

A APLICAÇÃO DA TEORIA EXTERNA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO DE SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS POR SENTENÇA CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO E O POPULISMO

THE APPLICATION OF THE EXTERNAL THEORY BY THE FEDERAL SUPREME COURT IN THE CASE OF SUSPENSION OF POLITICAL RIGHTS BY CRIMINAL SENTENCE FINAL IN JUDGMENT AND POPULISM

Ana Paula Viana Barmann *

RESUMO

O trabalho pretende demonstrar que não existe entendimento da Corte do Supremo Tribunal Federal quanto à aplicação da teoria externa no Brasil, em especial nos casos de suspensão de direitos políticos por sentença criminal transitado em julgado. Sendo assim, observa-se a possibilidade de colisão de princípios apenas em casos convenientes. Com isso, o poder Judiciário passa a argumentar e aplicar teorias de acordo com a melhor e maior conveniência, fazendo com que prevaleça o populismo no Poder Judiciário com fundo moralista e cada vez menos técnico, reduzindo o ônus argumentativo para a aplicação da moral individual de cada julgador.

Palavras-chaves: colisão; princípios; populismo; poder judiciário; moralismo.

ABSTRACT

The work intends to demonstrate that there is no understanding of the Court of the Supreme Federal Court as to the application of external theory in Brazil, especially in cases of loss of political rights. Thus, the possibility of collision of Principles is observed only in

* Doutoranda e Mestre em Democracia e Direitos Fundamentais - (Eleitoral) pelo UNIBRASIL. Advogada formada pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná em 2000. Membro da comissão de direito eleitoral da OAB/PR. Membro da ABRADep - Associação da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político. Professora de Pós-Graduação de Direito Eleitoral. Advogada eleitoral. Palestrante em diversos eventos de Direito Eleitoral.

convenient cases. With this, the Judiciary starts to argue and apply theories according to the best and greatest convenience, causing populism to exist in the Judiciary with a moralistic and less and less technical background, reducing the argumentative burden for the application of the individual morality of each judge.

Keywords: *collision; principles; populismo; judiciary*. Moralism.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que a teoria externa admite a inexistência de direitos fundamentais absolutos, permitindo a colisão de princípios e cláusula restritiva externa.

Diante disso, pretende-se demonstrar que a aplicação da teoria externa pelo Supremo Tribunal Federal, em especial nos casos de suspensão de direitos políticos por sentença transitado em julgado, não apresenta uma lógica, tendo em vista as diferentes visões e formas de interpretação no âmbito interno da Corte.

Ainda, em algumas oportunidades verifica-se a incorreta aplicação da teoria externa pelo STF, pois apenas admitem a colisão dos princípios sem exercitar o ônus argumentativo para a extração da regra de direito fundamental, sem explicitar necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

As decisões monocráticas desencontradas com o entendimento da Corte e falta de uma interpretação unânime e sistêmica pelo STF às decisões, propicia a articulação de uma Corte populista.

Essa análise remete diretamente a forma como o STF tem encontrado subterfúgios para aplicação da ética e moral nas decisões judiciais, sendo que em muitos casos, o poder judiciário tem se colocado como “salvador” da nação, sem observar a interpretação constitucional de forma concreta.

2 A TEORIA EXTERNA NO BRASIL. COLISÃO DE PRINCÍPIOS E CLÁUSULA EXTERNA

Os direitos fundamentais não são absolutos, sendo que nesse sentido podem sofrer restrições ou limites. Nesse aspecto verifica-se que tais restrições podem ocorrer por meio de uma

cláusula externa ou pela colisão de princípios. Essa é a chamada teoria externa, ou seja, que admite a colisão de princípios.

Apenas ilustrativamente, cumpre salientar que a teoria interna admite limites aos direitos fundamentais, sendo esses limites iminentes, ou seja, a própria norma já traz o limitador, não admitindo limites externos ou colisão de princípios, sendo que nesse trabalho não será objeto de estudo os limites dos direitos fundamentais com base nessa teoria e sim com foco na teoria externa.

Os direitos fundamentais na perspectiva dos limites não são considerados absolutos, sendo assim, existem limites implícitos ou explícitos, impostos pela própria Constituição. O STF recorre em muitos julgados aos limites iminentes, no entanto, não os colocam como fundamentação em suas decisões, pois utilizam o sopesamento como fundamentação.

Assim como podemos afirmar que sacrifícios humanos não são acobertados pela liberdade religiosa, sendo que não se fala nesses casos em restrições ou colisões, pois são meros limites tratados pela própria constituição, sendo assim fazem parte da própria essência dos direitos fundamentais.

As colisões são verificadas por novas restrições aos direitos fundamentais, enquanto os limites são as declarações trazidas pela própria constituição, previamente existentes, ou seja, existe a proibição por mera não-proteção².

Essas situações ocorrem também em leis ordinárias, sendo que esses limites não ultrapassam essas liberdades, como no caso, de uma lei ordinária proibir sacrifícios humanos em rituais religiosos.

