

A *PERSONA* CONSTITUCIONAL DE LUÍS ROBERTO BARROSO

THE CONSTITUTIONAL *PERSONA* OF LUÍS ROBERTO BARROSO

Lucas Tavares Mourão¹

RESUMO: O trabalho desenvolvido faz uma leitura da obra *Constitutional Personae* do autor norte-americano Cass Sunstein e como os perfis por ele catalogados se aplicam ao Supremo Tribunal Federal, em especial a Luís Roberto Barroso, ministro desde junho de 2013. A partir do estudo comparativo de obras de Barroso, enquanto professor e advogado, com a leitura crítica de seus votos em três julgados de casos paradigmáticos, tanto no mérito quanto na técnica de controle de constitucionalidade adotada, pode-se arriscar dizer que o jurista se enquadra como o Herói de Sunstein, mesmo que a fundamentação de suas decisões não corresponda às ideias antes defendidas enquanto acadêmico.

PALAVRAS-CHAVE: Cass Sunstein; Luís Roberto Barroso; *persona* constitucional.

ABSTRACT: The work here developed proceeds to a specific reading of the book *Constitutional Personae* of the american author Cass Sunstein and how the profiles he cataloged apply to the Brazilian Supreme Court, especially to Luís Roberto Barroso, minister since June 2013. From the comparative study of Barroso's works, as a teacher and lawyer, with a critical reading of his votes in three hard cases, both in merit and in the technique of judicial review adopted, one may venture to say that the jurist fits like Sunstein's Hero, even if the grounding of his decisions does not correspond to the ideas he had previously advocated as an academic.

KEY-WORDS: Cass Sunstein; Luís Roberto Barroso; constitutional *persona*.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático (IDDE), em parceria com a Universidade de Coimbra (Portugal). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Advogado. Contato: lucastmourao@gmail.com. <http://orcid.org/0000-0003-4862-6195>

INTRODUÇÃO

Quando um novo ministro toma posse no Supremo Tribunal Federal todas as atenções se voltam a ele, qual sua formação, como foi construída sua carreira jurídica, qual sua ideologia política, enfim, qual sua história e seu perfil. Essa espécie de anamnese da vida do magistrado serve para se ter uma ideia do que esperar de suas decisões vindouras e de como a Constituição será interpretada no STF na construção do direito brasileiro.

Por sua vez, quando detentor de uma cadeira no principal tribunal do país, o juiz acaba sendo catalogado em sua atividade por diversos critérios diferentes, seja conforme suas estratégias, sua postura, sua produtividade ou outro adotado pelo pesquisador que procede ao levantamento dos dados. Um dos autores que faz essa diferenciação é Cass Sunstein em sua obra *Constitutional Personae*, escolhido como marco teórico para este artigo.

Sunstein separa os magistrados em quatro tipos de pessoas, a saber: Herói, Soldado, Minimalista e Mudo, de acordo com o perfil de cada um em suas decisões. Partindo da diferenciação feita pelo norte-americano, este artigo se propõe a analisar o enquadramento de Luís Roberto Barroso, Ministro do STF desde junho de 2013, nas pessoas constitucionais de Sunstein. Para tanto, procedeu-se a uma leitura crítica de três julgados paradigmáticos em que o jurista participou com votos importantes, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF (financiamento de pessoas jurídicas em campanhas eleitorais), o Habeas Corpus nº 126.292/SP (cumprimento da pena de prisão após a condenação em segunda instância) e o Habeas Corpus nº 124.306/RJ (descriminalização do aborto voluntário realizado nos três primeiros meses de gravidez), tanto no mérito das decisões, quanto na técnica empregada na análise de constitucionalidade dos dispositivos em contenda.

Da leitura dos votos proferidos, quando em comparação com as obras escritas por Barroso enquanto professor e advogado militante, percebe-se que o jurista passou por uma mudança em muitos de seus entendimentos. No entanto, tanto antes como agora, mantém um viés mais voltado ao perfil do Herói de Sunstein.

Far-se-á, portanto, uma leitura do Herói da obra *Constitutional Personae* e como Luís Roberto Barroso se mostra um representante dessa categoria, apesar de seus votos nem sempre coincidirem com suas ideias de outrora.

1 O HERÓI DE SUNSTEIN

O século XX deixou como legado ao mundo a construção de ordenamentos voltados à concretização de garantias fundamentais aos cidadãos e à coletividade. Viu-se, na realidade ocidental, a passagem do paradigma liberal ao social e ao Estado Democrático de Direito. Nesse cenário, a lei passou a ser instrumento de transformação das relações em comunidade, dado seu caráter reestruturador e voltado à implementação do futuro, como asseveram Lênio Luiz Streck e José Luís de Moraes (2003, p. 98), razão pela qual alegam ter havido um deslocamento da esfera de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário.

