

01/10/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.105 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhor Presidente, egrégio Tribunal Pleno, senhores advogados, ilustre representante do Ministério Público, demais presentes, inicio meu voto enfatizando um aspecto singular da controvérsia jurídica desta ADI que, a meu sentir, coloca novos matizes em sua análise: as disposições ora impugnadas decorrem de *superação legislativa* da interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 47, § 2º, II, da Lei nº 9.504/97, nas ADIs 4.430 e 4.795, ambas de relatoria do eminente Ministro Dias Toffoli. Naquela oportunidade, o Plenário deu interpretação conforme ao indigitado preceito da Lei das Eleições, no afã de salvaguardar aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão.

De fato, poucos meses depois do julgamento, o Congresso Nacional editou a Lei nº 12.875/2013 que, em sentido oposto ao pronunciamento da Corte, subtraiu dessas novas legendas o acesso aos recursos do fundo e ao direito de antena. Eis, portanto, o ponto nevrálgico da questão: *em que medida* essa *reação* do Congresso Nacional, no sentido de *superar* a exegese fixada pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 47, § 2º, inciso II, da Lei das Eleições, se revela legítima à luz da complexa estrutura de divisão funcional entre as instituições (sistema de *checks and counterchecks*) delineada pela Constituição.

A meu sentir, afigura-se pressuposto essencial ao enfrentamento da temática a correta delimitação desse espaço de conformação do legislador para proceder a correções jurisprudenciais, com vistas a, sob a ótica da

rule of law, não vulnerar o conteúdo essencial da Constituição, e, sob a perspectiva *democrática*, não fossilizar o sentido das disposições constitucionais, asfixiando a vontade popular soberana. Ciente dessa singularidade, estabelecerei algumas premissas teóricas que irão guiar todo o restante do meu voto. É o que passo, na sequência, a fazer.

I. BREVES REFLEXÕES ACERCA DOS LIMITES E POSSIBILIDADES DE SUPERAÇÃO LEGISLATIVA DOS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL: A TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

A controvérsia travada nesta ADI suscita algumas reflexões acerca da dinâmica das relações interinstitucionais em um Estado Democrático de Direito, na medida em que questiona a validade jurídico-constitucional de um conjunto de normas que encerram frontal *superação legislativa* à específica interpretação da Constituição conferida pelo Supremo Tribunal Federal.

De fato, não representam qualquer novidade as dificuldades conhecidas e amplamente debatidas pela doutrina constitucional, nacional e estrangeira, acerca da legitimidade democrática da *judicial review* – a clássica *dificuldade contramajoritária* –, que decorre da circunstância de os juízes, não submetidos ao escrutínio das urnas, poderem invalidar as decisões do legislador, ancorando-se, muitas vezes, em disposições constitucionais vagas e abertas, e, em consequência, moldando a Constituição de acordo com suas preferências políticas.

À jurisdição constitucional, nesse cenário, incumbe a tarefa de encontrar o *ponto ótimo de equilíbrio* entre estes dois pilares sobre os quais se erige o Estado Democrático de Direito – democracia e constitucionalismo. A depender da *calibragem* de suas decisões (*i.e.*, atribuindo importância maior a qualquer desses ideais), os tribunais

podem tolher a autonomia pública dos cidadãos, substituindo as escolhas políticas de seus representantes por preferências pessoais de magistrados não responsivos à vontade popular, ou, ao revés, podem as cortes chancelar o advento de um *despotismo das maiorias*, de maneira a comprometer a supremacia e a efetividade da Lei Fundamental.

Se essas particularidades já recomendam alguma dose de cautela no exercício da *judicial review*, **essa prudência é redobrada nas situações em que o objeto da controvérsia decorre de reações legislativas a decisões proferidas pela Corte, sobretudo por impactar diretamente na esfera de liberdade de conformação do legislador.**

Nesse pormenor, o nosso desenho institucional potencializa essas dificuldades: outorga ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de definir a *última palavra* acerca do conteúdo da Carta Política. Deveras, enquanto “*guardião da Constituição*” (CRFB/88, art. 102, *caput*), à Suprema Corte é confiada a faculdade de invalidar, invocando o texto constitucional, qualquer lei ou ato normativo emanado das instâncias políticas majoritárias. Noutros termos, **o Supremo detém a última palavra no âmbito do Estado Democrático de Direito**, máxime porque seus pronunciamentos não se sujeitam – repiso, por um viés formal – a qualquer controle democrático. Em sede doutrinária, o Ministro Gilmar Mendes perfilhou similar entendimento, aduzindo que “(...) *as Cortes Constitucionais estão inegavelmente imunes a qualquer controle democrático. Essas decisões podem anular, sob a invocação de um direito superior que, em parte, apenas é explicitado no processo decisório, a produção de um órgão direta e democraticamente legitimado.*” (MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão dos Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial. In.: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, Celso Bastos Editor, 1998, p. 463).