O maior problema dos limites iminentes refere-se justamente a definição do que é protegido e o que não é protegido.

A teoria institucional dos direitos fundamentais trazida por Peter Habermas desenvolve o conceito de teoria institucional dos direitos fundamentais, em relação aos limites e conteúdo da norma, segundo ele existe um anacronismo no conceito de liberdade com relação a autonomia individual a ser protegida da esfera estatal, pois o legislador não é inimigo dos direitos fundamentais.

Para Habermas nem sempre a intervenção estatal gera uma restrição, para tanto Habermas recorre ao conceito instituição, baseado

2 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.131.

em três elementos principais. 1 – uma ideia diretriz que se realiza e se mantém juridicamente em um meio social 2 – organiza-se um poder que lhe confere órgãos 3 – manifestações dirigidas pelos órgãos de poder e reguladas por procedimentos.

Com isso surge a instituição Pessoa, o que passa a ser o sujeito da pessoa moral. Existe a Instituição – coisa, pois o poder organizado e manifestações são secundários, pois não se interiorizam no seio da ideia diretriz. Para Harbele, os direitos fundamentais devem ser considerados instituição pessoa, no entanto, o meio social é fundamental para a definição desses preceitos, inclusive atividade do legislador. A realização dos direitos fundamentais faz parte de um processo, do qual faz parte o legislador e para tanto, deve ser levado em consideração que não existe a vontade subjetiva de determinados indivíduos e sim a consciência de um número indeterminado de indivíduos e a partir de então os direitos fundamentais transformam-se em “coisa social objetiva”.

Sendo assim, o que mais importa é a liberdade de todos e não dos indivíduos, sendo assim a liberdade só pode ser regulada e delimitada pelo direito. A teoria institucional tem como rejeição a ideia que permitido aquilo que não é vedado pelo direito, sendo assim, o legislador não é encarado como inimigo da liberdade individual.

A liberdade é como algo interno ao direito, no entendimento de Haberle, e portanto, como instituto a liberdade é criada pelo direito, sendo que não restringe, apenas delimita seus contornos, nesse sentido o legislador passa a ter uma liberdade muito maior, ao contrário da visão do legislador como o interventor a ser controlado.

Observando os limites pela teoria externa, existe apenas o direito em si e suas restrições. A partir dessa concepção é que se torna possível o sopesamento, a aplicação da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Em face da impossibilidade de direitos absolutos, é que se pode afirmar que a realização de um princípio pode ser restringido por outro princípio, aí que se tem a distinção entre direito prima facie e o direito definitivo. Essa é a distinção que a teoria externa pressupõe. Somente se determina o direito definitivo após o sopesamento e a partir de fora, das condições fáticas e jurídicas existentes.

Com esse raciocínio que se invoca o entendimento de Virgílio Afonso da Silva, o qual admite que “se se adota a perspectiva da

teoria interna, os direitos terão sempre a conformação de regras”. Isto porque, uma vez supostamente estabelecidos internamente os precisos contornos do exercício do direito, a norma que o estabelece incide no modo *tudo ou nada*. Não há, assim, espaço para o sopesamento³.

Como bem observa Zanon Junior:

A teoria também apenas aparentemente esvazia a necessidade de ponderação entre direitos constitucionais em oposição. Isto porque, em verdade, o que ocorre é simplesmente um deslocamento do sopesamento, outrora situado no debate sobre um direito e a sua restrição, para o âmbito interno da norma, no nível da definição dos exatos limites dos direitos fundamentais. E tal deslocamento é desaconselhável, porque implica anacronismo e conservadorismo alheios à plasticidade das relações sociais e econômicas, ao tornar imprescindível a fixação de um específico limite para o direito que, posteriormente, pode apresentar-se severamente restritivo de uma prerrogativa humana, bastando que o caso concreto tenha circunstâncias diferentes⁴.

Para além da impossibilidade, Virgílio Afonso conclui que, no âmbito da teoria interna, não há sequer a necessidade do sopesamento, visto que as colisões deixam de existir⁵.

Para o Autor Alexy⁶ existe a possibilidade de demonstrar essa conclusão em uma hipótese simples: se existe um direito que garante (definitivamente) que determinado comportamento seja facultativo, qualquer norma que venha a impor a obrigatoriedade ou a proibição deste mesmo comportamento não estará restringindo o direito, mas violando-o. Não há, pois, espaço para a ponderação.

Quanto à teoria externa Robert Alexy afirma que um conflito entre regras se soluciona com a cláusula de exceção que elimine o conflito ou se uma das regras for declarada inválida. Quando não for possível a cláusula de exceção, então deve ser resolvido o conflito pela derrogação ou pela aplicação da especialidade em

3 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.131.

4 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Sobre a possibilidade de Limitações infraconstitucionais aos direitos fundamentais independente de autorização constitucional expressa. *RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v.2, n.21, jan/jun. 2012. p. 6-7.

5 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.165.