O protagonismo assumido pelo Judiciário se tornou objeto de estudo de renomados autores nacionais e estrangeiros, com análises acerca da atuação dos juízes em termos estatísticos, filosóficos, positivistas ou atitudinais. Alguns pesquisadores chegaram a desenhar um modelo ideal de atuação judicial, como Dworkin e seu juiz Hércules; outros se debruçaram em estudos de campo sobre o perfil de determinada Corte ou magistrado, a partir do conjunto de seu trabalho, como o caso da obra de fôlego de Jeffrey Segal e Harold Spaeth sobre os modelos de decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. O próprio Luís Roberto Barroso, em uma de suas obras, perpassa por modelos de comportamento judicial da literatura norte-americana, mencionando o modelo ideológico, o legalista e o estratégico (2012a, p. 408).

Qualquer seja o marco de estudo dos juízes constitucionais e de seus trabalhos, dele se pode proceder a análises sobre os ministros brasileiros. Como este artigo se propõe partir da obra *Constitutional Personae* de Cass Sunstein, segue-se a ideia do autor de que a atividade de interpretação constitucional revela nos juízes um caráter específico em sua análise, como Herói, Soldado, Minimalista, ou Mudo.

Em linhas gerais, o Herói é o perfil do magistrado que não encontra problemas em derrubar uma lei ou um ato do Governo que seja contrário à sua interpretação da Constituição. O Soldado, por outro lado, é um humilde seguidor das leis, que evita ao máximo derrubá-las, ou seja, que preza ao máximo pela preservação do trabalho legislativo. O Minimalista, preferido do autor, é mais parcimonioso na construção de suas decisões, sendo a postura predominante em uma Corte composta de membros com ideais homogêneos. Por fim, o Mudo acredita que a ausência de manifestação em questões difíceis pode ser a melhor estratégia. Nas palavras que o autor inicia sua obra:

As principais *personae* são Heróis, Soldados, Minimalistas e Mudos. De maneira geral, Heróis são ávidos e às vezes ansiosos para invocar a Constituição e derrubar legislação federal e estadual. Eles ficam confortáveis com atos magnânimos. Contrariamente, Soldados são humildes. Eles gostam de receber ordens. Eles se submetem às ações de vertentes políticas. Eles preferem não derrubar nada. Se o Congresso decreta uma norma, os Soldados querem assegurá-la. Minimalistas são a favor apenas de mudanças incrementais. Eles preferem tomar pequenos passos. Mudos preferem não decidir questões difíceis. Para eles o silêncio é ouro.²

Segundo Sunstein, embora alguns *justices* tenham um perfil mais voltado a uma *persona* em especial, a ideologia pessoal ou a adoção de alguma teoria de interpretação constitucional não influenciam tanto na postura adotada quanto a análise caso a caso. Conforme escreve com certo humor, alguns juízes podem ser Heróis na terça-feira, mas Soldados na quinta-feira, dependendo de sua estratégia em cada caso (p. 03).

Embora a análise de Sunstein se baseie na atuação da *Supreme Court*, pautada pelo *common law*, suas ideias levantam ponderações relevantes acerca de como se posicionam os Ministros do Supremo Tribunal Federal no Brasil. Podemos arriscar que, no momento particular pelo qual passamos, o STF tem se imbuído de uma postura em muitas das vezes ativista, buscando alcançar um ideal projetado pela Constituição da República de 1988. Teríamos, portanto, um STF Herói segundo a concepção de Sunstein (embora alguns Ministros se demonstrem mais Minimalistas ou mesmo Mudos).

² Tradução livre de: The leading Personae are Heroes, Soldiers, Minimalists, and Mutes. Broadly speaking, Heroes are willing and sometimes even eager to invoke the Constitution to strike down federal and state legislation. They are comfortable with big, bold strokes. By contrast, Soldiers are humble. They like to take orders. They defer to the actions of the political branches. They prefer not to strike anything down. If Congress has enacted legislation, Soldiers want to uphold it. Minimalists favor only incremental change. They like small steps. Mutes prefer not to decide difficult questions. They believe that silence is golden. (SUNSTEIN, 2015, p. 02)

Cabe, portanto, dedicar algumas linhas ao Herói de Sunstein, ao qual ele confere uma postura mais ativista:

Da forma como compreendo aqui, todos os Heróis podem ser considerados "ativistas" no sentido de que estão dispostos a usar a Constituição para derrubar atos do Congresso e das legislaturas estaduais. Importante observar que, da forma como usado aqui, o termo "heróico", assim como o termo "ativista", não deve ser visto como um a ser aprovado; é apenas um termo descritivo.³

Pode causar estranheza a defesa de que o STF venha adotando um viés heróico, especialmente diante de algumas decisões polêmicas que aparentam ser um tanto quanto retrógradas. No entanto, deve-se ter em mente que, para Sunstein, o Herói pode ter um enquadramento político mais de esquerda, como também de direita (*left-wing heroes and right-wing heroes*). Ele pode enfatizar a igualdade entre as pessoas ou a limitação do Governo frente à propriedade privada; pode mirar em um futuro utópico ou insistir em restaurar um *status quo* pretérito (podendo mesmo ser um "originalista"⁴) (p. 5). Apesar de sua ideologia, o Herói acredita no potencial transformador do Judiciário em nome da Constituição, mesmo que isso demande invalidar legislação infraconstitucional.

Os Heróis podem ser mais modestos, derrubando atos legislativos, mas sem grandes objetivos reformistas, como podem ser "Super Heróis" de visão em larga escala, ansiosos por engendrar mudanças sociais (p. 6). Sempre têm em comum, no entanto, uma elevada ambição teórica, mesmo que resultantes de teorias constitucionais diversas.

