



# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

**JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH**

vol. 9 | n. 1 | janeiro/abril 2022 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral  
Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | [www.ninc.com.br](http://www.ninc.com.br)



## Entre o “faça o que eu digo” e o “faça o que eu faço”: uma análise da coerência entre o ensinado e o decidido pelos Ministros do STF

### *Between the “do what I say” and the “do what I do”: a coherence analysis between the taught and the decided by Brazilian Supreme Court Justices*

MARCELO NUNES APOLINÁRIO <sup>1,\*</sup>

<sup>1</sup> Universidade Federal de Pelotas (Pelotas, Rio Grande do Sul, Brasil)  
marcelo\_apolinario@hotmail.com  
<http://orcid.org/0000-0001-7140-4625>

VICTOR RIBEIRO DA COSTA <sup>1,\*\*</sup>

<sup>1</sup> Universidade Federal de Pelotas (Pelotas, Rio Grande do Sul, Brasil)  
victorribeirolag@gmail.com  
<http://orcid.org/0000-0001-7140-4625>

**Recebido/Received:** 04.12.2021 / December 4<sup>th</sup>, 2021

**Aprovado/Approved:** 25.03.2022 / March 25<sup>th</sup>, 2022

#### Resumo

Este artigo objetivou discutir se haveria ou não coerência entre o que os Ministros do STF ensinam em suas doutrinas e aquilo que eles decidem em casos difíceis enquanto juízes constitucionais, considerando as polêmicas levantadas pelo paradigma neoconstitucional. Para tanto, construiu-se uma pesquisa bibliográfica e documental amparada no método hipotético-dedutivo. Acreditava-se inicialmente que o grau de coerência entre o ensinado e o decidido oscilaria conforme os interesses extrajudiciais em jogo. Para testar essa hipótese, a pesquisa foi estruturada em três partes. Na primeira, foram debatidos os

#### Abstract

*This paper aimed to discuss whether it would be or not some coherence between what Brazilian Supreme Court (STF) Judges taught in their doctrines and what they decide in hard cases as constitutional Judges, considering yet some neoconstitutional paradigm issues. It was initially believed that the coherence grade between the taught and the decided would oscillate accordingly with the extrajudicial interests in each case. Thus, this research was divided into three parts to test the drawn hypothesis. In the first was debated the main elements which compose neoconstitutionalism. In the second, it was analyzed Judges Mendes, Moraes, and*

Como citar esse artigo/How to cite this article: APOLINÁRIO, Marcelo Nunes; COSTA, Victor Ribeiro da. Entre o “faça o que eu digo” e o “faça o que eu faço”: uma análise da coerência entre o ensinado e o decidido pelos Ministros do STF. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 1, p. 201-227, jan./abr. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i1.83927.

\* Professor da Faculdade de Direito e do Programa de Mestrado em Direitos Sociais da Universidade Federal de Pelotas (Pelotas-RS, Brasil). Doutor e Pós-doutor em Derechos Fundamentales pela Universidad Autónoma de Madrid. Coordenador do Projeto de Pesquisa Estado, Constituição e Direitos Fundamentais (UFPEL). Coordenador do Grupo de Estudos Constituição, Cidadania e Direitos Fundamentais (UFPEL). E-mail: marcelo\_apolinario@hotmail.com.

\*\* Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas (Pelotas-RS, Brasil). Bacharel em Direito pela UFS. Servidor Público Federal da UFS. Advogado. E-mail: victorribeirolag@gmail.com.

principais elementos que compõem esse paradigma. Na segunda, analisou-se as doutrinas dos Ministros Mendes, Moraes e Barroso. Na terceira, foram estudados os votos deles na ADO 26 – sobre a equiparação da homotransfobia ao crime de racismo, e na ADI 5.526 – sobre a aplicabilidade de cautelares penais aos congressistas. Ao final, refutou-se a hipótese levantada, pois o grau de vinculação às ideias e métodos neoconstitucionais manifestado pelos Ministros em suas respectivas doutrinas também foi verificado nas ações analisadas. Como reflexão final, a pesquisa aponta para a necessidade de pesquisar empiricamente a atuação da jurisdição constitucional como forma de fiscalizá-la e controlá-la democraticamente.

**Palavras-chave:** jurisdição constitucional; neoconstitucionalismo; doutrina; STF; casos difíceis.

*Barroso's doctrines. In the third, it was studied their votes in two lawsuits - at Declaratory Action of Unconstitutionality by Omission nº 26 (about the analogical application of racism law to homotransphobia), and Declaratory Action of Unconstitutionality nº 5.526 (on the applicability of criminal preventive measures to parliamentarians. In the end, the raised hypothesis was disproved, since the Judges' attachment degree to neoconstitutional ideas and methods showed in their books was also verified in both lawsuits. As a final lesson, this paper indicates the necessity of researching empirically Constitutional Courts as a way of supervising and controlling them democratically.*

**Keywords:** constitutional jurisdiction; neoconstitutionalism; scholarship; STF; hard cases.

## SUMÁRIO

**1.** Introdução; **2.** O que é o neoconstitucionalismo? **3.** O “faça o que eu digo” doutrinário: o que Vossa Excelência tem ensinado sobre neoconstitucionalismo? **4.** O “faça o que eu faço” decisório: análise da ADO 26 e da ADI 5.526; **4.1.** ADO 26, criminalização da homotransfobia e os limites da atuação jurisdicional; **4.2.** Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.526; **5.** Considerações finais; **6.** Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

“Faça o que eu digo, não faça o que eu faço” é um ditado popular geralmente utilizado para indicar a falta de coerência entre o discurso e as atitudes concretas de alguém. Trata-se de algo similar ao distanciamento entre teoria e prática vulgarmente traduzido pela frase “na prática, a teoria é outra”. Este artigo parte dessa reflexão sobre as incongruências entre o falar e o fazer para analisar se há coerência entre o que os Ministros do STF ensinam sobre o neoconstitucionalismo em suas doutrinas e aquilo que eles decidem nos difíceis casos concretos<sup>1</sup> levados à Corte.

O problema que guiou essa pesquisa pode ser assim resumido: existe coerência entre as posições doutrinárias dos Ministros sobre como deve ser exercida a jurisdição constitucional em um cenário de neoconstitucionalismo e o modo como eles a exercem ao decidir casos difíceis? Para respondê-lo, realizou-se uma pesquisa bibliográfica (doutrinária) e documental (em acórdãos) amparada no método hipotético-dedutivo. Como hipótese central, imaginou-se inicialmente que a coerência entre o ensinado e

<sup>1</sup> Embora falte um critério claro e adequado para distinguir entre casos fáceis e difíceis, a diferença é intuitiva e por contraste. Por exemplo, não se pode comparar a relevância de decisões em ações como o Al-608.883AgR-ED-ED-ED-AgR-segundo-AgR com a que foi dada na ADI 3510 (sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança e o futuro das pesquisas com células-tronco embrionárias). Em casos fáceis, é comum que haja apenas o voto do relator. Já nos difíceis, costuma haver onze votos e muito dissenso. Para mais detalhes, ver SILVA, Virgílio Afonso da. O relator dá voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogossian. **REI-Revista Estudos Institucionais**, vol. 2, n. 2, pp. 648-669, jul./dez. 2016. p. 666.

o decidido oscilaria conforme os fatores extrajurídicos implicados no caso (questões políticas e econômicas, sobretudo).

Para testar essa hipótese da coerência de conveniência (um eufemismo para “incoerência”), essa pesquisa foi dividida em três etapas. Inicialmente, buscou-se compreender quais as principais características e ideias do neoconstitucionalismo, fenômeno tão complexo quanto indispensável à interpretação dos principais debates acerca da jurisdição constitucional. Em um segundo momento, procurou-se analisar como esse paradigma neoconstitucional se refletia nas doutrinas dos Ministros do STF. Isso demandou recortes e escolhas que limitam a validade dessa análise sem anulá-la. Assim, selecionou-se as obras dos Ministros Luís Roberto Barroso, Gilmar Ferreira Mendes e Alexandre de Moraes, por serem todos reconhecidos como constitucionalistas.

Dentro da vasta produção doutrinária de cada um deles, foram escolhidos os cursos de direito constitucional pelos motivos expostos oportunamente. Por fim, a terceira parte da pesquisa estudou os votos desses três Ministros na ADO 26 (sobre a equiparação da homotransfobia ao crime de racismo) e na ADI 5.526 (sobre a aplicabilidade de medidas cautelares do CPP aos congressistas). Ambas as ações representam casos difíceis em que os três atuaram, o que permitiu uma comparação mais equânime.

Ao fim, não se corroborou a hipótese levantada<sup>2</sup>, já que o crescente grau de adesão dos Ministros ao paradigma neoconstitucionalistas (de Moraes, menos adepto, a Barroso, o mais entusiasta, passando por Mendes) também foi observado em seus respectivos votos nos casos analisados. Logo, ao menos na ADO 26 e na ADI 5.526, foi possível perceber certa coerência entre o ensinado como doutrinadores e o decidido enquanto juízes constitucionais. Na conclusão, deu-se destaque a esse e outros pontos – como a necessidade de pesquisar empiricamente a atuação das Cortes constitucionais para fiscalizar democraticamente o exercício do poder judicial. Nesse processo, a utilização da doutrina como parâmetro – inclusive a construída pelos próprios juízes constitucionais, pode ser uma aliada fundamental.