Aliás, mesmo as hipóteses de manifestação do constituinte reformador (*i.e.*, emendas constitucionais) – ainda que em etapa de

ADI 5105 / DF

deliberação parlamentar (e.g., propostas de emendas constitucionais, a teor do CRFB/88, art. 60, §§ 4º e 5º) – são sindicáveis perante o Tribunal que poderá expungir-las do ordenamento jurídico, circunstância que poderia corroborar, em vez de infirmar, o modelo juriscêntrico de hermenêutica constitucional.

Sucedo que, a despeito desse arranjo, não se pode advogar que o arquétipo constitucional pátrio erigiu um modelo de *supremacia judicial em sentido forte* (ou *material*), de vez que, além de equivocada, sob a ótica *descritiva*, não se afigura desejável, sob o ângulo *prescritivo*.

Por uma vertente *descritiva*, há diversos precedentes de *reversão legislativa* a decisões do Supremo Tribunal Federal, seja por emenda constitucional, seja por lei ordinária, que *per se* desautorizariam a concepção de *última palavra definitiva*. Essa práxis dialógica, além de não ser incomum na realidade interinstitucional brasileira, afigura-se perfeitamente legítima – e, por vezes, desejável –, estimulando prodigioso *ativismo congressual*, desde que, é claro, observados os balizamentos constitucionais.

Para os fins da presente discussão, reputo ser prescindível inventariar todas as hipóteses de *reação legislativa*, de modo que me restringirei a descrever alguns casos mais paradigmáticos, em especial quando a reversão jurisprudencial foi questionada perante o Tribunal. Com isso, será possível extrair a diretriz jurisprudencial utilizada pela Corte para aferir a validade jurídico-constitucional de tais *reversões*.

De início, destaco a edição da EC nº 41/2003 como interessante exemplo de diálogo constitucional. Mantendo disciplina inserta na EC nº 20/1998, a EC nº 41/2003 dispôs expressamente que as *vantagens pessoais* estariam albergadas no cômputo do teto remuneratório, bem como consagrou a autoaplicabilidade do novo teto, em tentativa de superar o entendimento fixado por esta Suprema Corte, que apontava exatamente

ADI 5105 / DF

em sentido oposto. Contudo, nos autos do MS nº 24.875, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, DJ 06/10/2006, o Plenário, por maioria, asseverou que, “[n]ão obstante cuidar-se de vantagem que não substantiva direito adquirido de estatura constitucional, (...), aos impetrantes, porque magistrados, a Constituição assegurou diretamente o direito à irredutibilidade de vencimentos - modalidade qualificada de direito adquirido, oponível às emendas constitucionais mesmas”, motivo por que seria defeso glosar os valores nominais auferidos acima do teto. Assim, a inobservância dos limites encartados no art. 60 do texto constitucional, no entender da Corte, autorizava a invalidação da norma, independentemente de ela encerrar, ou não, *correção legislativa* de entendimento sufragado pela Corte.

Utilizando similar argumentação, a Corte afastou a aplicação imediata da EC nº 52/2006. Sem embargo de a emenda ter estabelecido a plena e imediata autonomia dos partidos políticos de formarem coligações sem vínculos entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, o Tribunal, na ADI nº 3.685, entendeu pela verticalização das coligações partidárias para as eleições gerais de 2006, prestigiando, em consequência, a interpretação fixada pelo Tribunal Superior Eleitoral ao art. 6º da Lei das Eleições, materializada na Resolução nº 21.002/2002 (STF, ADI nº 3.685, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 10/08/2006).

Naquela oportunidade, o Tribunal afastou a vigência imediata da EC nº 52/2006, firme no argumento de que, por ter sido editada há menos de 8 (oito) meses da data do pleito, a norma transgredia a regra da anterioridade eleitoral (CFRB/88, art. 16), enquanto limite material ao poder de reforma, nos termos do art. 60, § 4º, IV.