Em geral, o Herói é a *persona* de preferência de acadêmicos e de ativistas políticos, como Ronald Dworkin e John Hart Ely. Contudo, Sunstein atenta para o fato que os acadêmicos defensores do heroísmo podem variar entre si tanto na orientação ideológica, quanto na teoria de interpretação adotada:

Pode-se mesmo dizer que, para professores de Direito, Heróis são a *persona* favorita. Mas é importante perceber que os defensores acadêmicos do heroísmo

3 Tradução livre de: As I am understanding them here, all Heroes can be considered "activist" in the distinctive sense that they are willing to use the Constitution to strike down acts of Congress and of state legislatures. It is important to see that as used here, the term "heroic," like the term "activist," should not be taken to be one of approval; it is merely a descriptive term. (p. 6)

4 Barroso ensina que o originalismo "funda-se na tese de que o papel do intérprete da Constituição é buscar a intenção original dos elaboradores da Carta, abstendo-se de impor suas próprias crenças ou preferências". In: BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 114.

são altamente diferentes tanto em suas orientações ideológicas quanto em suas teorias de interpretação.⁵

Aproveita-se aqui para fazer um adendo à diferenciação que o autor faz entre os defensores do heroísmo. Assim como os acadêmicos que exaltam esta *persona* em especial variam entre si quanto às ideias, pode-se dizer que as orientações individuais de cada um também mudam conforme o espaço que ocupam. A diferença dos ideais defendidos dependendo do papel exercido, se professor ou se magistrado, tem se mostrado cada vez mais evidente dentre alguns dos membros do Supremo Tribunal Federal, trazendo a análise para o caso brasileiro. Ideias progressistas tomadas na vida acadêmica muitas vezes dão espaço a conformações políticas e justificativas para o poder quando a sala de aula é substituída pelo Tribunal.

A título de ilustração, traz-se à baila o texto elaborado por Emílio Meyer quanto à postura do professor e ministro Gilmar Mendes. Consoante aponta no texto *A colcha de retalhos de Gilmar Mendes*, há duas pessoas diferentes, uma como acadêmico e outra como juiz, assim percebido na apreciação dos mandados de segurança coletivos contra a nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o Ministério da Casa Civil em 2016 (MEYER, 2016).

Na apreciação liminar dos mandados de segurança impetrados, o Min. Gilmar Mendes procedeu a uma interpretação expansiva no sentido de o partido político poder atuar em prol de direitos difusos, além do que preconiza a lei nº 12.016/09 (revelando-se um Herói nos moldes de Sunstein). Todavia, como aponta com sagacidade Emílio Meyer, o magistrado entra em discordância com o que ele mesmo defende enquanto professor, já que em duas obras das quais participa – “Mandado de Segurança” e “Curso de Direito Constitucional” – defende claramente que os partidos políticos não podem usar do mandado de segurança coletivo para a defesa de interesses difusos.

Outro ministro que tem chamado bastante atenção é Luis Roberto Barroso, objeto de estudo neste trabalho. Herói em sua essência, o ministro traçou uma vida como professor e advogado defendendo causas que, apreciadas como *hard cases*,

⁵ Tradução livre de: It might even be right to say that for law professors, Heroes are the preferred Persona. But it is important to see that heroism's academic defenders are highly diverse in both their ideological orientation and their theory of interpretation. (p. 9)

tendiam a uma interpretação da Constituição mais voltada à consecução dos direitos humanos e fundamentais, sendo o vanguardista de teses que preconizavam, acima de tudo, a dignidade humana. Não obstante, o ministro e professor tem sido alvo de críticas da comunidade jurídica por vir se posicionando de forma dissonante de suas ideias originais, enquanto ocupante de uma cadeira no STF.

Tem se mostrado um tanto quanto confusa a leitura da atuação do magistrado, que parece ainda estar conformando suas posições com estratégias que lhe pareçam mais adequadas. Mesmo quando não está usando sua toga, o jurista soa pouco claro em suas opiniões. Em entrevista concedida à Folha de S. Paulo defendeu, por exemplo, que a educação deveria ser prioridade do Governo, mas, logo depois, afirma que os críticos da PEC 241 (PEC 55 no Senado) – que significa graves cortes à educação – não deveriam se preocupar com ela, mas com o orçamento público⁶.

Na mesma entrevista o ministro asseverava que vazamentos de conversas privadas são reprováveis e que a persecução penal deve ser cautelosa, mas considera que as atuações do juiz Sérgio Moro, do Ministério Público Federal e da Polícia Federal não romperam nenhum limite legal (apesar da notoriedade dos excessos do caso envolvendo a ligação entre Luis Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff). Ou seja, apesar de se portar como um Herói constitucional é inegável que Barroso ainda encontra dificuldades em conciliar as figuras de professor e ministro.

Atuando como magistrado, somente no ano de 2016 puderam-se acompanhar duas decisões antagônicas de sua lavra. Uma, o HC nº 126.292/SP, que causou espanto à comunidade jurídica por seu teor punitivista e, de outro lado, o HC nº 124.306/RJ, quando finalmente pareceu corresponder ao que se esperava do famoso professor de perfil heroico progressista.