## 2. O QUE É O NEOCONSTITUCIONALISMO?

O neoconstitucionalismo, como movimento teórico do Direito, ocupou considerável espaço na produção científica nas últimas décadas, sendo possível encontrar uma quantidade enorme de pesquisas com as mais diversas perspectivas sobre o assunto.

<sup>2</sup> Por mais contraintuitivo que soe, a refutação e a não-corroboração de hipóteses são tão importantes quanto confirmá-las, considerando a metodologia adotada. O que realmente interessa ao método popperiano é testá-las com seriedade. Esse método é o mais adequado à ciência do direito porque evita sua redução à parecerística. Para mais detalhes sobre essa metodologia, recomenda-se consultar RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. **Conhecer Direito I: a teoria do conhecimento no século XX e a Ciência do Direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 109. Para entender do que se trata a parecerística – a lógica do parecer na pesquisa em direito, ver NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Coord.). **Cadernos Direito GV**. São Paulo: FGV, 2009.

Antes de enfrentar os elementos e características que norteiam o fenômeno neoconstitucionalista, é oportuno enfatizar que se deve ter muito cuidado quando se pretende dizer algo sobre ele, uma vez que inúmeros conceitos e definições foram utilizados para referir de um lado o constitucionalismo europeu de meados do Século XX e, por outro, para enquadrar posições teóricas de diversos autores pertencentes às mais distintas tendências e culturas jurídicas que, inclusive, defendem pontos de vistas incompatíveis entre si. Por essa razão, passa a ser extremamente delicado e complexo estabelecer uma definição consistente e, por vezes, coerente, sobre o que de fato vem a ser o neoconstitucionalismo.

Não por outro motivo, costuma-se utilizar o termo no plural: “neoconstitucionalismo (s)”. Ainda que seja difícil firmar uma definição padronizada, que sintetize de modo coerente e simplificado o que é o neoconstitucionalismo, é possível estabelecer alguns parâmetros que de certa maneira fundamentam a teoria: maior utilização dos princípios em detrimento das regras; maior utilização do critério da ponderação em vez da subsunção; protagonismo judicial frente aos demais poderes; maior aplicação do texto ou valores constitucionais em substituição às leis<sup>3</sup>; e a coexistência de uma constelação plural de valores, por vezes contraditórios, em lugar de uma homogeneidade ideológica capaz de caracterizar um conjunto de princípios que interagissem harmonicamente entre si<sup>4</sup>.

Significa dizer de modo mais aprofundado que o neoconstitucionalismo se qualifica como teoria por apresentar as seguintes características: a) rigidez constitucional; b) garantia jurisdicional da Constituição; c) a aplicação imediata das normas constitucionais e a interpretação das leis conforme as regras e os valores constitucionais; d) o reconhecimento de um extenso e robusto elenco de valores substantivos, além dos formais ou procedimentais já previstos nas Constituições; e) a ampliação dos direitos fundamentais da qual resulta inevitável o surgimento de antinomias e colisões (não mais lacunas), pelos quais os direitos assim declarados atuam mais como princípios do que como regras em sentido estrito; f) uma concepção mais elaborada e sofisticada acerca do que vem a ser o Estado de Direito, que já não limita os agentes públicos à estrita obediência às leis, mas que pressupõe a garantia jurisdicional de um amplo leque de direitos individuais; g) a relevância dos valores e dos princípios como categorias autônomas e de especial importância no âmbito das normas jurídicas<sup>5</sup>; i) a técnica da ponderação como método capaz de eliminar prováveis conflitos entre valores e princípios

<sup>3</sup> Conforme ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, vol. 17, pp. 1-19, jan./mar. 2009. p. 2.

<sup>4</sup> Ver SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 138-139.

<sup>5</sup> De acordo com PEÑA, Lorenzo; AÚSIN, Txetxu. Neoconstitucionalismo y valores del ordenamiento jurídico. In: PEÑA, Lorenzo; AÚSIN, Txetxu (Coords.). **Conceptos y valores constitucionales**. Madrid: Plaza y Valdés, 2016. p. 11-13.

constitucionais, assim como entre direitos fundamentais e direitos constitucionais reconhecidos nas Cartas Fundamentais<sup>6</sup>.

O neoconstitucionalismo procura compreender e explicar uma gama enorme de textos constitucionais que surgiram após a Segunda Guerra. Trata-se de Constituições que não se limitam a descrever apenas as funções das instituições e dos Poderes Constitutivos. São textos que possuem elevados níveis de normas materiais e procedimentais que condicionam a atuação do Estado ao cumprimento de determinados programas, metas e objetivos. Exemplos clássicos desse modelo de Constituição são a portuguesa de 1976, a espanhola de 1978, a brasileira de 1988 e a colombiana de 1991<sup>7</sup>.

A Constituição deixa de ser concebida como um documento meramente político, cuja regulamentação estava à mercê da vontade do legislador, passando a ser considerado um documento, além de político, também jurídico e passível de aplicação imediata por juízes e Tribunais Constitucionais. Essa mudança estrutural acarreta um notório deslocamento do polo de tensão do Legislativo para o Judiciário, pois sempre que os direitos sublinhados na Constituição não forem salvaguardados, sobretudo quando verificada a inércia dos poderes políticos originariamente competentes, estes encontram, na jurisdição constitucional, uma forma legítima de efetivação<sup>8</sup>.

Em realidade, os pressupostos do neoconstitucionalismo brotam a partir de um mecanismo crucial do paradigma constitucionalista: a supremacia constitucional. A ideia foi apresentada por Alexander Hamilton sob o prisma de que a Constituição é uma Lei Fundamental, que deve ser reconhecida por todos como norma superior em relação às demais normas existentes no sistema jurídico. A partir desse raciocínio, Hamilton propunha a revisão judicial, assentada na seguinte premissa: se a Constituição é uma Lei suprema e cabe ao Poder Judiciário interpretar as Leis e resolver conflitos entre uma Lei superior e outra inferior, cabe ao Judiciário, portanto, anular as normas que maculam a Constituição. O *Chief Justice* John Marshall albergou essa tese no voto proferido no emblemático caso *Marbury x Madison*, em 1803, consagrando o modelo difuso de controle de constitucionalidade, no qual cada magistrado é competente para invalidar uma norma contrária à Constituição em casos concretos<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Para uma abordagem mais minuciosa sobre relevância metodológica da técnica da ponderação, ver ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 93-106.

<sup>7</sup> Vide: APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. Reflexões sobre as razões e contradições do neoconstitucionalismo a partir dos postulados do Estado de Direito. In: SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela (Org.). **Estudos em teoria do Estado e Constituição: desafios e perspectivas**. Campo Grande: Instituto Brasileiro de Pesquisa Jurídica, 2018. p. 238.

<sup>8</sup> Segundo TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: Limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 31.

<sup>9</sup> Ver MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo (verbete). In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: PUC-SP, 2017. p. 5-6.

Também por influência de Hans Kelsen, vários países europeus adotaram o modelo de controle concentrado de constitucionalidade, ao qual a competência para a invalidação de uma norma ofensiva ao texto da Constituição é atribuída a um único órgão jurisdicional. Paralelo a esses dois modelos – o difuso e o concentrado – surgiram outros, como o modelo de controle preventivo, predominante na França, e modelos mistos, que adotam tanto o controle difuso como o concentrado, vigente, por exemplo, no Brasil. Independentemente do modelo implementado, o constitucionalismo com o passar do tempo foi sofrendo graduais modificações. Inicialmente o constitucionalismo foi construído sob o paradigma da proteção dos direitos individuais em face do Poder político. Atualmente, muitas constituições consagram não apenas direitos individuais e políticos, mas também direitos sociais, o que lhes dá caráter dirigente. Ademais, tornaram-se um instrumento impeditivo de retrocessos políticos e garantidor de avanços sociais. Reconheceu-se ao órgão de controle jurisdicional não apenas a competência para invalidar os atos contrários à Constituição, mas, para além disso, reconhecer e afastar a omissão estatal praticada pelos poderes Executivo e Legislativo e, sobretudo, o não cumprimento do programa constitucional. Portanto, é nesse cenário que a proposta neoconstitucionalista se fortalece<sup>10</sup>. Ainda sobre a justificativa da teoria, cabe destacar as lições de García Jaramillo, para quem:

*O neoconstitucionalismo se apresenta como doutrina de justificação, como uma teoria e uma metodologia do direito referidas ao Estado constitucional a partir dos alinhamentos sentados na Alemanha e Itália logo após a Segunda Guerra. Isso credita o uso da expressão neoconstitucionalismo para destacar as diferenças entre o discurso constitucional atual e o fio condutor que caracterizou o constitucionalismo histórico. A forma de Estado que marca numa democracia constitucional, traz consigo importantes transformações nos sistemas jurídicos que suscitam a revisão da teoria do direito tradicional de matiz positivista, o qual amplia o discurso do constitucionalismo para desenvolver uma teoria e metodologia jurídicas que podem responder à complexidade dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. O neoconstitucionalismo, que amplia de forma complementar em vez de excluir os conteúdos do constitucionalismo histórico, se pode conceber como uma forma substantiva de constitucionalismo<sup>11</sup>.*

Nessa mesma linha de raciocínio é possível ressaltar que o neoconstitucionalismo possui uma matriz teórica, caracterizada por uma Constituição invasora, que

<sup>10</sup> Ver MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo (verbetes). In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: PUC-SP, 2017. p. 6.