Outro exemplo de *embate institucional* digno de nota ocorreu com a promulgação da EC nº 57/2008. Referida emenda exsurgiu no contexto em que reconhecida, pelo STF¹, a *inertia deliberadi* do Congresso Nacional

1 STF, ADIs nº 2.240, nº 3.316, nº 3.489, nº 3.689, todas de relatoria do Min. Eros Grau, DJ de 03/08/2007.

ADI 5105 / DF

para promulgar a Lei Complementar, a que se refere o art. 18, § 4º, da CRFB (redação dada pela EC nº 15/96), que deveria disciplinar os critérios de criação dos municípios. Por ocasião do julgamento, acolheu-se a modulação temporal proposta pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, a fim de declarar a inconstitucionalidade da lei estadual com efeitos *pro futuro*, fixando o prazo de 24 (vinte e quatro) meses. Poucas semanas depois, no julgamento da ADI omissão nº 3.680-3, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 06/09/2007, além de cientificar o Parlamento da mora legislativa, o Tribunal fixou o prazo de 18 (dezoito) meses para a edição da Lei Complementar. Contudo, ao invés de colmatar a lacuna legislativa, na esteira do pronunciamento do STF, a solução alvitada pelo Congresso Nacional foi a edição da EC nº 57/2008, a qual, acrescentando o art. 96 ao ADCT, convalidou todos os atos de criação dos municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006. Ao assim agir, o Parlamento quedou-se inerte quanto à definição dos critérios nacionais para a criação e fusão dos municípios, situação que perdura até a presente data.

Nessa mesma toada, a Emenda Constitucional nº 58/2009 também representa hipótese de *correção legislativa*, na medida em que objetivou *superar* a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 197.917/SP, rel. Min. Maurício Corrêa (Caso Mira Estrela) e, posteriormente, na ADI nº 3.345, rel. Min. Celso de Mello. Na espécie, a Corte consignou que deixar ao talante do legislador municipal o estabelecimento dos critérios da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos, previstos no art. 29, IV, equivaleria a esvaziar a regra constitucional de proporcionalidade entre vereadores e número de habitantes. A decisão provocou reações no Congresso Nacional, que, como dito, promulgou a EC nº 58/2009, para alterar o art. 29, IV, da Constituição, e instituir, expressamente, os limites máximos de vereadores de acordo com o número de seus habitantes. Mais ainda, o art. 3º, inciso I, da Emenda, previu a eficácia retroativa das novas regras, de sorte a aplicar tais regras ao pleito de 2008, previsão invalidada, de forma precisa, pelo Plenário da Corte no julgamento da

ADI 5105 / DF

ADI-MC-Ref nº 4.307, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 05/03/2010, por vulnerar as cláusulas superconstitucionais da segurança jurídica e da garantia do pleno exercício da cidadania popular.

Quando veiculada por leis ordinárias, o caso de *superação legislativa* mais rememorado, nomeadamente pelo emprego de alguns fundamentos *antidialógicos*, versa sobre a Lei nº 10.628/2002. Mencionado diploma alterou o art. 84, §§ 1 e 2º, do Código de Processo Penal, a fim de restabelecer o *foro por prerrogativa de função* a ex-detentores de cargos ou mandatos eletivos. À época, a orientação consolidada na Corte era no sentido de que o término do mandato implicaria, conseqüentemente, a perda do foro aos ex-ocupantes de cargos político-eletivos, orientação firmada pelo STF no julgamento da Questão de Ordem no Inquérito nº 687, rel. Sydney Sanchez, DJ de 25/08/1997, e que culminou, como todos sabem, com o cancelamento da Súmula nº 394².

Entretanto, ao apreciar a ADI nº 2.797, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19/12/2006, o Plenário declarou a inconstitucionalidade das inovações trazidas pela Lei nº 10.628/2002, por vício formal, amparando-se nos seguintes fundamentos, *verbis*:

“(...) 1. O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. 2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da

2 Súmula nº 394/STF. Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.

norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames."

Percebe-se, com clareza meridiana, que os fundamentos em que vazada a decisão evidenciam, a mais não poder, a adoção de um *autoritarismo judicial* e um comportamento profundamente *antidialógico*, incompatível com o postulado fundamental da separação de poderes. É óbvio ululante que ao legislador é franqueada a capacidade de interpretação da Constituição, a despeito de decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo.

Todavia, essa postura refratária ao *diálogo institucional* não passou despercebida naquele julgamento. O Ministro Eros Grau, a quem sucedi na Corte, e o Ministro Gilmar Mendes discordaram da argumentação desenvolvida, lançando premissas valiosíssimas a serem trasladadas à espécie. Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes aduziu, precisamente, que o efeito vinculante das decisões de inconstitucionalidade não atinge o legislador, razão por que o espaço de conformação legislativa não pode, em qualquer hipótese, ser considerado "*ato injurioso*" ao Tribunal. Alinhando-se à crítica expendida pelo Min. Eros Grau, asseverou, ainda, Sua Excelência, que o Poder Legislativo é também intérprete autêntico da

ADI 5105 / DF

Constituição, admitindo, expressamente, a possibilidade de, “eventualmente, superar o entendimento anterior ou provocar um novo pronunciamento da Corte via nova proposta”.