À frente serão tecidas maiores considerações acerca da postura de Luis Roberto Barroso, mostrando como seu perfil de Herói se constrói de forma diversa conforme sua atuação profissional.

⁶ 'Sou contra a operação abafa, é preciso estar atento', diz ministro do STF. *Folha de S. Paulo*. São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/11/1832033soucontraaoperacaoabafaeprecisoestara-tentodizministrodstf.shtml>. Acesso em 05 dez. 2016.

2 O HERÓI DA ADI Nº 4.650/DF

A leitura de algumas das obras de Barroso, quando postas ao lado de suas recentes decisões no STF, indica um possível "transtorno de *personalidade*" do ministro enquanto Herói original. É o que se denota na análise de seu voto na ADI nº 4.650/DF, que declarou a inconstitucionalidade da doação de pessoas jurídicas com fim eleitoral, e no HC nº 126.292/SP, quando entendeu pela possibilidade de se cumprir pena após a condenação criminal em segunda instância, antes do trânsito em julgado.

A começar pelo voto do ministro na ADI nº 4.650/DF⁷, cumpre pontuar que o mérito da decisão final não é tanto o problema (opinião pessoal) quanto o caminho traçado para chegar a ele, o qual revelou algumas discrepâncias com pensamento antes expostos por Barroso enquanto professor. A despeito dessa observação, o que se observa é a manifestação da *persona* Herói, pois a decisão supera legislação infraconstitucional em detrimento da interpretação que o ministro (e a maioria de seus pares) faz da *mens legis* constitucional.

Em um voto de quatorze páginas, o ministro se dedicou a exaltar a necessidade de que o Tribunal se pronunciasse sobre o assunto frente à realidade antidemocrática, antirrepublicana e imoral do modelo de financiamento de campanhas nas eleições brasileiras, em suas palavras. No entanto, em seu voto sobre o papel do Judiciário junto à realidade social brasileira, o Min. Barroso se contentou em seguir o voto do Relator Min. Luiz Fux, sem, contudo, adentrar na análise das técnicas de controle de constitucionalidade das leis em apreço. O que causa espanto é que o voto heróico se fundamenta em ideais antes combatidos por Barroso enquanto professor. A ver.

Em seu artigo, *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial* (2012b), Barroso traça um belo trabalho sobre as inter-relações entre a atuação do Judiciário brasileiro e a democracia representativa, perpassando por temas de relevo, tais quais a judicialização da política, o ativismo judicial e o desafio contramajoritário. Como o fazem diversos autores, Barroso aponta o caráter negativo e perigoso do ativismo judicial, ressaltando que a atuação do Judiciário ativista sobre os outros dois Poderes não configura sequer um confronto, mas uma ocupação dos espaços vazios (2012b, p. 09). No entanto, como

7 BRASIL. STF. ADI nº 4.650/DF. Rel. Ministro Luiz Fux, j.17/09/2015, DJ 24/02/2016.

é de seu perfil, o jurista contrapõe o termo à figura da judicialização, concedendo-lhe os louros de conciliar a crise de representatividade com a pungente necessidade de se adequar a normativa pátria à realidade social⁸ – evidenciando a personalidade de Herói mais marcante ao professor.

De forma interessante, no voto proferido na ADI em comento o Ministro lança mão da ideia de que seria um equívoco autoritário e pretensioso substituir a política pela judicialização ou pela tecnocracia⁹. Parte então para uma justificativa pouco convincente de que sua decisão não é pela inconstitucionalidade absoluta do financiamento eleitoral por pessoa jurídica, mas pelo modelo como era até então efetuado¹⁰.

Sobreleva uma indiscutível dubiedade em suas palavras, pois que, não apenas o ministro fundamenta sua posição no argumento de que o financiamento por pessoa jurídica é antidemocrático, antirrepublicano e desproporcional, como se pronuncia de acordo com o voto do Relator, Min. Luiz Fux, ao condenar veementemente o modelo de financiamento existente e declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto dos art. 24 da lei nº 9.504/97 e art. 31 da lei nº 9.096/95, quando autorizam a *contrario sensu* a doação de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, e a inconstitucionalidade da expressão “ou pessoa jurídica”, constante no art. 38, inciso III, desta última lei, assim como da expressão “e jurídicas”, inserida no art. 39, caput e § 5º do mesmo dispositivo legal.

Por mais que tentasse arrefecer a postura heróica de juiz ativista, o Min. Barroso não logrou sua bem-intencionada empreitada. A despeito do que pronunciou em seu voto, fato é que sua decisão retirou do ordenamento jurídico toda e qualquer possibilidade de que haja financiamento de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, seja nos moldes até então existentes, ou nos que ele, individualmente, considerasse correto. Verificasse, inclusive, uma afronta a um dos preceitos que Gilmar Mendes (2005, p. 342) elenca como necessários a se observar na declaração de inconstitucionalidade parcial sem

8 Diversos outros autores de renome se debruçam sobre a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política, dentre os quais Tate & Vallinder (Judicialization and the Future of Politics and Policy), Vianna (A judicialização da política), Avritzer (Judicialização da política e o que equilíbrio de poderes no Brasil), e Streck (O que é ativismo?), a título de ilustração.