<sup>11</sup> JARAMILLO, Leonardo García. Desafios conceptuales y prácticos del neoconstitucionalismo: hacia una agenda latinoamericana de investigación. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lenio (Orgs). **Neoconstitucionalismo: avanços e retrocessos**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 157-158.

disciplina quase todas as matérias do campo político-social e que prevê um catálogo extenso de direitos fundamentais do qual se extraem regras e princípios, uma matriz ideológica, caracterizada pela garantia dos direitos fundamentais como objetivo principal a ser alcançado e uma matriz metodológica, caracterizada pela conexão entre o Direito e a Moral<sup>12</sup>.

Essa conexão entre o Direito e a Moral não significa uma real aproximação do neoconstitucionalismo ao Direito natural. Conforme a doutrina jusnaturalista, o Direito está subordinado à moral. Logo, as normas jurídicas que se opuserem as normas morais deverão ser declaradas inválidas. Em contrapartida, para o neoconstitucionalismo, inexistente tal subordinação, uma vez que as exigências morais, integram o próprio sistema normativo vigente, sendo, portanto, normas jurídicas. Nesse sentido, os princípios são assumidos pelo neoconstitucionalismo como normas positivadas, expressa ou implicitamente no texto constitucional. Pressupõe-se, não obstante, que o texto constitucional incorpora uma ordem objetiva de valores. Para o neoconstitucionalismo, a moral não está fora do campo jurídico, muito pelo contrário, é inerente a ele e pode servir de parâmetro para melhor criá-lo e adaptá-lo, bem como para validar ou invalidar normas jurídicas editadas pelos poderes competentes<sup>13</sup>.

Esse, por exemplo, é o entendimento de Pozzolo, ao salientar que a presença e a utilização dos princípios ensejam uma interpretação moral da Constituição por parte dos magistrados, permitindo-lhes moldar as relações sociais de modo que se alcancem índices satisfatórios de justiça<sup>14</sup>. A partir dessa concepção, pode-se dizer que o neoconstitucionalismo permite a possibilidade de se modificar a sociedade por intermédio do Poder judiciário, o que pode tornar a ciência do direito ainda mais incerta. A configuração da Constituição neoconstitucionalista retira a tarefa das escolhas políticas das mãos dos legisladores, aumentando o poder da jurisdição constitucional. Desse modo, cria-se o risco da instauração de um assim chamado governo dos juízes.

Nesse contexto, o Poder judiciário teria o condão de influir e alterar o estado de coisas. Ao incentivar uma maior participação do Poder judiciário por meio de interpretações mais criativas, está subentendido que se considera aceitável a maior participação dos tribunais na construção política da sociedade. A ideia de Constituição viva, com o propósito de ser integrativa, adaptativa, criativa, permanente e progressivamente

<sup>12</sup> A respeito disso, ver: COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 83; e também MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo (verbetes). In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: PUC-SP, 2017. p. 7.

<sup>13</sup> Conforme MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo (verbetes). In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: PUC-SP, 2017. p. 27.

<sup>14</sup> POZZOLO, Suzanna. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico. In: OTTO, Écio; POZZOLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 85.

dotada de característica *juspolíticas*, concorre para que se produza, invariavelmente, a partir das Cortes Constitucionais, constantes e muitas vezes desenfreadas mutações constitucionais<sup>15</sup>.

A adoção de métodos mais flexíveis e abertos na hermenêutica jurídica, bem como a valorização dos princípios e a utilização dos critérios de ponderação, são mecanismos que interferem na realidade social<sup>16</sup>. Esse método hermenêutico tem como inspiração o ativismo judicial praticado pela Suprema Corte norte-americana, principalmente nos casos *Brown x Board Education* de 1954 que tratou de eliminar a segregação racial existente nas escolas públicas de alguns estados da federação e no caso *Miranda x Arizona* em que a Corte assentou que o suspeito deve ser informado de seus direitos, inclusive o de não produzir provas contra si. Por serem simbólicas, essas decisões servem de exemplo para as futuras gerações que projetam no ativismo judicial uma forma de justificar os avanços contemporâneos da teoria constitucional<sup>17</sup>.

Por fim, destacar que é importante não confundir o neoconstitucionalismo com o pós-positivismo, nem pensar, tampouco, que ambos os contextos significam a mesma coisa. “O neoconstitucionalismo reside em um fenômeno político-jurídico surgido após a Segunda Guerra, já o pós-positivismo consiste num paradigma filosófico que se originou a partir do giro-linguístico e do giro ontológico-linguístico.”<sup>18</sup> Portanto, em tese, no paradigma pós-positivista observar-se-á uma reduzida discricionariedade judicial em comparação com o neoconstitucionalismo onde a discricionariedade parece não ter limites.

Em suma, o neoconstitucionalismo é um movimento que se desenvolveu na Europa, após a Segunda Guerra, alcançando o contexto brasileiro com a promulgação da Constituição de 1988. Esse movimento tem como características o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional, os princípios como normas jurídicas e a aproximação entre o Direito e a moral, contribuindo com o surgimento de um novo paradigma interpretativo baseado em valores morais. A seguir, estudar-se-á de que maneira os Ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso compreendem a teoria neoconstitucionalista e como ensinam o fenômeno em suas respectivas obras.

<sup>15</sup> Vide: GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 61.

<sup>16</sup> A propósito desse tema, ver: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 109.

<sup>17</sup> Conforme APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. Reflexões sobre as razões e contradições do neoconstitucionalismo a partir dos postulados do Estado de Direito. In: SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela (Org.). **Estudos em teoria do Estado e Constituição: desafios e perspectivas**. Campo Grande: Instituto Brasileiro de Pesquisa Jurídica, 2018. p. 246-247.

<sup>18</sup> ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Contra o neoconstitucionalismo: idiosincrasias e incongruências da teoria constitucional contemporânea. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lenio (Org.). **Neoconstitucionalismo: avanços e retrocessos**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 83.

### 3. O “FAÇA O QUE EU DIGO” DOCTRINÁRIO: O QUE VOSSA EXCELÊNCIA TEM ENSINADO SOBRE NEOCONSTITUCIONALISMO?

A seção anterior procurou identificar as principais características do neoconstitucionalismo como movimento teórico – a conexão entre direito e moral, a centralidade normativa dos princípios, o protagonismo judicial na concretização da força normativa das constituições, dentre outras premissas com profundas implicações para a atividade jurisdicional. Após estabelecer as bases compreensivas que permitam reconhecer com algum grau de precisão quais são as teses tipicamente neoconstitucionalistas, deve-se agora investigar se e como elas são retratadas nas obras doutrinárias dos Ministros do STF.

Portanto, as perguntas que guiaram esta parte deste estudo foram: o que os Ministros ensinam sobre o neoconstitucionalismo em seus livros? Como o fazem? Como o objetivo central deste artigo é testar a coerência entre o que é dito por eles no exercício do magistério e o que eles efetivamente fazem ao decidir enquanto magistrados, não haveria espaço para tratar de todos os Ministros nem de todas as suas obras. Assim, foi necessário realizar recortes e escolhas e fixar procedimentos analíticos, expostos a seguir.

Os principais recortes são de duas ordens: subjetivo (quais Ministros) e objetivo (quais obras). Quanto a quais Ministros escolher, considerando que o neoconstitucionalismo é um fenômeno recente no Brasil (ao menos com este nome), preferiu-se trabalhar com os Ministros que estão em atividade, o que confere maior atualidade à pesquisa, tornando-a mais oportuna. Ainda restariam onze deles. Embora todos os onze atuem como juízes constitucionais, nem todos são reconhecidos academicamente como constitucionalistas. Assim, foram excluídos aqueles que não possuíam doutorado em direito constitucional, restando apenas três: Gilmar Mendes, Luis Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Já em relação ao recorte objetivo, ainda seria necessário filtrar quais obras seriam analisadas dentro do oceano bibliográfico produzido por estes três Ministros. Optou-se por trabalhar com as de maior alcance, seus respectivos cursos de direito constitucional, geralmente publicados e atualizados ano a ano<sup>19</sup>.

Realizou-se então uma pesquisa bibliográfica e qualitativa destas obras, servindo-se da técnica de análise de conteúdo, que consiste em descobrir os núcleos de sentido através do estudo da presença ou da frequência de determinados temas

<sup>19</sup> Por serem compilados com a apresentação completa da disciplina, estas são as obras que contam com maior circulação, especialmente dentre alunos da graduação ou entre aqueles que estão se preparando para concursos públicos. Assim, foram selecionadas as seguintes obras: a) BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2020; b) MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2020; e c) MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2020.

em um documento, organizando-os em eixos temáticos que permitam interpretá-los (GERHARDT; SILVEIRA, 2009, p. 84-85). Utilizando-se buscadores de texto, foram pesquisados em cada obra os seguintes termos: “neoconst”, “ponderação”, “princípios”, “ativismo” e “separação de poderes”. Também se buscou por capítulos ou seções específicas nos índices de cada livro.