6 ALEXY, Robert. *Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 279.

detrimento da regra geral. Quando existe a colisão entre princípios um dos dois deve ceder, não por invalidade ou cláusula de exceção, m tem precedência sob outro em determinadas circunstâncias – dimensão do peso⁷.

Os princípios não têm mandamentos definitivos e sim *prima facie*, são razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. Não dispõe da extensão de seu conteúdo em face do princípio colidente e das possibilidades fáticas, o que é inverso no caso das regras. No entanto, deve ser levado em consideração que sempre é possível a introdução de uma cláusula de exceção (pode ocorrer em virtude de um princípio). No caso das regras, se isso ocorre, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo⁸.

Quanto mais fortes os princípios formais mais fortes será o caráter *prima facie* de suas regras. Regras e princípios não tem o mesmo caráter *prima facie*, o caráter *prima facie* de um princípio depende da força argumentativa e tem caráter *prima facie* distintos.

Assim, da colisão dos direitos fundamentais extrai-se uma regra. No entanto segunda a teoria dos direitos fundamentais para que isso ocorra existe todo um ônus argumentativo, através da demonstração da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento).

A proporcionalidade pressupõe adequação, necessidade (mandamento menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento) e a máxima proporcionalidade decorre da própria essência dos direitos fundamentais. O sopesamento ocorre em função da relativização em face das possibilidades jurídicas, por serem princípios colidentes. Já a necessidade e a adequação decorrem das possibilidades fáticas⁹.

E, como já alertado por Friedrich Müller, é comum que a interpretação sobre a aplicação desses direitos não seja baseada exclusivamente na subsunção, mas na interpretação constitucional – mesmo porque estes princípios se encontram na Carta constitucional de cada país. Também ao aplicador da norma incumbirá a tarefa de, seja este o destinatário ou o simples intérprete, concretização do direito e observar com acuidade a realidade social, na medida em que a norma jurídica não se limita ao seu texto. A normatividade há

7 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 50.

8 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 80.

9 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

de ser concretizada mediante um processo estruturado e passível de verificação e de justificação intersubjetiva¹⁷.

No Brasil a teoria externa não tem sido adotada de forma recorrente e explícita e quando ocorre, percebe-se que existe apenas a conveniência em adotar ou não determinada teoria, ou seja, não existe um entendimento pela Corte qual é a teoria que melhor se adequa na interpretação constitucional e sim apenas a aplicação da colisão de princípios quando melhor convém.

No entanto, existem autores que admitem a necessária aplicação da teoria externa aos direitos fundamentais de primeira geração (liberdade, igualdade, cidadania).

Para Richard Pae Kim “de antemão devo consignar a minha posição no sentido de que a nossa Constituição da República, por dispor de cláusulas gerais de liberdade e de igualdade, e enfatizar a obrigação ao respeito à sua máxima efetividade, nos obriga a adotar a teoria externa, ao menos aos direitos fundamentais de primeira geração.”¹⁰

Neste ponto, o Ministro Dias Toffoli, firmou posição na medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451-DF, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 2/9/2010, afirmando ser perigoso o exercício da ponderação, quando não observados de forma muito criteriosa.

Existe uma linha de raciocínio de que a teoria externa seria aplicável para os casos de colisões de princípios ou cláusulas externas para as situações de direitos fundamentais de primeira geração e não aos direitos sociais. Nesse caso, seriam criadas categorias de direitos fundamentais diversas, o que pode parecer um tanto quanto temerário.

Na posição do Ministro Luís Roberto Barroso, a proporcionalidade orienta a forma de interpretação da norma jurídica no caso concreto, ainda que se trate de direitos fundamentais, para a melhor concretude constitucional. Entende ainda que:

[...] o Poder Judiciário pode invalidar atos legislativos ou administrativos quando “não observada a adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado pela norma jurídica (adequação); quando a medida normativa não seja

10 KIM, Richard Pae. *Separação de poderes e as teorias interna e externa dos direitos fundamentais: direitos sociais e a inaplicabilidade da teoria externa*. ano 5, v.10, 2015. Revista de Direito Brasileira. <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%2012.pdf?d=636688172701896480>.

exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade ou vedação do excesso); e quando não se manifeste o binômio custo-benefício, pois o que se perde com a medida normativa é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade *stricto sensu*)”¹¹.

O que verifica é que os Ministros têm total compreensão dos mecanismos e das necessidades que a teoria externa implica, no entanto, na prática, essas articulações não ocorrem nas decisões, deixando de existir o ônus argumentativo necessário para deixar de aplicar um princípio para aplicar uma regra de direito fundamental, resultante da colisão de princípios ou de uma cláusula externa. Não foi diferente na análise do caso de suspensão de direitos políticos no Brasil, conforme se vê nos próximos tópicos.