9 BRASIL. STF. ADI nº 4.650/DF. P. 123.

10 BRASIL. STF. ADI nº 4.650/DF. P. 125.

redução de texto, que é justamente a verificação se a norma que subsistir corresponde à vontade do legislador, em respeito à teoria da divisibilidade da lei.

Diz-se ter sido uma afronta, pois que a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, como declarada no voto de Barroso, demanda que a norma continue a mesma gramaticalmente, sendo apenas uma hipótese de aplicação do ordenamento extirpada por inconstitucionalidade (FERNANDES, 2011, p. 1015). A partir do momento em que declara inconstitucionais as expressões "ou pessoa jurídica" e "e jurídicas" dos arts. 38, III e 39 caput e §5º da lei nº 9.504/97, o ministro foi além da mera inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e tirou do ordenamento qualquer possibilidade de doação eleitoral por pessoa jurídica.

Certo que nada impede a edição futura (e provável) de uma Emenda à Constituição que permita esse tipo de doação, pois, como expõe Georges Abboud (2009, p. 104), a atividade do legislador não é vinculada pela decisão de inconstitucionalidade, já que o STF não possui a estrutura de um Tribunal Constitucional e o Legislativo não pode ser subalterno ao Judiciário¹¹. Todavia, por hora, a decisão do STF, ancorada também na decisão do Min. Barroso, elimina qualquer possibilidade legal de que tal fato ocorra em razão do efeito vinculante próprio à declaração de inconstitucionalidade. Embora na nulidade parcial só tenha efeito vinculante o sentido do texto declarado inconstitucional (STRECK, 2013, p. 796), o voto do Min. Barroso, acompanhando a maioria do Tribunal, vincula a vedação universal de toda forma de doação de pessoa jurídica a campanhas, indo além da ideia de eliminação de uma interpretação específica do dispositivo relativo a esse tipo de financiamento (embora aluda que fosse essa sua intenção).

Há duas passagens em especial, tanto no artigo de 2012, quanto no voto em 2015, que ilustram de forma magistral como se deu a transição entre aquele Barroso que se preocupava com os alcances do papel contramajoritário do Judiciário e o atual Barroso, que busca atender ao clamor social em uma realidade de inércia legislativa:

Embora deva ser transparente e prestar contas à sociedade, o Judiciário não pode ser escravo da opinião pública. Muitas vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular. Nessas horas, juízes e tribunais não devem hesitar em

¹¹ Segundo o autor, o STF já se manifestou no sentido de que os efeitos vinculante e *erga omnes* incidem unicamente sobre os demais órgãos do Judiciário e os do Poder Executivo, não se estendendo ao legislador.

desempenhar um papel contramajoritário. O populismo judicial é tão pernicioso à democracia como o populismo em geral. Em suma: no constitucionalismo democrático, o exercício do poder envolve a interação entre as cortes judiciais e o sentimento social, manifestado por via da opinião pública ou das instâncias representativas. A participação e o engajamento popular influenciam e legitimam as decisões judiciais, e é bom que seja assim. Dentro de limites, naturalmente. O mérito de uma decisão judicial não deve ser aferido em pesquisa de opinião pública. (2012b, p. 40)

Portanto, a conclusão a que quero chegar, ao declarar a inconstitucionalidade do financiamento por empresas, é que nós precisamos criar um sistema eleitoral mais barato e, conseqüentemente, mais autêntico, mais democrático, mais republicano e mais capaz de atender as demandas por moralidade pública da sociedade brasileira.¹²

Barroso parece ter sido vítima da própria crítica que fez quanto à expansão da intervenção judicial em obra sobre o controle de constitucionalidade, quando, na oportunidade, asseverou que:

(...) a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão. No movimento seguinte, processos passam a tramitar nas manchetes de jornais – e não na imprensa oficial – e juízes trocam a racionalidade plácida da argumentação jurídica por embates próprios da discussão parlamentar, movida por visões políticas contrapostas e concorrentes. (2012a, p. 376)

Veja-se que o advogado e professor Luis Roberto Barroso era um Herói mais parcimonioso, atento à tênue separação dos poderes e às suas inflexões. Já o Ministro Barroso se mostra um Herói de perfil mais ativista, muitas vezes atendendo ao clamor popular, como mostra seu voto acima transcrito e também sua decisão no HC nº 126.292/SP, a seguir trabalhado.

3 O HERÓI DO HC Nº 126.292/SP

No início do ano de 2016 os Ministros do STF chocaram a comunidade jurídica ao romper com entendimento consolidado em 2009 e determinar que a condenação criminal em segunda instância já possibilitaria a execução da pena¹³. Nos moldes de

12 BRASIL. STF. ADI nº 4.650/DF. P. 133.

13 BRASIL. STF. HC nº 126.292/SP. Rel. Ministro Teori Zavascki, j. 17/02/2016, DJe 17/05/2016.

Sunstein, foi também uma decisão heróica a partir do momento em que nasceu de uma releitura da Constituição por parte dos ministros votantes.