Interessante registrar, neste particular, que a tese jurídica desenvolvida naquele julgado não se difundiu em controvérsias subsequentes. Ilustrativamente, na ADI nº 3.772, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, chancelou-se a constitucionalidade da Lei federal nº 11.301/2006, que frontalmente colidia com a jurisprudência remansosa do Tribunal acerca do sentido da expressão “*funções de magistério*”, para fins de cômputo de tempo da aposentadoria especial, nos termos do art. 40, § 5º, da Constituição (ADI nº 3.772, red. para o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 29/10/2009). Em precedentes anteriores (cito por todos, ADI nº 152, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 18/03/1992), o Supremo Tribunal Federal afirmou, encampando interpretação estrita, que a docência caracterizar-se-ia pelo exercício de função em sala de aula, entendimento cristalizado, inclusive, na Súmula nº 726³. A seu turno, em hipótese de reação frontal, o legislador infraconstitucional emprestou exegese ampliativa à categoria “*funções de magistério*”, para efeito de concessão de aposentadoria especial aos professores, de modo a albergar aquelas “*exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas*”, aí incluídas “*as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico*”. Destarte, na ADI nº 3.772, o Tribunal, ao reconhecer a validade da Lei nº 11.301/2006, aquiescera com a possibilidade de correção legislativa de sua jurisprudência, ainda quando veiculada pelo legislador ordinário, em comportamento institucional mais aberto dialógico, em franca oposição ao que decidido na ADI nº 2.797.

De igual modo, a promulgação da Lei Complementar nº 135/2010 também se afigura como exemplo de *correção jurisprudencial*, por pretender superar a orientação iterativa do TSE, e corroborada pelo STF

3 Súmula nº 726/STF. Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora de sala de aula.

ADI 5105 / DF

na ADPF nº 144, no sentido de inadmitir o reconhecimento de inelegibilidade sem que houvesse o trânsito em julgado da decisão. Embora tenha negado vigência à Lei da Ficha Limpa às eleições de 2010, no RE nº 633.703, ante a incidência da regra da anualidade eleitoral (CRFB/88, art. 16), esta Corte reconheceu a compatibilidade material da Lei da Ficha Limpa com os imperativos constitucionais, nas ADCs nº 29 e nº 30, e ADI nº 4.578, o que demonstra a ausência de *supremacia judicial em sentido forte* e a abertura dialógica, por parte da Corte, a *correções legislativas* de sua jurisprudência, mesmo que veiculadas em legislação ordinária.

Da análise dos retromencionados arestos, e da postura institucional adotada pelo Supremo Tribunal Federal em cada um deles, pode-se concluir, sem incorrer em equívocos, que (i) o Tribunal não subtrai *ex ante* a faculdade de *correção legislativa* pelo constituinte reformador ou legislador ordinário, (ii) no caso de *reversão jurisprudencial* via emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá, nas hipóteses estritas, de ultraje aos limites preconizados pelo art. 60, e seus §§, da Constituição, e (iii) no caso de *reversão jurisprudencial* por lei ordinária, excetuadas as situações de ofensa chapada ao texto magno, a Corte tem adotado um comportamento de autorrestrição e de maior deferência às opções políticas do legislador. Destarte, *inexiste, descritivamente*, qualquer *supremacia judicial* nesta acepção mais forte.

Por outro lado, do ponto de vista *prescritivo*, tampouco se afigura *desejável* pugnar pela impossibilidade de *definitividade* da interpretação da Constituição pelo STF. Isso porque endossar compreensão que interdite *tout court* ou dificulte sobremodo a prerrogativa de o legislador proceder, *sponte sua*, a *correções* de jurisprudência da Corte seria extremamente antidemocrático, amesquinhando a própria capacidade da política ordinária de se autocorrigir. É prudente que não se atribua a qualquer órgão, seja do Poder Judiciário, seja do Poder Legislativo, a faculdade de pronunciar, em solução de definitividade, a última palavra sobre o