3 APLICAÇÃO DA TEORIA EXTERNA PELO STF NOS CASOS DE SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS POR SENTENÇA CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO

Os direitos políticos no Brasil compreendem a participação da vida política, o exercício à cidadania, direito de votar e ser votado. No Brasil a Constituição Federal, em seu artigo 15¹², determina as hipóteses de suspensão ou perda de direitos políticos e a lei nº 64/90 traz as hipóteses de inelegibilidades, as quais automaticamente implicam na suspensão de direitos políticos.

Assim, quanto às inelegibilidades e suspensão de direitos políticos, o STF já decidiu que:

[...] inelegibilidade tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, acaso eleito, de os exercer, e não se confunde com a suspensão ou perda dos direitos políticos, cujas hipóteses são previstas no art. 15 da Constituição da República, e que importa restrição não apenas ao direito de concorrer a cargos eletivos (*ius honorum*), mas

11 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 213-216.

12 Constituição Federal. “Art 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”.

também ao direito de voto (*ius suffragii*). Por essa razão, não há inconstitucionalidade na cumulação entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos¹³.

Obviamente que para um cidadão registrar candidatura deve estar em pleno gozo de seus direitos políticos¹⁴, sendo que existe uma relação intrínseca com a lei 64/90, em especial em seu artigo 1, I, “e”, e o artigo 15, III, da CF, o qual determina a suspensão dos direitos políticos de réu condenado com sentença transitada em julgado em ação criminal. Assim determina o STF:

A regra de suspensão dos direitos políticos, prevista no art. 15, III, da Constituição Federal, é autoaplicável e consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado, independentemente da natureza da pena imposta (privativa de liberdade, restritiva de direitos, suspensão condicional da pena, dentre outras hipóteses)

À incidência da regra do art. 15, III, da Constituição, sobre os condenados na sua vigência, não cabe opor a circunstância de ser o fato criminoso anterior à promulgação dela a fim de invocar a garantia da irretroatividade da lei penal mais severa: cuidando-se de norma originária da Constituição, obviamente não lhe são oponíveis as limitações materiais que nela se impuseram ao poder de reforma constitucional. Da suspensão de direitos políticos – efeito da condenação criminal transitada em julgado, ressalvada a hipótese excepcional do art. 55, § 2º, da Constituição, resulta por si mesma a perda do mandato eletivo ou do cargo do agente político.¹⁵

A norma inscrita no art. 15, III, da Constituição reveste-se de autoaplicabilidade, independentemente, para efeito de sua imediata incidência, de qualquer ato de intermediação legislativa. Essa circunstância legitima as decisões da Justiça Eleitoral que declaram aplicável, nos casos de condenação penal irrecorrível, e enquanto durarem os seus efeitos, como ocorre na vigência do período de prova do *sursis*, a sanção

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Declaratória de Constitucionalidade 29/DF, Ação Declaratória de Constitucionalidade 30/DF e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.578/DF*, Relator min. Luiz Fux, j. 16-2-2012, P, DJE de 29-6-2012.

14 “Eleições 2012. Registro. Vereador. Indeferimento. Condenação criminal. Inelegibilidade. Art. 15, III, da Constituição Federal. Suspensão dos direitos políticos. Art. 1º, inciso I, alínea e, da Lei Complementar nº 64/90. Incidência. 1. Na linha da jurisprudência deste Tribunal e até que o Supremo Tribunal Federal reexamine a questão já admitida sob o ângulo da repercussão geral, a condenação criminal transitada em julgado é suficiente para atrair a incidência da suspensão dos direitos políticos, independentemente do fato de a pena privativa de liberdade ter sido posteriormente substituída pela restritiva de direitos. [...]” (*Ac. de 7.5.2013 no Recurso Especial Eleitoral. nº 39822, relator: Min. Henrique Neves.*)

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). *Recurso extraordinário 418.876*, Relator: min. Sepúlveda. Pertence, j. 30-3-2004, 1ª T, DJ de 4-6-2004.

constitucional concernente à privação de direitos políticos do sentenciado.¹⁶

O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou em 08/05/2019, em sessão extraordinária, o Recurso Extraordinário (RE) 601182, com repercussão geral reconhecida, a constitucionalidade da suspensão dos direitos políticos nos casos em que ocorra a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O caso concreto do recurso trata-se de condenação de um cidadão em Betim/MG a pena de dois anos de reclusão, em regime aberto, por uso de Carteira Nacional de Habilitação (CNH) falsa, crime previsto no artigo 304 do Código Penal. O RE foi interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais (MP-MG) contra acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça estadual (TJ-MG).

Em julgamento de apelação criminal, o Tribunal Regional acolheu parcialmente o pedido da defesa, mantendo o exercício dos direitos políticos do réu, após a conversão da pena privativa de liberdade pela restrição de direitos.

O Ministério Público recorreu para a cassação dos direitos políticos, sustentando que o acórdão viola o artigo 15, inciso III, da Constituição Federal. Esse dispositivo impede a cassação de direitos políticos, destacando que apenas haverá a perda ou suspensão em casos específicos, como a condenação criminal com trânsito em julgado, enquanto durarem seus efeitos, prevista no inciso III do mesmo artigo.