Na decisão do HC nº 126.292/SP o Min. Barroso proferiu seu voto no sentido de que a Constituição da República não condiciona a prisão, mas a culpabilidade ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Seu voto encontra problemas que podem ser criticados em duas vertentes: a primeira, com relação à fundamentação de sua decisão, que mostra um descompasso com a *persona* constitucional que antes lhe era característica; secundamente, com a técnica de interpretação por ele adotada, não condizente com os efeitos que se propunha.

O ministro fundamenta seu voto na crença em que, de 2009 para cá, o país sofreu mudanças consideráveis em sua realidade fática a ponto de ser necessária uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo, ensejando a mutação constitucional por ele propugnada. Segundo pontuou, a execução após o trânsito em julgado trouxe três consequências ao sistema de justiça criminal, a saber: incentivo à interposição de recursos protelatórios, a seletividade do sistema penal, e o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade¹⁴.

Bem sabe o ministro que as consequências elencadas não são problemas recentes, tampouco são detrimento meramente da execução após o trânsito em julgado. Ainda assim, Barroso se ancora nas ideias levantadas para fazer uma análise perfunctória da literalidade da Constituição da República (ao comparar os incisos LVII¹⁵ e LXI¹⁶ do art. 5º) e uma ponderação entre princípios que não convence ninguém, em prol de encontrar fundamentos para sua decisão pautada pela moralidade e pelo afã social.

Destaca-se aqui um excerto em particular que bem exemplifica a fragilidade de seus argumentos em contraposição as suas ideias de outrora:

Portanto, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é

14 BRASIL. STF. HC nº 126.292/SP. P. 32-34.

15 Inc. LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

16 Inc. LXI: ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas.¹⁷

Vê-se que o Herói Min. Barroso procura empreender uma mudança substancial na interpretação constitucional partindo do pressuposto que a credibilidade da Justiça fala mais alto que a presunção de inocência elencada como direito fundamental em nosso ordenamento. A deficiência de fundamentos convincentes para sua decisão leva a crer que sua posição foi tomada sem o devido sopesamento da matéria, o que contradiz seus ensinamentos de outrora, quando defendia que na colisão da liberdade individual com a persecução penal o juiz não poderia escolher arbitrariamente, cabendo-lhe analisar o caso concreto e ponderar a solução mais adequada à *mens legis* da Constituição (2012a, p. 388).

O voto proferido causa espécie também quando se faz remissão à tese de doutoramento do então Herói professor, ao nos apresentar as “normas constitucionais definidores de direito” como aquelas cujo objetivo seja fixar os direitos fundamentais dos indivíduos (BARROSO, 2006, p. 90).

A partir do momento em que a presunção de inocência se enquadra nos direitos fundamentais, passa a compor o primeiro grupo de normas constitucionais definidoras de direito, o grupo das normas que “geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção”¹⁸. Dita a tese que o referido grupo consiste no dever jurídico de um *não fazer* por parte do Estado, assim como é o direito de greve, em que o Estado deve se abster de punir os que o exercem (2006, p. 104).

A contradição que se observa é que, a partir do momento em que o voto no HC 126.292/SP dilapida a presunção de inocência em prol da boa imagem da Justiça e do sistema penal, vê-se o Estado descumprindo seu dever jurídico de *não fazer*, passando, pelo contrário, a encontrar justificativa para dar início à execução da pena. Ou seja, o *non facere* contra o indivíduo ainda tido por inocente é substituído pela atuação positiva, pelo *facere* estatal contra aquele que ainda não foi provado culpado.

¹⁷ BRASIL. STF. HC nº 126.292/SP. P. 41-42.

¹⁸ Os outros dois grupos são denominados pelo autor como grupo de normas que “ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado” e daquelas que “contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora”.

Irônico também que, em seu voto, o Min. Barroso não se atentou a um ideal que lhe era até então muito caro: a dignidade daqueles a serem condenados. Afinal, em obra diversa ele mesmo já defendia que:

Já passou o tempo de torná-la [a dignidade da pessoa humana] um conceito mais substantivo no âmbito do discurso jurídico, no qual ela tem frequentemente funcionado como um mero ornamento retórico, cômodo recipiente para um conteúdo amorfo. (2014, p. 12)

Por certo, não se pode dissociar a presunção de inocência da dignidade humana; um se entrelaça no outro, sendo o respeito ao primeiro uma forma de adequação ao último. Dessa forma, como explicar o posicionamento do Herói professor quando assevera que a condenação à prisão só pode ser uma restrição à dignidade da pessoa humana após um procedimento condizente com o devido processo legal (2014, p. 64)? Bem se sabe que o devido processo legal em matéria processual penal abarca, sobretudo, o estado ou situação jurídica de inocência, que Eugênio Pacelli postula ser princípio de relevante função:

(...) ao exigir que toda privação de liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de ordem judicial devidamente motivada. Em outras palavras, o estado de inocência (e não a presunção) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal. (PACELLI, 2013, p. 48)

Ainda em sua celebrada obra, Barroso (2014, p. 66) aponta que em casos de lacunas no ordenamento, ambiguidades no direito ou colisão entre direitos fundamentais e metas coletivas, é a dignidade que deve ser tomada como bússola indicativa da melhor direção a se tomar. Para o Barroso de antes, a execução da pena antes do trânsito soaria, portanto, como uma afronta à presunção de inocência e à dignidade humana; já o Herói atual parece pensar diferente, focado em metas *pro societate*.