Já a inspiração para a organização dos eixos temáticos foi extraída de Humberto Ávila<sup>20</sup>. Como este autor categoriza as mudanças acarretadas pelo “novo constitucionalismo” em quatro (norma, método, justiça e Poder), foram definidos os seguintes eixos: 1) Como apresentam o tema do neoconstitucionalismo? 2) como os autores diferenciam princípios de regras? 3) Quais soluções propõem para os conflitos normativos (antinomias e colisões) e para as lacunas? Como explicam a ponderação? 4) O que pensam sobre o ativismo judicial? Como o expõem?

Dois dos principais achados desta pesquisa bibliográfica foram as diferenças de tom e de atenção dispensada ao tema do neoconstitucionalismo por cada um dos Ministros. Isto pode ser explicado pelos distintos estilos e enfoque de cada obra. O curso de Moraes tem um teor mais dogmático e descritivo, enfatizando a análise do programa normativo constitucional. Mendes e Branco, de outro lado, buscaram equilibrar os comentários a textos normativos com longas explicações sobre teoria da constituição (especialmente as teorias dos direitos fundamentais e dos princípios). Por fim, Barroso lançou seus holofotes para a hermenêutica e a teoria constitucional, deixando em segundo plano o estudo textual da dogmática constitucional.

Embora estas diferenças possam dificultar comparações diretas entre as obras, elas não as inviabilizam. Os diferentes tons e atenção com que o neoconstitucionalismo foi tratado são compatíveis com as polêmicas, elogios e críticas que este movimento teórico plural suscita, como indicado na primeira seção deste artigo. Assim, a seguir são expostos os pontos mais relevantes da análise comparativa sobre as posições dos Ministros, por eixo temático.

Quanto à forma de apresentação do tema “neoconstitucionalismo”, em Mendes e Branco, foi dedicada apenas uma curta seção de duas páginas ao assunto. Eles o associaram à materialização da Constituição, resguardada por mecanismos judiciais de controle de constitucionalidade que poderiam mitigar, em alguns casos, a supremacia parlamentar e tensionar a relação entre democracia e constitucionalismo, o que seria contornável através da construção de uma democracia substancial<sup>21</sup>. Já em Moraes, a expressão “neoconst” não foi encontrada no corpo do texto. Apesar disso, ele trabalha o tema em tópico relativo ao ativismo judicial, que será detalhado mais adiante.

<sup>20</sup> ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, vol. 17, pp. 1-19, jan./mar. 2009.

<sup>21</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2020. p. 76-77

Ainda em relação a este primeiro eixo analítico, Barroso é de longe o maior entusiasta do tema, posto que a expressão pesquisada foi utilizada diversas vezes em sua obra (inclusive em várias referências bibliográficas). Cabe destaque para os tópicos sobre o constitucionalismo no século XXI, sobre a doutrina da efetividade das normas constitucionais (cuja defesa da aplicabilidade imediata assenta nas bases do neoconstitucionalismo no Brasil e inaugura a era de protagonismo judicial)<sup>22</sup>, bem como para toda a segunda parte do livro, dedicada ao “novo direito constitucional brasileiro”<sup>23</sup>. Em breve resumo, o Ministro deixou transparente sua adesão a esse paradigma, entendendo como inegável que o direito atualmente se firma em um modelo que já não é mais de regras ou de subsunção, sendo pautado por uma jurisdição criativa<sup>24</sup>.

O segundo eixo analítico diz respeito às diferenças entre princípios e regras. Mendes e Branco o abordam em seção específica, aderindo a critérios de distinção estruturais e qualitativos entre as espécies normativas (em linha muito próxima à de Alexy), comentando também que as constituições contemporâneas são compostas por ambas, já que um modelo puramente de regras traria maior segurança, mas ao custo do engessamento das dinâmicas social e jurídica, enquanto um modelo puro de princípios traria maior flexibilidade, mas colocando em risco a estabilidade e segurança das relações sociais<sup>25</sup>. Da mesma forma que no eixo anterior, Moraes também não trouxe tópicos específicos sobre o tema aqui debatido.

Isto é feito por Barroso, que vê os princípios como “porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico [...sendo] alçados ao centro do sistema jurídico”<sup>26</sup>. Para ele, os critérios de distinção seriam de três ordens: a) conteúdo (regras são comandos objetivos, princípios são decisões políticas, valores ou fins públicos); b) estrutura (regras são predominantemente descritivas, princípios são finalísticos e contam com maior indeterminação de sentido); e c) modo de aplicação (subsunção para as regras, ponderação para os princípios). Em razão disso, segundo Barroso, “o conteúdo aberto [dos princípios] permite a atuação integrativa e construtiva do intérprete, capacitando-o a produzir a melhor solução para o caso concreto, assim realizando o ideal de justiça”<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 220-221.

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 223-376.

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 57-58, 255-260.

<sup>25</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2020. p. 101-106.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 203.

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 206.

O terceiro eixo compreendeu o fornecimento de soluções para as inconsistências normativas (ambiguidades, antinomias, lacunas e colisões). Mendes e Branco inicialmente trabalham o tema ao debater o fenômeno das colisões entre direitos fundamentais, geralmente carregados por normas-princípio<sup>28</sup>. Eles defendem a utilização do juízo de ponderação (como parte da máxima da proporcionalidade), de forma que a normatividade dos princípios é *prima facie*, podendo ser ajustada ao serem consideradas as particularidades dos conflitos concretos. O tema é rediscutido em seção dedicada à colisão entre direitos fundamentais. Nela, os autores reconhecem que, caso se trate de direito submetido à reserva legal expressa, a competência para fixar os limites adequados será do legislador, não do magistrado<sup>29</sup>.

De outro lado, Moraes apresentou de forma tangencial o tema do terceiro eixo, trazendo um tópico sobre a relatividade dos direitos e garantias individuais e coletivos, defendendo a limitabilidade destes com base no “princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas”<sup>30</sup>. Para além disso, o termo “colisão” só foi mencionado três vezes na obra de Moraes, o que demonstra que o assunto não foi trabalhado com maior detalhamento pelo Ministro.

Por último, Barroso foi bastante minucioso ao tratar do tema. Vale destacar o tópico sobre a interpretação constitucional construtiva, no qual o Ministro defende que, diante de casos difíceis (os que não podem ser resolvidos por mera subsunção), o hermeneuta deverá realizar uma leitura moral da Constituição, em interpretação evolutiva (atualizando o sentido) de suas normas, em atividade construtiva (que pode ir além da dicção expressa do texto) e com propósitos pragmáticos, isto é, de produzir o melhor resultado para a sociedade<sup>31</sup>. Além disso, para o Ministro, a nova interpretação constitucional trouxe consigo uma nova cultura jurídica, que se socorre de valores como a ideia de justiça para interpretar o direito<sup>32</sup>.

O resultado concreto disso é que, quando houver colisões entre direitos fundamentais expressos por princípios, competirá ao magistrado argumentar sobre quais normas colidentes prevalecerão no caso em análise. Barroso se diz ciente dos riscos que esta ampliação do poder judicial pode acarretar, mas alerta que, para reduzi-los, é preciso tanto observar o dever de fundamentação, quanto embasar as decisões em normas jurídicas de origem parlamentar (legitimadas democraticamente), fixando

<sup>28</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2020. p. 237.

<sup>29</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2020. p. 305-306.

<sup>30</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 106.

<sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 282-283.

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 303.

parâmetros universalizáveis e que resultem em uma concordância prática entre os princípios colidentes<sup>33</sup>.

O quarto e último eixo temático analisado versou sobre o que podem os juízes, isto é, sobre ativismo judicial e autocontenção. Acerca disso, Mendes e Branco promoveram uma abordagem histórica do tema e, ao final dela, defenderam que a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXV, CRFB) justificaria a sindicabilidade de atos políticos (como os relativos ao processo legislativo e às medidas provisórias) e do mérito administrativo, sempre que houver lesão ou ameaça a direito<sup>34</sup>. Contudo, no que diz respeito à atuação judicial em matéria de direitos sociais, estes mesmos autores advogaram uma postura mais autocontida, entendendo que a judicialização do acesso a direitos prestacionais deveria ser excepcional por se tratar de competência atribuída prioritariamente aos demais Poderes<sup>35</sup>. Adotam então uma postura moderada, cujo grau de comedimento dependeria do tipo de direito cuja adjudicação se discute.

Moraes se apresenta de forma ainda mais moderada. Ele comenta sobre ativismo judicial no tópico relativo à interpretação conforme a Constituição, quando defende o dogma do legislador negativo (ao dizer que o Judiciário, sob o pretexto de realizar interpretações conforme, não poderia substituir o legislador positivo)<sup>36</sup>. Assim, em linhas gerais, o Ministro adere a uma postura mais autocontida, deferente à separação dos poderes e que se utilize de forma minimalista da técnica de interpretação conforme (com ou sem redução de texto), restrita aos dilemas envolvendo a tutela de direitos fundamentais, mas sem interferir em questões estritamente políticas<sup>37</sup>.