Nesse caso, analisando a íntegra do acórdão o Ministro Marco Aurélio posicionou-se no seguinte sentido:

Assento que, vindo a pena inicial a ser convertida em restritiva de direitos, tem-se quadro decisório que não atrai a suspensão versada no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal”, concluiu o relator que sugeriu como tese para efeitos de repercussão geral o seguinte texto: “A suspensão dos direitos políticos prevista no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal não alcança situação jurídica em que a pena restritiva da liberdade tenha sido substituída pela de direitos.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). *Recurso extraordinário 601.182*, Penal e Processo Penal. Suspensão dos direitos políticos. autoaplicação. Consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado. Plenário, Relator: Min. Marco Aurélio, 08 de maio de 2019, voto do relator para o acórdão. min. Alexandre de Moraes, j. 8-5-2019, P, *DJE* de 2-10-2019, Tema 370. **Vide agravo regimentar** em Recurso Mandado de Segurança 22.470, Relator: min. Celso de Mello, j. 11-6-1996, *DJ* de 27-9-1996.

Nesse sentido verifica-se monocraticamente o entendimento que suspensão dos direitos políticos não fazia sentido no caso concreto por ser aplicado somente nos casos em que o condenado estivesse preso e sem condições de exercer a vida em cidadania, ou seja, houve a restrição externa à aplicação do texto constitucional em função da aplicação dos princípios de igualdade, proporcionalidade e da individualização da pena, pois em seu voto o Ministro alegou ser desrazoável a aplicação da perda de direitos políticos nos casos em que o cidadão esteja cumprindo pena em liberdade.

O Ministro Alexandre de Moraes, afirma em seu voto que o artigo 15, III da CF é autoaplicável, independentemente da natureza da pena imposta:

A regra de suspensão dos direitos políticos, prevista no art. 15, III, da Constituição Federal, é autoaplicável e consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado, independentemente da natureza da pena imposta (privativa de liberdade, restritiva de direitos, suspensão condicional da pena, dentre outras hipóteses).¹⁷

Os demais Ministros seguiram a divergência apontada pelo Ministro Alexandre de Moraes, conforme o voto do Ministro Edson Fachin:

Isso significa, em meu modo de ver, que a compreensão que conforta a percepção sistemática e racional que colho desse dispositivo da Constituição vai ao encontro da divergência suscitada pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes, ou seja, a condenação se dá independentemente de tratar-se de uma pena que afeta a liberdade ou apenas restringe direitos, à luz da orientação que posso haurir, pelo menos até este momento, fundada nesse precedente, o recurso extraordinário, especialmente este que mencionei inicialmente, o 179.502. Creio que compreender em sentido diverso quiçá poderia representar, com a licença da metáfora pedestre, uma espécie de falso positivo jurídico, ou seja, uma condenação da qual não se extrairiam todos os efeitos da condenação, e o legislador constituinte fez uma opção por atribuir os efeitos dessa condenação extraindo daí uma suspensão dos direitos políticos. Se essa foi, ou não, uma boa solução, esse é um debate que está no plano de um juízo axiológico, em meu modo de ver, legislativo ou meta-

17 (RE 601182, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2019, DJe-214 DIVULG 01-10-2019 PUBLIC 02-10-2019)

normativo, no sentido da dogmática estrita, especialmente na seara do Direito sancionador¹⁸

O Ministro Luiz Barroso por casos interpreta como casos difíceis aqueles que admitem colisão de princípios ou de normas (teoria externa) e entende nesse caso ser um caso fácil, simplesmente por tratar-se de uma regra e não de um princípio.

Logo, nós estamos falando em uma suspensão de direitos com prazo limitado. Penso que é uma restrição a direito fundamental expressamente prevista na Constituição. De modo que, entendendo as razões, sempre bem lançadas, do Ministro Marco Aurélio, eu, no entanto, penso que aqui o limite é a possibilidade semântica da norma. E creio que a norma não dá margem a dúvidas¹⁹.

A Ministra Rosa Weber afirma em seu voto o respeito a interpretação constitucional assegurando cada vez mais direitos individuais, eliminando ao máximo as restrições, compreende não ser possível harmonizar o artigo 15 III da Constituição Federal não pode ser harmonizada com o Princípio da Individualização da pena²⁰.

O Ministro Luiz Fux entende ser um verdadeiro hard case a ser solucionado com base na interpretação dos direitos fundamentais e suas limitações²¹. Dessa forma o Ministro propõe o seguinte enunciado para repercussão geral:

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). *Recurso extraordinário 601.182*, Penal e Processo Penal. Suspensão dos direitos políticos. autoaplicação. consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado. Plenário, Relator: Min. Marco Aurélio, 08 de maio de 2019, voto do relator para o acordão. min. Alexandre de Moraes, j. 8-5-2019, P, *DJE* de 2-10-2019, Tema 370. **Vide agravo regimentar** em Recurso Mandado de Segurança 22.470, Relator: min. Celso de Mello, j. 11-6-1996, *DJ* de 27-9-1996.