Ademais, enquanto professor enumerou também dispositivos constitucionais que preservam e promovem a dignidade da pessoa humana, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional sobre Direito Cívico e Político e o Pacto de San José da Costa Rica. Todos eles, nota-se, enfatizam a presunção de inocência como fundamento cabal da sociedade. Não obstante, o Herói antes atento às garantias individuais agora tem um novo protegido: a boa imagem das instituições. Parece que

o Min. Barroso passou a ancorar o fundamento de suas decisões em motivações moralistas e paternalistas, por ele outrora denunciadas como "majoritarismo moral", uma "manifestação de tirania da maioria" (2014, p. 91) e que deveria ser evitada.

No que pertine à técnica de interpretação adotada pelo Min. Barroso, o que se vê é que a mutação constitucional abraçada em seu voto ultrapassa os limites que ele mesmo enquanto professor levanta para que a capacidade de adaptação da norma não desvirtue o espírito da Constituição. Em uma de suas principais obras, o Herói defende que a mutação deve se estancar diante das possibilidades semânticas do sentido da norma e da preservação dos princípios fundamentais que dão identidade à Constituição (BARROSO, 2009, p. 127). No entanto, como aqui defendido, sua ideia de mutação constitucional desafia os princípios fundamentais da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, balizas do ordenamento constitucional brasileiro.

Cabe apresentar também a crítica elaborada por Emílio Meyer (2017, p. 226), no sentido de que a leitura de mutação constitucional apresentada no voto remonta a raízes autoritárias do direito alemão, servindo como fundamento débil para subverter a lógica de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Conforme dita Meyer, o HC nº 126.292/SP trouxe uma sentença verdadeiramente modificativa, substitutiva da disposição textual, muito além da mera mudança de interpretação. Surge então outro problema, pois que as sentenças substitutivas, ao contrário das declarações de inconstitucionalidade em decisões interpretativas, não podem ter eficácia vinculante (MEYER, 2017, p. 110). Contudo, o que se vê é a perpetuação do entendimento exposto, sedimentando aos poucos a atuação legislativa do STF¹⁹ e de seus ministros, como no caso de Luís Roberto Barroso.

4 O HERÓI DO HC Nº 124.306/RJ

Se acima se apresentaram duas decisões do Min. Barroso que parecem

¹⁹ Nesse sentido, a notícia de que o STF reafirma jurisprudência sobre execução da pena após condenação em segunda instância, ao analisar o Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.2446. Retirado de: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=329322>. Acesso em 14/11/2016.

contradizer sua personalidade acadêmica, seu voto proferido no HC nº 124.306/RJ²⁰ foi festejado por toda a comunidade jurídica e condiz com sua postura pretérita. Trata-se de decisão que concedeu *habeas corpus* a mulher que realizou aborto nos três primeiros meses de gestação, assim como aos funcionários da clínica em que foi realizado o procedimento.

Provavelmente o Min. Barroso estava esperando ansiosamente por um caso assim, pois seu voto já estava praticamente pronto quando escreveu o capítulo "Utilização da dignidade humana para a estruturação do raciocínio jurídico nos casos difíceis" na obra *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo* (2014, p. 100-103). Os fundamentos que trouxe em seu voto condutor foram retirados quase *ipsis litteris* do livro mencionado, tecendo considerações expressivas acerca da autonomia da mulher, seus direitos sexuais e reprodutivos, a igualdade dos sexos, a integridade física e psíquica da gestante, bem como do impacto social da criminalização das mulheres pobres. Em seu voto, o ministro ainda se fundamentou no exemplo de países desenvolvidos que adotam postura similar e nos elementos do princípio da proporcionalidade, de forma a encontrar justificativa para sua decisão.

Na análise do caso em comento o Min. Barroso foi o Herói que sempre se esperou dele, o Herói da advocacia e da academia, que pregava uma interpretação da Constituição que, mesmo que contrária a leis e atos infraconstitucionais, busca garantir a expansão dos direitos fundamentais e mudanças em prol da sociedade e do ser humano. Retomou o que defendia já em 1999, que "uma Corte Constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum" (BARROSO, 1999, p. 112).

Um ponto apenas em seu voto-vista demanda uma análise mais crítica, como foi feita nos casos acima trazidos, e é justamente a técnica de interpretação empregada sobre os arts. 124 a 126 do Código Penal.

Na decisão proferida o Min. Barroso alude que a criminalização do aborto voluntário nos três primeiros meses de gestação viola direitos fundamentais da mulher e o princípio da proporcionalidade, sendo, portanto, inconstitucional. Assim, confere, em

20 BRASIL. STF. HC nº 124.306/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29/11/2016.

suas palavras, "interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal". Resta dúvida, todavia, se a interpretação conforme a Constituição seria a técnica adequada à decisão.