Por fim, Barroso foi novamente o Ministro que deu maior atenção ao tema, ainda que de forma esparsa, ao comentar questões variadas, como mutação constitucional, inconstitucionalidade por omissão, interpretação conforme e judicialização da política<sup>38</sup>. Além disso, boa parte da discussão sobre ativismo foi concentrada em tópico específico, cujo título é “Jurisdição Constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política”<sup>39</sup>. Embora, como visto anteriormente, ele tenha defendido o protagonismo

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 313, 331.

<sup>34</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2020. p. 552.

<sup>35</sup> Aqui, eles se referem à formulação e execução de políticas públicas que garantam o acesso aos direitos sociais, que, pelas implicações orçamentárias e complexidade que possuem, são tarefas próprias do Legislativo e do Executivo. Vide: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2020. p. 212-213.

<sup>36</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 1431-1441.

<sup>37</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 1439.

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 141-156, 354-355, 409.

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 443-485.

judicial na interpretação construtiva do direito, nesta seção o Ministro reconheceu que o Judiciário não poderia usurpar a função legislativa, mas considerou que algum grau de ativismo seria justificável quando a matéria em juízo for a regularidade dos procedimentos democráticos ou à proteção de direitos fundamentais<sup>40</sup>. Assim, a visão de Barroso, ao menos neste ponto, se aproximaria da de Mendes e Branco.

Em breve recapitulação e avaliação crítica, foi possível perceber através da pesquisa aqui resumida que a postura de cada Ministro em relação ao movimento neoconstitucionalista varia bastante, indo desde uma aparente indiferença (Moraes) até a exposição elogiosa e entusiasmada do fenômeno (Barroso), passando ainda por um viés intermediário de reconhecimento deste marco teórico, mas com ressalvas e críticas (Mendes e Branco). Os tons distintos podem ser explicados pelas diferenças de abordagem e estilo de cada obra, já problematizadas aqui. Apesar disso, foi notável em todas elas a presença de um certo pano de fundo conceitual comum, calcado na distinção estrutural entre regras e princípios, na prevalência do juízo de ponderação, no modo casuístico de resolução de conflitos normativos (especialmente os que envolvem direitos fundamentais) e no modo particularista de realização da justiça.

Estes quatro elementos remetem à descrição do neoconstitucionalismo feita por Ávila<sup>41</sup>. Isto leva a crer que, a despeito dos diferentes graus de entusiasmo, críticas e vinculação a este movimento teórico, as três obras aqui estudadas endossam de alguma forma o paradigma do constitucionalismo principialista<sup>42</sup>. É este o quadro teórico fornecido pelos Ministros em suas doutrinas, cada qual com suas particularidades e estilos próprios. Uma vez investigado o “faça o que eu digo” doutrinário, resta analisar na seção seguinte, através do exame da jurisprudência produzida por eles três, qual o grau de vinculação e coerência entre o quadro teórico pintado nos livros e o “faça o que eu faço” decisório.

#### 4. O “FAÇA O QUE EU FAÇO” DECISÓRIO: ANÁLISE DA ADO 26 E DA ADI 5.526

Já se viu até aqui que o neoconstitucionalismo, enquanto paradigma heterogêneo de compreensão do direito, serve como base para novos arranjos institucionais e políticos, tendo como principal exemplo a expansão da jurisdição constitucional e a centralidade política das Cortes que a exercem. São elas, ao discutir a extensão, o

<sup>40</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 455-456.

<sup>41</sup> ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, vol. 17, pp. 1-19, jan./mar. 2009.

<sup>42</sup> A expressão é empregada e explicada por FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi (Org.). **Un debate sobre el constitucionalismo**. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, 2012. p. 11-50

sentido e o alcance de normas jurídicas, quem definem os limites e as possibilidades do exercício de seu próprio poder. Essa definição não é isenta de críticas e oscila entre a autocontenção e o ativismo, pendularmente e a depender dos interesses em jogo no caso concreto.

Em todo caso, exige-se dos juízes constitucionais um grau de justificação condzente com os poderes e responsabilidades que a Constituição lhes confere<sup>43</sup>. Como parte dessa justificação é construída com apoio da doutrina, que, segundo Streck, deve exercer um constrangimento epistemológico<sup>44</sup> sobre o trabalho judicial, a pergunta que guia esta investigação ganha uma relevância especial, já que se analisa a coerência entre o que os Ministros dizem (enquanto doutrinadores) e o modo como decidem em plenário.

Será que o que eles ensinam em sala de aula, especificamente sobre os temas mais caros ao neoconstitucionalismo (relação entre espécies normativas, modos de aplicação do direito, limites da atuação do Judiciário etc.), coaduna-se com seu modo habitual de decidir? Seriam eles coerentes consigo próprios? Para tentar responder a essa pergunta, esta etapa da pesquisa analisou os votos dos três Ministros, cujas doutrinas foram dissecadas na seção anterior, em duas ações distintas: a ADO 26, em que foi criminalizada a homotransfobia, e a ADI 5.526, que discutiu a aplicabilidade de prisões preventivas a parlamentares federais. Em ambas são levantadas questões que estão no cerne dos debates sobre o neoconstitucionalismo, como se verá a seguir.

#### 4.1. ADO 26, criminalização da homotransfobia e os limites da atuação jurisdicional

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, foi proposta pelo Partido Popular Socialista, defendendo a tese de que, diante do art. 5º, incisos XLI e XLII<sup>45</sup>, que estabelecem um mandado de criminalização de condutas discriminatórias que atentem contra grupos vulneráveis e minorias, e da inação legislativa de mais de três décadas em regulamentar lei punindo a discriminação baseada na orientação sexual (homotransfobia), o Congresso Nacional teria incorrido em clara omissão inconstitucional.

<sup>43</sup> O próprio art. 93, IX, da CRFB/88, estabelece que é nula a decisão não fundamentada. Uma definição negativa de fundamentação, isto é, de quando não se considera fundamentada a decisão, pode ser encontrada no art. 489, §1º do CPC.

<sup>44</sup> Entendido como a tarefa de controlar o arbítrio judicial e delimitar sentidos para as expressões (leigas ou jurídicas), matéria através da qual os juízes constroem hermeneuticamente suas decisões. Para Streck, a doutrina crítica ajuda a distinguir boas de más decisões, identificando as respostas corretas dentro de determinada tradição interpretativa e institucional, como defendido por Dworkin. Ver STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento - Casa do Direito, 2017. p. 41-45.

<sup>45</sup> Estes dispositivos informam, respectivamente, que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e que o racismo é crime inafiançável e imprescritível, nos termos da lei.

O raciocínio era simples: a Constituição ordenou que tais condutas fossem criminalizadas como forma de proteger direitos, o Poder Legislativo ficou inerte no caso específico da discriminação contra a população LGBTQIA+, logo, a ADO seria o remédio cabível. O caso ganhou grande repercussão midiática, compondo a chamada “pauta de costumes” do Tribunal. Diversas entidades da sociedade civil ingressaram como *amicii curie*, firmando-se um amplo debate coletivo sobre o tema. Como relator, foi designado o Min. Celso de Mello. Considerando que o Mandado de Injunção coletivo 4.733 tratava de tema similar, a Corte entendeu adequado reuni-las para julgamento conjunto.

Assim, em meados de junho de 2019, o Plenário do STF julgou precedente, por maioria de votos (vencidos em parte os Min. Lewandowski e Toffoli e, no todo, o Min. Marco Aurélio), com eficácia geral e efeito vinculante para declarar a ocorrência de omissão normativa inconstitucional do Congresso, bem como dar interpretação conforme à Constituição em face dos dispositivos acima mencionados para que a homotransfobia fosse enquadrada como um dos diversos tipos penais que integram a Lei nº 7.716/89, que criminaliza o racismo, até que o Legislativo edite norma específica sobre a questão.

A tese fixada é um pouco mais extensa do que o acima descrito e inclui outros elementos importantes, como sobre a proteção do discurso religioso que critique tais orientações sexuais, mas, para os propósitos desse artigo, é suficiente compreender que o principal efeito prático e direto da decisão foi a criminalização da homotransfobia pela via judicial. O principal argumento utilizado pelo relator e acatado pela maioria da Corte considerou que deveria ser dada uma interpretação conforme (a Constituição) ao termo “racismo”, compreendido não como mera alusão a elementos biológicos, mas como uma dimensão social que abrangeria atos ofensivos à orientação sexual ou identidade de gênero.

Foi utilizada, portanto, uma técnica reconhecidamente neoconstitucional – a interpretação conforme, para alargar o alcance semântico de tipos penais e enquadrar a homotransfobia como espécie do gênero “racismo”. Por se tratar de matéria penal, a postura mais proativa da Corte gerou uma enxurrada de críticas, mas, antes de mencionar algumas delas, que remontam o debate sobre a interpretação do direito, os limites da jurisdição constitucional e a legitimidade do Poder Judiciário, cabe detalhar os principais argumentos apresentados pelos três Ministros aqui estudados: Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes e Roberto Barroso.