19 *Ibidem*.

20 Esta Casa tem prestigiado, na interpretação da Constituição, a ampliação dos direitos individuais, de modo a eliminar, ao máximo, os critérios de restrição, sempre respeitando o Estado Democrático de Direito. E interpretações extremadas do art. 15, III, da CF, *data venia*, não podem ser harmonizadas com o direito fundamental à individualização da pena assegurado no art. 5º, XLVI, da CF, nem com o princípio da legalidade estrita em matéria penal (art. 5º, XXXIX, da CF), bem como, tampouco, com o comando inscrito no art. 5º, XLVI, da CF.

21 Trata-se de verdadeiro hard case, a ser solucionado por esta Corte à luz das regras hermenêuticas que balizam a interpretação dos direitos fundamentais e de suas limitações, em observância ao espírito da Constituição e das leis.

Com efeito, entendo que a Lei de Inelegibilidades (LC 64/90), ao estabelecer o mínimo ético do jogo eleitoral, delimitou, no art. 1º, inciso I, alínea “e” e §4º, o âmbito de incidência da suspensão dos direitos políticos prevista no art. 15, III, especificando, em rol *numerus clausus*, os crimes capazes de gerar inelegibilidade, bem como excluindo alguns delitos deste rol – como os crimes culposos, os de menor potencial ofensivo e os crimes de ação penal privada.

A suspensão de direitos políticos prevista no art. 15, III, da Constituição Federal revela natureza de norma autoaplicável, de “eficácia contida”, cuja extensão foi regulamentada pelo legislador infraconstitucional, nos termos da LC 64/90, art. 1º, I, “e”, c/c §4º, somente se operando a suspensão dos direitos políticos (elegibilidade, direito de voto e outros) nos crimes ali previstos.

O Ministro Ricardo Levandowski entende pela autoaplicabilidade do dispositivo constitucional, sendo que a substituição da pena não impede a suspensão dos direitos políticos²².

Verifica-se no caso em tela que a Corte aplicou concretamente a teoria interna, não admitindo em sua maioria a colisão de princípios e normas e sim a autoaplicabilidade do artigo 15, III, da Constituição Federal.

O que é possível extrair dos posicionamentos do STF é que, em muitos casos, alguns Ministros entendem pela aplicação de uma teoria e outros Ministros pela aplicação de outra teoria dentro do mesmo caso, sendo que, em decisões monocráticas, isso possibilita um entendimento desarrazoado com relação ao entendimento da Corte.

Com análise ainda mais aprofundada, os Ministros do STF, quando aplicam a teoria externa, ainda que se seja por um entendimento individual, não exercem o ônus argumentativo adequado para extrair uma regra da colisão de princípios, ou seja, não fica claro, em momento algum em suas decisões, a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, sendo esse exercício absolutamente necessário e de forma técnica para abstrair ao máximo possível toda a subjetividade da decisão, dando enfoque à racionalidade.

Para Virgílio Afonso da Silva, o hermeneuta deve escolher um dos métodos de interpretação constitucional normalmente apresentado pela doutrina e aplicar os cânones de interpretação sistematizados por Savigny, que também devem valer para o Direito Constitucional.²³

A possibilidade de restrições aos direitos *prima facie* gera uma ilusão de que existem direitos e, após restringidos, verifica-se que

22 Conforme se verifica, o *decisum* combatido está em dissonância com a jurisprudência desta Suprema Corte, pois, como visto, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos não impede a suspensão dos direitos políticos, ressaltada a autoaplicabilidade do dispositivo de regência.

23 SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. (Org.). São Paulo: Malheiros, 2007. p. 142.

não existia o direito, sendo que a defesa afirma que existe apenas a expectativa de direito. A racionalidade do processo de sopesamento é outra crítica à colisão de princípios, sendo decisionismo disfarçado. Não é possível que a racionalidade exclua completamente a subjetividade das decisões no sopesamento, mas isso acontece em todas as teorias e não somente na teoria externa. No entanto, o que deve ser exigido é um método lógico que melhor viabilize a racionalidade das decisões e interpretação do direito.²⁴

Continua o autor afirmando que o aumento de insegurança jurídica é um outro argumento dos críticos à teoria externa. O método para aplicação de direito não é o único que garante a segurança jurídica e sim a previsibilidade na atividade jurisdicional, e pode ser verificado através de um controle social e para isso é necessário um diálogo bidirecional.

No entanto, analisando o caso julgado pelo STF do Recurso Extraordinário no qual revisitou a questão da prisão em segunda instância, foi admitida amplamente a teoria externa, com a colisão de princípios, sem ao menos exercitar o ônus argumentativo necessário para expor necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento).

