadas por esta valorização de conceitos indeterminados e princípios abstratos frente ao ordenamento jurídico posto, a partir da análise de decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal F.

Assim, diante do todo, impende ressaltar a importância e a grande valia que foi para o presente trabalho as análises acerca da evolução jurídica e da interpretação dos fenômenos sociais e históricos que moldaram o direito e a hermenêutica jurídica que culminaram nos ideais neoconstitucionalistas.

Debruçando-se nesses pressupostos, foi possível identificar a utilização da retórica neoconstitucionalista como meio de promoção de mudança institucional endógena pelo Poder Judiciário, nos textos normativos elaborados pelo Legislativo e Executivo⁷⁵, seja pelo esvaziamento dos efeitos da norma ou pela aplicação de interpretação diversa ao texto positivado.

Dito isto, no transcorrer da confecção do presente trabalho, constatou-se diversas decisões judiciais proferidas pela corte constitucional dotadas da retórica neoconstitucionalista como meio de afastar a aplicabilidade da norma. No entanto, optou-se por trazer as decisões proferidas nos autos RE 643.978; MS 26.603-1 e ADI's 1.351-3 e 1.354-8, uma vez que traduzem melhor a utilização dos princípios abstratos, para, inclusive, contrariar a norma posta.

Ante o exposto, os objetivos da presente pesquisa foram atingidos, ao demonstrar como os Ministros do STF se utilizam da retórica neoconstitucionalista para suscitar conflito de norma frente a dispositivos e preceitos constitucionais, no intuito de valer-se dessa argumentação para impedir a aplicação da legislação devidamente positivada no campo legislativo-político.

Não se pretendeu, aqui, relegar os princípios a um segundo plano, e engessar o ordenamento jurídico, mas necessário se faz alertar para a importância da análise de casos concretos a partir da subsunção às regras e, não só, por meio da ponderação de princípios.

O Poder Judiciário deve continuar como um freio a atos totalitários, que sejam contrários à Constituição ou à própria democracia, mas, para tanto, não se pode mais admitir argumentações abstratas, baseadas exclusivamente em princípios, para indevida ingerência na arena política.

⁷⁵ MINAS GERAIS, Ministério Público Estadual de. Comportamento Judicial nas Cortes Constitucionais: Modelos explicativos dominantes na Ciência Política e o caso brasileiro. 2020. 37 slides.

Referências Bibliográficas

ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n.º 17 – janeiro/fevereiro/março -2009 – SALVADOR-BA. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>>. Acesso em 06 de jan. 2021. p. 02-07.

BARROSO, Luís Roberto. NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em 04 de jan. de 2021. p. 02-15.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. E-book. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2010. p. 303-305.

BARROSO, Luís Roberto. No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim?imprimir=1>>. Acesso em 20 de jan. 2021.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. E-book. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 81.

BRASIL, Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 06 de jan. 2021.

_____. Emenda Constitucional n.º 97 de 04 outubro de 2017. Altera a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão e dispor sobre regras de transição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc97.htm>. Acesso em 08 de mar. 2021.

_____. Lei 9096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19096compilado.htm>. Acesso em 03 de mar. de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADIN nº 1.096-4 – MEDIDA LIMINAR – Rel. Min. Celso de Mello. Diário da Justiça Seção I, 22 set. 1995, p. 30-589, in: MORAES. Alexandre de. Jurisdição Constitucional e tribunais Constitucionais. São Paulo: Atlas, 2016. p. 536.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF – Pleno - ADIN nº 902, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello. Diário da Justiça Seção I, 22 abr. 1994, p. 8.946. Pertinência temática para os Governadores in: MORAES. Alexandre de. Jurisdição Constitucional e tribunais Constitucionais. São Paulo: Atlas, 2016. p. 536.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 1351-3/DF. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2006. Publicado em 30/03/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>>. Acesso em 12 de mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 6524/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2020. Publicado em: 06/04/2021. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=1&dataPublicacaoDj=08/01/2021&incidente=5972250&codCapitulo=2&numMateria=39&codMateria=12>>. Acesso em 08 de mar. 2021

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 5889, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2020. Publicado em 05/10/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754002534>>. Acesso em 08 de mar. de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF N.º 772/2020 – MEDIDA LIMINAR -, Rel. Min. Edson Fachin. DJ Nr. 292 do dia 15/12/2020. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=ADPF&numero=772>>. Acesso em 08 de mar. de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26.603-1/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007. Publicado em 19/12/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms26603CM.pdf>>. Acesso em 03 de mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 643.978/SE. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 09/10/2019. Publicado em 25/10/2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341566622&ext=.pdf>>. Acesso em 03 de mar. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal. 1ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2014.