Os três votos são convergentes em muitos aspectos, embora cada Ministro aborde também detalhes particulares que merecem comentário em apartado. Dado o alto grau de convergência, optou-se aqui por comentá-los conjuntamente, abrindo parênteses para destacar as peculiaridades de um ou outro voto quando for o caso. Em linhas gerais, os três seguem o mesmo entendimento do Relator, reconhecendo: a) a existência de uma lacuna legislativa e a inconstitucionalidade desta, diante da mora

legislativa, a despeito do mandado de criminalização previsto no art. 5º, XLI; b) a consequente proteção insuficiente de direitos fundamentais da minoria LGBTQIA+; c) a gravidade social do problema da homofobia e a necessidade de respostas estatais urgentes.

Apesar dessas convergências, que também se refletem de certo modo em um relativo grau de consenso quanto ao tipo de solução jurídica a ser adotada, há algumas peculiaridades em cada voto que devem ser destacadas no que diz respeito a saber o que o Poder Judiciário pode fazer para resolver o problema identificado (a lacuna inconstitucional e a proteção insuficiente). A principal barreira à atuação jurisdicional é a óbvia linha da separação de poderes (art. 2º), fonte de permanentes controvérsias no cenário pós-positivista, ante as tensões entre o princípio democrático (representado pela vontade parlamentar) e a supremacia constitucional (assegurada pelo Judiciário).

Essa barreira ganhou reforços particulares no caso da ADO 26 porque a matéria discutida envolvia a criminalização de condutas, ou, como preferiu dizer o STF, a interpretação da extensão dessa criminalização. Em matéria penal, princípios como a legalidade, a anterioridade e seus consectários lógicos (como a vedação da analogia *in malam partem*) tornam ainda mais delicada uma atuação proativa do Judiciário no sentido de colmatar a lacuna inconstitucional identificada na ação. Para contornar estas dificuldades, cada Ministro desenvolveu uma argumentação própria, mas alinhada com a dos demais.

Mendes, amparado no *Möglichkeitdenken* (pensamento do possível), de Häberle, sustentou que, sendo a Constituição um texto aberto e que exige constantes atualizações de seu sentido, e, estando-se diante de uma lacuna axiológica, seria possível ampliar o escopo de aplicação da norma, realizando uma espécie de “interpretação extensiva”<sup>46</sup>. Para o Ministro, haveria farta jurisprudência da Corte nesse sentido, como os MI 670, 708 e 712, que determinaram a injunção concretizadora no caso do direito à greve de servidores civis, bem como o caso Ellwanger, no qual se ampliou o conceito de racismo. Seu voto dedica um tópico próprio para tratar de “ativismo judicial e concretização de direitos fundamentais”<sup>47</sup>. Em resumo, seu argumento é de que o Judiciário assumiria um protagonismo especial em um cenário de hipertrofia dos outros poderes e, sobretudo, quando estes falham em concretizar direitos fundamentais de minorias políticas vulneráveis, com poucas chances de acessar as instâncias tradicionais de tomada de decisão.

De outro lado, Moraes também destacou a necessidade de ação jurisdicional para combater a “síndrome da inefetividade” das normas constitucionais. Ele reconhece

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Relator Ministro Celso de Mello, public. 01 jul. 2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 27 nov. 2021. p. 535.

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Relator Ministro Celso de Mello, public. 01 jul. 2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 27 nov. 2021. p. 541.

a complexidade institucional do caso, considerando ser preciso compatibilizar a atuação do Legislativo (representante democrático da vontade da maioria) com o exercício da Jurisdição constitucional (guardião do Estado de Direito) visando proteger direitos e garantias<sup>48</sup>. Para tentar responder como isso poderia ser feito, o Ministro inicialmente destaca que é vedado ao Judiciário criar novo tipo penal e que esse poder sequer poderia fixar prazo para que o Legislativo colmatasse a lacuna, sendo também impossível – pelo princípio da reserva legal, a analogia criminalizante<sup>49</sup>.

Em razão desses impedimentos, a saída encontrada por Moraes para evitar que se sonegasse a proteção devida no caso concreto foi a aplicação da técnica da interpretação conforme a Constituição. Assim, reconhecendo haver um espaço de decisão e de interpretação nos dispositivos que criminalizam o racismo na Lei nº 7.716, o Ministro defendeu interpretá-lo à luz de diversas normas constitucionais (como o art. 3º, IV, o art. 5º, XLI, dentre outros) para entender que na proibição do racismo incluem-se quaisquer outras formas de discriminação, dentre elas a homotransfobia.

Por fim, Barroso também deu ênfase ao problema da separação entre poderes, especialmente ao das fronteiras entre o legislar e interpretar. Para ele, contudo, essas fronteiras se embaralham quando o Congresso legisla contra a Constituição (caso em que o STF pode atuar como legislador negativo e afastar o ato legislativo via ADI ou ADPF) ou quanto este não legisla, ainda que a Constituição assim determine – é o caso que enseja uma ADO ou MI, por exemplo<sup>50</sup>. Em ambos os casos, a legitimidade da atuação do Judiciário seria extraída de sua função contramajoritária, segundo Barroso<sup>51</sup>. Para o Ministro, no caso da ADO 26, caberia ao STF reconhecer a ocorrência de uma mutação constitucional, ou seja, a alteração de sentido do texto normativo sem que tenha havido modificação formal no texto em si decorrente de uma mudança de percepção e de valores sociais. Assim, o conceito de racismo deveria ser interpretado de modo a

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Relator Ministro Celso de Mello, public. 01 jul. 2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 27 nov. 2021. p. 252.

<sup>49</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Relator Ministro Celso de Mello, public. 01 jul. 2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 27 nov. 2021. p. 258-262.

<sup>50</sup> As diferenças entre os efeitos da sentença no MI (um processo subjetivo, ainda que tenha a possibilidade, em sua modalidade coletiva, de surtir efeitos concretizadores *erga omnes* por força do art. 8º da Lei 13.300) e a ADO (processo objetivo em que não há essa previsão de injunção concretizadora, apenas de reconhecimento e notificação da mora legislativa ao STF) foram mitigadas nesse julgamento porque ambas as ações – a ADO 26 e o MI 7433, foram apreciadas em conjunto. Porém, na ADO 26 há um debate entre os Ministros sobre a possibilidade de colmar a lacuna por aquela via. Para uma visão doutrinária sobre o tema, consultar DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 140-141, 360-361.

<sup>51</sup> Ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Relator Ministro Celso de Mello, public. 01 jul. 2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 27 nov. 2021. p. 287.

abranger também a homotransfobia. Ele também alega não se tratar de uma analogia *in malam partem*, nem de criminalização de condutas.

Note-se que, cada qual a seu modo, os três Ministros anteciparam as críticas que a decisão sofreria, especialmente a de ter sido ativista e atuado em desrespeito ao princípio da legalidade (e seus consectários) em matéria penal – legislando (o que por si só já é ruim) para criminalizar condutas (pior ainda). Não se pretende aqui, nesta seção, discutir extensivamente se o STF efetivamente desrespeitou ou não a legalidade ou se ultrapassou ou não a linha demarcatória da separação entre os poderes. Outros trabalhos travam essa discussão, remetendo-se o leitor interessado a tais pesquisas<sup>52</sup>.

O que interessa mais de perto, considerando os objetivos deste artigo, é averiguar se a estratégia adotada pelos Ministros para legitimar a atuação do Judiciário nessa ADO é coerente com aquilo que eles ensinam em suas obras acerca das funções desse poder. Note-se que os três – Mendes, através do “pensamento do possível”; Moraes, através da “interpretação conforme”; e Barroso, através da “mutação constitucional”, buscaram retratar a equiparação entre racismo e homotransfobia como algo diferente de um exercício legislativo (o que redundaria na criação de tipos penais pelo Judiciário). Será que essas técnicas – todas neoconstitucionais (ou ao menos pós-positivistas) são compatíveis com os limites à Jurisdição informados nas obras dos Ministros? Afinal, qual seria a diferença entre ampliar o significado e o âmbito de incidência de um tipo penal e a analogia *in malam partem*? Antes de problematizar as implicações dos três votos na ADO 26, cabe explorar ainda o caso da ADI 5.526.

## 4.2. Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.526

A ADI 5.526, com pedido cautelar, foi promovida pelos Partidos Progressista (PP), Social Cristão (PSC) e Solidariedade (SD), contra os dispositivos previstos nos artigos 312 e 319 do Código de Processo Penal, os quais tratam de disciplinar a aplicabilidade da prisão preventiva e a aplicabilidade das medidas cautelares distintas da prisão. Os legitimados destacaram a necessidade de interpretação conforme a Constituição dos artigos apontados visando garantir harmonia com as regras constitucionais que protegem a autonomia do Poder legislativo e as prerrogativas dos parlamentares inculpidas

<sup>52</sup> Consultar TEIXEIRA, Renato Patrício; MORAES, Samuel Justino de; COELHO, Arisvaldo Souza; SILVA, Marcus Vinicius Moraes; ALMEIDA, Wesley Guimarães de; LAGE, Weverton Duarte. O julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4733: Uma análise sobre sua coerência e integridade com o ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS**, Porto Alegre, vol. 9, n. 1, pp. 2-22, 2021; TURRA, Gabriela Sufiati; MACHADO, Álvaro Augusto Lauff. O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: uma análise a partir do julgamento da ADO nº 26/DF. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, vol. 16, n. 1, pp. 105-121, 2021. Esses trabalhos criticam a decisão por um prisma formal, isto é, consideram-na inadequada por desprezitar regras procedimentais. Para uma crítica material acerca do viés liberal pelo qual a população LGBTQIA+ costuma ser retratada nesse e em outros julgados do STF, reforçando valores hegemônicos na sociedade capitalista, ver: MONICA, Eder Fernandes. A hegemonia do discurso liberal sobre direitos homossexuais no STF. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, pp. 1358-1390, 2020.

nos artigos 53, § 2º, §3º e 55, §1º, e 2º da Constituição Federal. Sustentaram que o STF submetesse à apreciação da respectiva casa legislativa no prazo de 24 horas para que esta delibere sobre as medidas cautelares sempre que as elas promoverem qualquer possibilidade de cerceamento do exercício das atividades parlamentares.