Diante disso, verifica-se que o STF não tem firmado posicionamento de corte e sim posicionamento de Ministros, o que permite um alto grau de subjetividade, permitindo a abertura para interpretações moralistas e populistas, como se verá o no próximo tópico.

4 O POPULISMO JUDICIAL NO BRASIL

O termo populismo merece atenção para seja bem conceituado e não sofra distorções, para tanto seria necessário um retrocesso histórico desde a década de 30. No entanto, não será o foco nesse momento e sim trazer uma conceituação mais recente, dentro de um contexto global. Yascha Monke conceitua recentemente o populismo num contexto mundial:

O que define o populismo é essa reivindicação de representação exclusiva do povo — e é essa relutância em tolerar a oposição ou respeitar a necessidade de instituições independentes que com tamanha frequência põe os populistas em rota de colisão direta com a democracia liberal. Desse

24 SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. (Org.). São Paulo: Malheiros, 2007. p. 153.

modo, a eleição de Jair Bolsonaro deve ser encarada como o evento mais significativo na história brasileira desde a queda da ditadura militar: pelos próximos anos, o povo terá de lutar pela própria sobrevivência da democracia liberal. Os brasileiros conseguirão salvar a democracia brasileira? E terá o leitor deste livro algo a contribuir para essa que é a mais nobre das causas? A resposta a ambas as questões é sim²⁵.

O entendimento de Eneida Desirre Salgado sobre o tema segue no seguinte sentido:

Em tempos de instabilidade institucional e descrença nas soluções políticas, apontar as falhas e os problemas dos que se afirmam salvadores no naufrágio implica uma tomada de posição contra as soluções que contrariam o Direito para fazer justiça ou que suspendem a legalidade para a proteção da moralidade tal qual compreendida pela reflexão individual do antes menos perigoso dos poderes. Logo, a questão do uso da moralidade e da linguagem populista pelos magistrados é enfrentada, com a utilização de aportes teóricos sobre o fenômeno do populismo como ameaça às democracias. As características do discurso, seus elementos e seu substrato são demonstrados para então evidenciar sua presença na retórica judicial, em decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade e em face do controle da Administração Pública. Os elementos de excepcionalidade e o apelo à opinião pública, além da centralidade dos argumentos morais subjetivos em decisões relevantes para a política, corroboram o argumento central aqui apresentado, principalmente quando o objeto do ataque é um poder constituído legitimado democraticamente. Problematiza-se assim a independência judicial em face da lei travestida de ativismo bem-intencionado. Por fim, conclui-se com a defesa de um Poder Judiciário que atue em defesa dos direitos fundamentais, da democracia, da legalidade e da moralidade nos limites constitucionalmente postos²⁶.

A lei complementar ficha limpa nº 135/2010 é um exemplo clássico de validação da lei pela maioria dos Ministros do STF, única e exclusivamente com retórica de moral e justiça, já que foram comprovadas as várias inconstitucionalidades ignoradas pela Corte quando da análise do controle de constitucionalidade do caso, tendo em vista, o desrespeito pelo rito constitucional do

25 MOUNK, Yacha. *O povo contra a democracia: Porque nossa Liberdade corre perigo e como salvá-la*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 130.

26 SALGADO, Eneida Desirre. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 117, p. 193-217, jul./dez. 2018.

processo legislativo, pois a) houve emenda à lei no Senado Federal e o projeto não retornou à Câmara dos Deputados para aprovação, b) houve a interpretação pela aplicação de fatos ocorridos antes da aprovação da lei²⁷ c) e a afronta à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, pois permite a perda de direitos políticos em função de decisão de órgão profissional e pela inexigibilidade de trânsito em julgado.

Em outros momentos o Supremo Tribunal Federal demonstrou sua interferência direta e desrespeito à separação de poderes em nome da moral e da Justiça.

O entendimento de Emerson Gabardo sobre o assunto segue no sentido de que o protagonismo da moralidade nas decisões das autoridades públicas concorre com os direitos fundamentais e interesse público:

A deformação da leitura moral no Brasil redundou num abandono do constrangimento das autoridades públicas tomadoras de decisão em utilizarem argumentos extraíveis da moralidade pública que elas mesmas elegem como dominante (em geral conhecida por meio de seus vínculos sociais e, com destaque, os “virtuais”). Uma moralidade de um protagonismo tão significativo que passou a concorrer tanto com o interesse público quanto com os direitos fundamentais como critério de decisão (ainda que, na busca de uma fundamentação racional, sejam utilizados, simbolicamente, estes fundamentos²⁸

Nesse sentido, para afastar a aplicação discricionária de aspectos moralizantes pelo Poder Judiciário, através das convicções