COSTA, Luiz Domingos. Estado, partidos e composição social: o impacto do estatismo sobre a representatividade social das bancadas federais entre 1946 e 2010. 11º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política - 2018. Disponível em: <<https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2019/05/estado-partidos-e-composicao-social-impacto-estatismo-sobre.pdf>>. Acesso em 03 de mar. 2021. p. 17-20

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução: Nelson Boeira. 1ª ed. Martins Fontes: São Paulo, 2006.

FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Ginotti de; NOVELINO, Marcelo. et al. As Novas Faces do Ativismo Judicial. 1ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O Neoconstitucionalismo e o Fim Do Estado De Direito. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP. 2012. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29082013-113523/publico/tese_doutorado_jorge_galvao_O_Neoconstitucionalismo_e_o_fim_do_Estado_de_Direito.pdf>. Acesso em: 06 de jan. 2021. p. 32-79.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista, Trad. Ricardo Rodrigues Gama, 2ª ed., Campinas: Russel, 2005, nº 78, pp. 472-473.

JÚNIOR, Paulo Alckmin Costa. O CONTINENTE E AS 11 ILHAS: A mudança institucional endógena e o lugar do Supremo Tribunal Federal na arena política. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte-MG, 2018. Disponível em: < https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-BC6GWY/1/as_ilhas_e_o_continente___vers_o_dep_sito_fafich.pdf>. Acesso em: 07 de jan. 2021. p. 52.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. E-book. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 37-38.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 189-191.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 288-290. Sobre a criação do Tribunal austríaco e das características do controle concentrado de constitucionalidade in: MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. E-book. 33ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 531.

MACIEL, Eliane Cruxên Barros de Almeida. Fidelidade Partidária: um panorama institucional. Textos para Discussão 9, Brasília - junho/2004. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/101> >. Acesso em 03 de mar. 2021. p. 08.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação ao Direito. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 24.

MENDES, Conrado Hübner. Controle de Constitucionalidade e Democracia. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MEZZAROBÀ, Orides. A democracia representativa partidária brasileira: A necessidade de se (re)pensar o conceito de povo como ator político. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/pe/article/download/42729/25887>>. Acesso em 03 de mar. 2021. p. 41-48.

MINAS GERAIS, Ministério Público Estadual de. Comportamento Judicial nas Cortes Constitucionais: Modelos explicativos dominantes na Ciência Política e o caso brasileiro. 2020. 37 slides.

MORAES, Alexandre de. DIREITO CONSTITUCIONAL. E-book. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 315-536.

MORAES, Guilherme Peña de. Curso de direito constitucional. E-book. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 39-504.

REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANDER, Gustavo Vicente. Democracia e Partidos Políticos. Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 5, n. 1, p. 21-33, jan./jun. 2008. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/download/651/490+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 03 de mar. de 2021. p. 21-33.

SAMPAIO, Sabrina Batista Sampaio. Infidelidade partidária: um estudo sobre a legislação, causas e consequências. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5001, 11 mar. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56304>>. Acesso em 03 de mar. 2021.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://cpu007782.ba.gov.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmiento.pdf>. Acesso em 06 de jan. 2021. p. 02-16.

SCHELEDER. A. F. P. et al. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA. E-book. Itajaí: Ed. Univali, 2016. p. 247.

TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. Dados, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582008000400002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 07 de mar. 2021. p. 825-864.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Revista Direito GV, São Paulo 4(2) | P. 441-464 | Jul-Dez 2008. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 07. Jan. 2021. p. 441-464.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes:** Da transição democrática ao mal constitucional. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. Published Article in American Political Science Review, Vol. 99, No. 4 November 2005. Princeton University. Disponível em: <https://scholar.princeton.edu/sites/default/files/Interpose_Friendly_Hand_0.pdf>. Acesso em: 04 de jan. 2021. p. 583-596.