No contexto da ADI 5.526, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que as medidas cautelares diversas da prisão podem ser aplicadas aos parlamentares. Todavia, entendeu ser necessária a remessa dos autos à respectiva casa legislativa para análise da medida cautelar que implique no suposto afastamento do mandato parlamentar, em respeito ao princípio da separação dos poderes.

O Ministro relator, Fachin, votou pela total improcedência da ação, afastando a obrigatoriedade de remessa dos autos à respectiva casa do parlamentar em caso de imposição de medidas cautelares diversas da prisão. Para ele, a interpretação integrativa do texto constitucional, sobretudo nesse caso, precisa passar pelas premissas que compõem o princípio republicano, devendo o julgador utilizar como parâmetro decisório, critérios que evitem tratamentos discriminatórios e a criação de privilégios aos detentores do poder, sobretudo quando a Constituição não regulamenta expressamente determinada situação jurídica.

Nesse sentido, ao afastar a aplicação do procedimento previsto no artigo 53, § 2º, da Constituição, o Ministro Fachin buscou integrar o texto constitucional com base na própria principiologia constitucional e no conjunto de direitos fundamentais previstos na Lei Maior, restringindo o alcance de cláusula constitucional específica e criando nova situação jurídica não prevista em norma, ultrapassando os limites da separação dos poderes, em conduta que poderia ser tachada como ativista. Além disso, decidiu que as medidas cautelares, inclusive a prisão preventiva, não dependiam de qualquer remessa à casa legislativa, para resolução da matéria.<sup>53</sup>

Em contrapartida, o Ministro Alexandre de Moraes abriu a divergência julgando parcialmente procedente a ação e afastando a aplicabilidade das medidas cautelares diversas da prisão aos parlamentares. Não obstante, caso prevalecesse a possibilidade de aplicação das medidas, que estas fossem adotadas conforme o procedimento indicado pelo art. 53, § 2º, da Constituição Federal, ressaltando a condição de cláusula pétrea da separação de poderes. Além disso, afirmou que, se as imunidades não podem ser interpretadas extensivamente, tampouco poderiam ser reduzidas, desprezadas ou interpretadas a partir de normas ordinárias, nem mesmo através da aplicação vaga e genérica

---

<sup>53</sup> Nas palavras do Ministro: “Inaplicável, portanto, sob todos os aspectos, os parâmetros de controle invocados na inicial para a pretendida interpretação conforme a constituição visando a atribuir ao Congresso Nacional poderes de revisão de medidas cautelares penais deferidas pelo Poder Judiciário em desfavor de parlamentares”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 5.526**. Relator Ministro Edson Fachin, public. 11 out. 2017. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747870228>. Acesso em 27 nov. 2021. p. 37.

de princípios, que, apesar de serem relevantes para a ordem constitucional, não podem servir de justificativa para quaisquer posicionamentos. Para Moraes:

*A utilização vaga, genérica e sem fundamentação teórica de importantes princípios como o da moralidade, o republicano, o democrático; ora para uma interpretação; ora para outra interpretação, sem qualquer embasamento nos casos concretos ou no enquadramento jurídico normativo, acaba por enfraquecê-los, pois não podem ser utilizados como panaceia para todos os males do ordenamento jurídico ou dos problemas do país, devendo ser combatida essa prática<sup>54</sup>.*

Para o Ministro, as regras previstas no art. 53 da Constituição Federal constituem o que a doutrina define como Estatuto dos Congressistas, que é autoaplicável, não permitindo que a legislação infraconstitucional o restrinja, sob pena de ofensa às garantias de um dos Poderes de Estado, no caso o Legislativo. Ele alega que, em regra, o parlamentar não poderá sofrer qualquer tipo de afastamento cautelar de seu mandato, inclusive em quaisquer hipóteses de prisão processual, seja de natureza preventiva ou temporária, sendo-lhe inaplicável o artigo 312 do CPP. Excepcionalmente, porém, o congressista poderá ser preso, no caso de flagrante delito por crime inafiançável, permitida pelo texto da Constituição, quando, obrigatoriamente, deverá ser aplicada a regra prevista no artigo 53, § 2º da Carta republicana (BRASIL, 2017, p. 60 e 61).

De outro lado, o Ministro Gilmar Mendes votou pela procedência total da ação, acompanhando o voto divergente de Alexandre de Moraes, mas sem adentrar em questões associadas à teoria da separação de poderes, limitando os seus argumentos apenas às matérias inerentes às imunidades parlamentares e a proteção constitucional para o exercício do mandato.

Nessa linha de raciocínio, Mendes asseverou que o STF possui a tradição de interpretar literalmente a Constituição quando o assunto versa sobre imunidades parlamentares. Nos casos em que o Tribunal se deparou com a temática, a vedação à prisão processual, ou incoercibilidade pessoal relativa, ou inarrestabilidade, foi escrupulosamente analisada, concluindo que a prisão preventiva de deputados e senadores não pode ser aplicada, salvo por conversão de prisão em flagrante delito de crime inafiançável, conforme preceitua a Constituição da República. Caberia então à respectiva casa parlamentar deliberar sobre a prisão preventiva ou medida cautelar pessoal que afete o exercício do mandato, aplicando-se, por analogia, o art. 53, § 2º, da Constituição<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 5.526**. Relator Ministro Edson Fachin, public. 11 out. 2017. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747870228>. Acesso em 27 nov. 2021. p. 43.

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 5.526**. Relator Ministro Edson Fachin, public. 11 out. 2017. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747870228>. Acesso em 27 nov. 2021. p. 60-61.

O Ministro Luís Roberto Barroso iniciou o seu voto arguindo que “a interpretação constitucional é uma conjugação de norma, fatos relevantes e pré-compreensões do intérprete; pré-compreensões no sentido de como ele vê o mundo e como acha que é o seu papel na realização da justiça”<sup>56</sup>. Nesse sentido, Barroso se disse convencido de que:

*O Direito não deve ser interpretado fora da realidade em que está inserido. E o momento atual é um momento de revelação de esquemas espantosos de corrupção sistêmica e endêmica, que ocorreram no país. Resta saber, portanto, se a Constituição deve ser interpretada de modo a permitir que a sociedade brasileira enfrente esse mal ou se ela deve ser interpretada, ao contrário, de modo a se criar o máximo de embaraço ao aprimoramento, à transformação dos costumes no país*<sup>57</sup>.

Para o Ministro, a decisão de natureza política deve ser tomada por quem é eleito pelo povo a partir do voto. Portanto, a regra é a de que os Tribunais Constitucionais devem ser autocontidos quando haja uma decisão política tomada pelo Congresso, seja na edição de uma Lei ou uma Emenda à Constituição. Segue arguindo que questões como a judicialização da política e o ativismo só permitem a expansão do *judicial review* em três situações. A primeira seria para a tutela de direitos fundamentais, sobretudo das minorias. A segunda para a proteção do jogo democrático e a terceira para proteger a moralidade administrativa ou a moralidade na esfera política. No entanto, para o Ministro Barroso, o caso da ADI 5.526 não envolve a Jurisdição Constitucional propriamente dita, mas a Jurisdição penal ordinária. Apesar disso, ele defendeu a imposição da legalidade estrita nessa ação, não havendo espaço para o ativismo em matéria penal. Para o Ministro, o Supremo “está aplicando o Direito existente, criado pelo Congresso, com a justificativa de que estava criando medidas alternativas à prisão”<sup>58</sup>.

Além dos argumentos jurídicos, Barroso tece uma crítica social no sentido de que haveria uma imensa demanda na sociedade brasileira por integridade, idealismo e patriotismo. Salienta que o Brasil é um país que se perdeu na história e que está em busca de um novo rumo e que não se pode admitir um projeto de país fundado na

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 5.526**. Relator Ministro Edson Fachin, public. 11 out. 2017. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747870228>. Acesso em 27 nov. 2021. p. 71.

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 5.526**. Relator Ministro Edson Fachin, public. 11 out. 2017. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747870228>. Acesso em 27 nov. 2021. p. 76-77.