27 “Eleições 2014. Agravo regimental em recurso ordinário. Registro de candidatura. Deputado estadual. Lei complementar nº 135/2010. Fatos anteriores à sua vigência. Incidência. Condenação. Trânsito em julgado. Cumprimento da pena. Incidência da causa de inelegibilidade do art. 1º, inciso i, alínea e, item 9, da Lei Complementar nº 64/90 [...] 1. As disposições introduzidas pela LC nº 135/2010 incidem de imediato sobre todas as hipóteses nela contempladas, ainda que o fato seja anterior à sua vigência. Isso porque as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, não implicando ofensa ao princípio da irretroatividade das leis. 2. A incidência das disposições da LC nº 135/2010 a fatos anteriores à sua vigência não provoca ofensa ao princípio da irretroatividade das leis, tampouco ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e à segurança jurídica. Precedente. 3. A condenação do agravante em decisão transitada em julgado, por crime tipificado no artigo 129, § 2º, IV, do Código Penal, cujo cumprimento da pena findou-se em 6.11.2012, atrai a incidência da causa de inelegibilidade objeto do art. 1º, I, e, 9, da Lei de Inelegibilidade, com as alterações introduzidas pela LC nº 135/2010 [...]”. (Ac de 09.10.2014 no Agravo regimental em recurso ordinário nº 374046, relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura.)

28 GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i70.847.

peçoais dos que decidem, faz-se necessária a determinação da forma de interpretação constitucional a partir da teoria externa ou interna e qual recorte será feito com base nesses critérios.

Assim, com critérios técnicos e racionais fica mais evidente a abstração do subjetivismo do ativismo judicial, com critérios objetivos a partir da forma de interpretação constitucional. Essa é uma preocupação presente no trabalho, tendo em vista que a suspensão dos direitos políticos, nos casos de sentença transitado em julgado, teria outra decisão, caso o STF optasse pela teoria externa e a aplicasse de forma correta.

No entanto, o que se verifica é uma volatilidade quanto a essa interpretação para que seja possível chegar à conclusão nesse caso, que mesmo com a substituição de pena privativa de direito por restrição de direito, os direitos políticos estão suspensos para que haja o reflexo da inelegibilidade.

5 CONCLUSÃO

Com todo o exposto verifica-se que o Supremo Tribunal Federal não possui posicionamento a respeito da aplicação de teoria externa ou interna aos casos concretos de controle de constitucionalidade e ainda, permite que as decisões monocráticas não sigam os entendimentos majoritários da Corte.

Verifica-se imprescindível a Corte estabelecer recortes da forma de interpretação constitucional, para que em todos os casos haja uma uniformização com relação aos entendimentos, evitando decisionismos de acordo com o caso em questão.

Assim, verifica-se, por exemplo, no caso de suspensão de direitos políticos por sentença criminal transitada em julgado, o que gera automaticamente a inelegibilidade pela aplicação da lei nº 64/90, o Supremo Tribunal Federal é absolutamente variável quanto ao entendimento da adoção de teoria interna e externa, o que leva automaticamente a decisões diversas de interpretação.

Diante disso, pode-se dizer que, nesse caso de suspensão de direitos políticos, o alto número de condenações criminais em função de corrupção, o STF se utilizar de forma reflexa dessa decisão para exercer um papel moralizante da sociedade é, portanto, populista.

Nesse aspecto, o trabalho critica qualquer postura moralizante do poder Judiciário, para que seja evitada tal circunstância, é fundamental a correta aplicação de interpretação constitucional com base em ônus argumentativo racional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Declaratória de Constitucionalidade 29/DF, Ação Declaratória de Constitucionalidade 30/DF e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.578/DF*, Relator min. Luiz Fux, j. 16-2-2012, P, DJE de 29-6-2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). *Recurso Extraordinário 418.876*, Relator: min. Sepúlveda Pertence, j. 30-3-2004, 1ª T, DJ de 4-6-2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). *Recurso Extraordinário 601.182*, Penal e Processo Penal. Suspensão dos direitos políticos. autoaplicação. consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado. Plenário, Relator: Min. Marco Aurélio, 08 de maio de 2019, voto do redator para o acordão. min. Alexandre de Moraes, j. 8-5-2019, P, DJE de 2-10-2019, Tema 370. **Vide agravo regimentar** em Recurso Mandado de Segurança 22.470 , Relator: min. Celso de Mello, j. 11-6-1996, DJ de 27-9-1996.

ALEXY, Robert. *Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático*. Madrid: Centro de Estudios *Constitucionales*, 1993.

CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*,

Belo Horizonte, ano 17, n. 70, out./dez. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i70.847.

MOUNK, Yacha. *O povo contra a democracia: Porque nossa Liberdade corre perigo e como salvá-la*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SALGADO, Eneida Desirré. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 117, jul./dez. 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. (Org.). São Paulo: Malheiros, 2007.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Sobre a possibilidade de Limitações infraconstitucionais aos direitos fundamentais independente de autorização constitucional expressa. *RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v.2, n.21, jan/jun. 2012.

KIM, Richard Pae. *Separação de poderes e as teorias interna e externa dos direitos fundamentais: direitos sociais e a inaplicabilidade da teoria externa*. ano 5, v.10, 2015. *Revista de Direito Brasileira*. <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%2012.pdf?d=636688172701896480>.