Abboud (2016, p. 285) ensina que a interpretação conforme traz as "sentenças interpretativas de rechaço", pois exclui outras possibilidades interpretativas que não aquelas adotadas pelo Tribunal. É o caso de quando a lei contém em abstrato vários sentidos possíveis, sendo apenas um deles constitucional na situação em análise, alcançado mediante a interpretação conforme. Na doutrina de José Adércio (2002, p. 209), a interpretação conforme faz uso de uma interpretação restritiva ou de uma redução teleológica que diminui o âmbito de incidência da norma.

Para que se pudesse falar em interpretação conforme no caso em apreço, o certo seria que todas as outras hipóteses de criminalização do aborto fossem tidas por inconstitucionais e apenas a interrupção voluntária da gravidez nos três primeiros meses vista como constitucional. Não é esse o caso.

Em uma primeira leitura talvez se pudesse defender a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto como a técnica interpretativa mais adequada, já que se discute a validade de uma criminalização que "foge aos trilhos constitucionais", na expressão de Álvaro de Souza Cruz (2004, p. 127). O que o Min. Barroso fez em seu voto foi anular um sentido apresentado pelo texto da lei de maneira inconstitucional, mas aceitando outras possibilidades interpretativas, o que é a precisa definição de Abboud (2016, p. 285) para a declaração de nulidade parcial sem redução de texto.

Seria similar ao caso do financiamento empresarial a campanhas políticas. Enquanto na ADI nº 4.650/DF foi adotada a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto para retirar do ordenamento a possibilidade de doação por pessoas jurídicas, mas mantendo outras previstas, no HC nº 124.306/RJ caberia a mesma técnica para retirar do ordenamento a criminalização do aborto voluntário nos três primeiros meses de gravidez, mas mantendo a tipicidade em situações diversas da que estava em contenda.

Não obstante, o próprio ministro relembra ao fim de seu voto que o Código Penal é anterior à Constituição, não sendo permitida a declaração de inconstitucionalidade de algum excerto seu, conforme entendimento do STF. Assim, coube ao magistrado mergulhar em um exercício hermenêutico para conformar a não recepção do dispositivo na hipótese em debate, declarando, portanto, a interpretação conforme a Constituição. Apesar da situação ímpar, fica o protesto sobre a técnica utilizada.

CONCLUSÃO

Cass Sunstein ensina que a *persona* constitucional interiorizada por um juiz depende de diversos fatores, como as ideologias pessoais, as teorias de preferência, as estratégias adotadas e análise caso a caso. O Herói, em particular, independentemente de sua posição política, é mais propício a invocar princípios que podem resultar na invalidação de uma legislação específica (ou ao menos em sua releitura).

Um olhar sobre as obras de Luís Roberto Barroso indica que sua trajetória foi marcadamente heroica, em busca da desconstrução de normativas arraigadas a uma compreensão mais conservadora, reflexo de um Judiciário moroso e um Legislativo ineficiente. Contudo, em alguns votos proferidos enquanto ministro, como os na ADI 4.650/DF e no HC nº 126.292/SP, revela-se outro Herói, um que parece desconstruir instituições cruciais, embora delicadas, em nome de um moralismo populista.

Apesar de, em algumas situações, Barroso ter causado espanto por proferir decisões incoerentes com suas ideias pretéritas, o ministro, assim como alguns de seus pares no Tribunal, parece buscar se consolidar como o Super-Herói de Sunstein, aquele com visões em larga escala e desejoso de emplacar grandes projetos de mudança social. Assim se percebe pela leitura de seu festejado voto no HC nº 124.306/RJ.

Embora passível de críticas, a postura heróica de Barroso há de ser celebrada. Ousando discordar de Sunstein, que tem predileção pelo *justice* Minimalista, um quê de heroísmo no STF é crucial para que a democracia ainda em construção em um país como o Brasil possa alcançar níveis cada vez mais condizentes com a garantia dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ABBOUD, Georges. **Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculante e erga omnes na jurisdição constitucional**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução Humberto Laport de Mello. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. São Paulo: Renovar, 2006.
- BRASIL. STF. ADI nº 4.650/DF. Rel. Ministro Luiz Fux, j.17/09/2015, DJ 24/02/2016.
- BRASIL. STF. HC nº 124.306/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29/11/2016.
- BRASIL. STF. HC nº 126.292/SP. Rel. Ministro Teori Zavascki, j. 17/02/2016, DJe 17/05/2016.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEYER, Emilio Peluso Neder. A colcha de retalhos de Gilmar Mendes. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/colchaderetalhosdegilmarmendes>. Acesso em: 31 ago. 2016.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **Decisão e Jurisdição Constitucional**: Crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional Personae**. New York: Oxford University Press. 2015.



REVICE - Revista de Ciências do Estado
ISSN: 2525-8036
v2.n.2 AGO-DEZ.2017
Periodicidade: Semestral

seer.ufmg.br/index.php/revice
revistadece@gmail.com

MOURÃO, Lucas Tavares. *A persona constitucional de Luís Roberto Barroso*.
Data de submissão: 15/06/2017 | Data de aprovação: 05/09/2017

A REVICE é uma revista eletrônica da graduação em Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais.

Como citar este artigo:
MOURÃO, Lucas Tavares. *A persona constitucional de Luís Roberto Barroso*.
In: **Revice** - Revista de Ciências do Estado, Belo Horizonte, v.2, n.2, p. 87-106,
ago./dez. 2017.