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 5.526**. Relator Ministro Edson Fachin, public. 11 out. 2017. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747870228>. Acesso em 27 nov. 2021. p. 87.

desonestidade, no acaque e no desvio de verbas públicas<sup>59</sup>. O Ministro acompanhou o voto do relator e decidiu pela improcedência da ação, isto é, pela possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, sem a necessidade de consulta da respectiva casa parlamentar.

Observa-se, portanto, que os votos dos Ministros Moraes e Mendes adotaram um tom de autocontenção, interpretando a possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão à luz do artigo 53, § 2º do texto constitucional. Eles entenderam, utilizando-se de interpretações gramaticais, que uma norma infraconstitucional não deve se sobrepor a uma norma constitucional e que uma decisão judicial permitindo a aplicação de medidas cautelares distintas da prisão impostas a qualquer parlamentar sem a anuência da casa legislativa feriria o princípio da separação de poderes, a garantia constitucional para o exercício do mandato e o instituto da imunidade formal reconhecido constitucionalmente no Brasil.

Em contrapartida, o Ministro Barroso seguiu uma abordagem ativista, no sentido de buscar restringir a aplicação do tradicional instituto da imunidade parlamentar pelo artigo do Código de Processo Penal. Barroso defende a premissa de que os processos criminais instaurados no STF contra parlamentares deverão transcorrer como nas instâncias ordinárias, sem qualquer interferência do Legislativo. Dessa forma, as medidas cautelares válidas aos congressistas, mesmo que não previstas no texto constitucional, devem ser aplicadas aos parlamentares. Para Barroso, a norma constitucional que se afigura favorável aos parlamentares deve ser interpretada restritivamente, pois a aplicação da lei processual penal independe da autorização da casa respectiva, tanto para a instauração do processo quanto para a sua regular tramitação.

Barroso também profere o seu voto com base em argumentos de moralidade com vistas a alcançar o “progresso histórico”, já que um dos papéis da Suprema Corte é “empurrar a história para frente”<sup>60</sup>. Assim, para que se alcance patamares satisfatórios de justiça, o Ministro entende, levando em consideração as particularidades da ação, que garantias constitucionais podem ser restringidas por intermédio de interpretações restritivas, ao passo que certos instrumentos sancionatórios podem ser ampliados por meio de interpretações extensivas. Tal argumento contraria a lógica jurídica e a própria ideia de supremacia da Constituição, já que o Ministro procura dar mais importância à lei ordinária do que à própria Constituição.

Ante o exposto e buscando avaliar o grau de coerência entre o ensinado e o julgado, concluiu-se que os três Ministros votaram de acordo com o que escreveram em

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 5.526**. Relator Ministro Edson Fachin, public. 11 out. 2017. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747870228>. Acesso em 27 nov. 2021. p. 87-88.

<sup>60</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 5.526**. Relator Ministro Edson Fachin, public. 11 out. 2017. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747870228>. Acesso em 27 nov. 2021. p. 59.

suas respectivas obras. A partir das análises dos votos dos Ministros Mendes e Moraes, ficou nítido que, em havendo conflito entre normas constitucionais e infraconstitucionais, devem prevalecer as normas constitucionais ainda que essas não sejam as mais apropriadas, e que eventuais reformas constitucionais devam ser feitas pelo Congresso, não pelo STF, sob pena de violação da separação de poderes. Portanto, nesse tipo de caso, o Tribunal deve adotar uma conduta reservada e não proativa. Também entenderam que o julgamento do caso em epígrafe exigia a aplicação do método subsuntivo, já que havia regra específica para a resolução do conflito de natureza jurídica.

Barroso foi fiel aos seus ensinamentos acerca daquilo que, segundo ele, deve ser compreendido como neoconstitucionalismo, pois sempre defendeu uma jurisdição constitucional criativa, sendo os princípios a porta de entrada pela qual os valores ingressam no plano jurídico. Além disso, o Ministro defende que nos casos difíceis (para Barroso este parece ser um *hard case*), o intérprete deverá buscar realizar uma leitura moral da Constituição, no sentido de melhor adaptar e atualizar a finalidade da norma constitucional, de modo a executar uma interpretação progressiva (para além da literalidade do texto) e com fins pragmáticos e consequencialistas, para que se produza o melhor resultado para a sociedade. Foi justamente nesse sentido que o Ministro procurou argumentar as razões para justificar o teor do seu entendimento manifestado no voto.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa buscou avaliar a coerência entre o que os Ministros do STF ensinam em suas doutrinas e a forma como eles decidem casos difíceis enquanto juízes constitucionais, considerando os debates mais recorrentes no âmbito do neoconstitucionalismo sobre como o *judicial review* deve ser exercido. Para isso, percorreu-se um itinerário iniciado com o mapeamento das principais ideias que compõem o paradigma neoconstitucional – a prevalência dos princípios, a materialização das constituições, a ponderação como método preponderante de solução de conflitos normativos e, em linhas gerais, o alargamento dos poderes do Judiciário, dentre outras.

A segunda etapa desse percurso investigou a doutrina de três Ministros que atualmente compõem a Corte – Moraes, Mendes e Barroso. Percebeu-se haver graus variados de adesão de cada um deles ao neoconstitucionalismo: Moraes defende posturas mais autocontidas, Mendes seria um adepto temperado de algumas ideias desse paradigma e Barroso seria um grande entusiasta, advogando em favor da ampliação dos poderes do Judiciário. Na terceira etapa, após dissecar os votos dos três na ADO 26 e na ADI 5.526, observou-se que essa gradação também se refletia de certa forma no modo de decidir de cada Ministro.

Logo, a hipótese inicial de que haveria tão somente uma “coerência de ocasião” entre o que os Ministros ensinam e como eles decidem não foi corroborada. Ao menos nos casos analisados, eles mantiveram alguma congruência entre as posturas que sustentam enquanto doutrinadores e as que manifestam quando vestem a toga. É importante esclarecer que os resultados dessa pesquisa têm alcance e validade limitados às decisões e obras selecionadas, isto é, aos recortes, escolhas e renúncias que a viabilizaram, mesmo que ao custo da potencial generalização de suas conclusões.

Apesar disso, espera-se que este artigo sirva de inspiração para mais estudos do gênero e em Cortes para além do STF, pois um dos papéis da academia e da pesquisa em direito nas democracias é fornecer elementos para fiscalizar o exercício poder, como relevantes instrumentos de reflexão crítica e *accountability* que são. Nesse sentido, pode-se tomar como parâmetro as doutrinas produzidas pelas autoridades – ou até aquelas às quais elas manifestam adesão, para analisar o grau de coerência de suas decisões, como procurou-se mostrar aqui. Então, que façam o que dizem, ou que digam o que fazem!

## 6. REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Contra o neoconstitucionalismo: idiosincrasias e incongruências da teoria constitucional contemporânea. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lenio (Org). **Neoconstitucionalismo: avanços e retrocessos**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. Reflexões sobre as razões e contradições do neoconstitucionalismo a partir dos postulados do Estado de Direito. In: SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela (Org.). **Estudos em teoria do Estado e Constituição: desafios e perspectivas**. Campo Grande: Instituto Brasileiro de Pesquisa Jurídica, 2018.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, vol. 17, pp. 1-19, jan./mar. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 5.526**. Relator Ministro Edson Fachin, public. 11 out. 2017. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747870228>. Acesso em 27 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Relator Ministro Celso de Mello, public. 01 jul. 2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 27 nov. 2021.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi (Org.). **Un debate sobre el constitucionalismo**. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, 2012.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

JARAMILLO, Leonardo García. Desafíos conceptuales y prácticos del neoconstitucionalismo: hacia una agenda latinoamericana de investigación. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lenio (Orgs.). **Neoconstitucionalismo: avanços e retrocessos**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo (verbete). In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: PUC-SP, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2020.

MONICA, Eder Fernandes. A hegemonia do discurso liberal sobre direitos homossexuais no STF. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, pp. 1358-1390, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2020.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Coord.). **Cadernos Direito GV**. São Paulo: FGV, 2009.

PEÑA, Lorenzo; AÚSIN, Txetxu. Neoconstitucionalismo y valores del ordenamiento jurídico. In: PEÑA, Lorenzo; AÚSIN, Txetxu (Coords.). **Conceptos y valores constitucionales**. Madrid: Plaza y Valdés, 2016.

POZZOLO, Suzanna. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico. In: OTTO, Écio; POZZOLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. **Conhecer Direito I: a teoria do conhecimento no século XX e a Ciência do Direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O relator dá voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogossian. **REI-Revista Estudos Institucionais**, vol. 2, n. 2, pp. 648-669, jul./dez. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento - Casa do Direito, 2017.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: Limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEIXEIRA, Renato Patrício; MORAES, Samuel Justino de; COELHO, Arisvaldo Souza; SILVA, Marcus Vinicius Moraes; ALMEIDA, Wesley Guimarães de; LAGE, Weverton Duarte. O julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4733: Uma análise sobre sua coerência e integridade com o ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS**, Porto Alegre, vol. 9, n. 1, pp. 2-22, 2021.

TURRA, Gabriela Sufiati; MACHADO, Álvaro Augusto Lauff. O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: uma análise a partir do julgamento da ADO nº 26/DF. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, vol. 16, n. 1, pp. 105-121, 2021.