ADI 5105 / DF

sentido da Constituição. Oportuno registrar que o próprio texto constitucional desafia esse entendimento: em *primeiro lugar*, os efeitos vinculantes das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade não atingem o Poder Legislativo, a teor do art. 102, § 2º, e art. 103-A, de modo que é perfeitamente possível a edição de emendas constitucionais ou leis ordinárias acerca do assunto objeto do pronunciamento judicial. Ademais, e *em segundo lugar*, o dever de fundamentação das decisões judiciais, *ex vi* do art. 93, IX, da Constituição, impõe que o Supremo Tribunal Federal, mesmo nas hipóteses de *correção legislativa de sua jurisprudência*, enfrente a controvérsia à luz dos (novos) argumentos expendidos pelo legislador para reverter o precedente. O ponto foi destacado, com maestria, pelos Professores Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

“(…) não é salutar atribuir a um único órgão qualquer a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. (...). É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição – nem do Judiciário, nem do Legislativo – o “*direito de errar por último*”, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, com base na ideia de diálogo, em lugar da visão tradicional, que concede a última palavra nessa área ao STF.

(...)

As decisões do STF em matéria constitucional são insuscetíveis de invalidação pelas instâncias políticas. Isso, porém, não impede que seja editada uma nova lei, com conteúdo similar àquela que foi declarada inconstitucional. Essa posição pode ser derivada do próprio texto constitucional, que não estendeu ao Poder Legislativo os efeitos vinculantes das decisões proferidas pelo STF no controle de constitucionalidade (art. 102, § 2º, e art. 103-A, da Constituição). Se o fato ocorrer, é muito provável que a nova lei seja também declarada inconstitucional. Mas o resultado pode ser diferente. O STF pode e deve refletir sobre os argumentos adicionais fornecidos

pelo Parlamento ou debatidos pela opinião pública para dar suporte ao novo ato normativo, e não ignorá-los, tomando a nova medida legislativa como afronta à sua autoridade. Nesse ínterim, além da possibilidade de alteração de posicionamento de alguns ministros, pode haver também a mudança na composição da Corte, com reflexões no resultado do julgamento.”

(SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional*. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 402-405).

Mais: desconsiderar que as demais instituições, em geral, e o Poder Legislativo, em particular, sejam intérpretes autorizados da Lei Fundamental pode propiciar certa acomodação ou desinteresse nos demais atores em interpretar a Constituição, afastando a gramática constitucional de outros fóruns de discussão, que não as Cortes. Ademais, a perspectiva *juriscêntrica* de hermenêutica constitucional também estimula comportamentos irresponsáveis na conformação da Constituição pelos legisladores, naquilo que o Professor da Universidade de Harvard Mark Tushnet, em sua obra *Weak Courts, strong rights*, intitulou de *desobediência antecipada* (*anticipatory disobedience*). Para Tushnet, os legisladores, em um modelo de supremacia judicial [em sentido forte], cientes de que o ônus para aferir a validade de seus atos recairá necessariamente sobre a Suprema Corte, se veem incentivados a editar normas flagrantemente inconstitucionais como estratégia política, postura que não ocorreria, na visão do ilustre Professor, nas hipóteses em que eles tenham completa responsabilidade de seus atos, como nas “*questões políticas*” (TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights – judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008, p. 101). A despeito de normativamente propugnar por mecanismos mais brandos de controle judicial, o que, antecipo, não se está a defender, penso que as ponderações suscitadas pelo Professor Mark Tushnet se encaixam perfeitamente à espécie.

ADI 5105 / DF

De igual modo, a própria concepção de limitação do poder, ínsita ao sistema de freios e contrapesos, milita em favor de uma pluralização dos intérpretes, e não de um monopólio, do sentido da Constituição, concretizando a ideia de “*sociedade aberta aos intérpretes da constituição*”. Segundo o Peter Häberle, artífice da tese, “*no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado **numerus clausus** de intérpretes da Constituição. (...) quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por cointerpretá-la.*” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13). A interpretação e a concretização da Constituição, seguindo essa premissa, não podem ficar adstritas às Cortes, mas, em especial, devem ser realizadas por meio de interações e diálogos entre os diversos atores da sociedade. Se se caminha no sentido de pluralizar a interpretação constitucional, de modo a compreender a Carta da República como um Estatuto Fundamental da comunidade política, seria um retrocesso pintar em fortes tintas a concepção *juriscêntrica* nesta seara. No mesmo sentido, em lição direcionada ao sistema constitucional norte-americano, mas aplicável ao direito pátrio, Louis Fisher preleciona que

“*Judicial review* se ajusta ao nosso sistema constitucional porque gostamos de fragmentar o poder. Sentimo-nos mais seguros com *checks and balances*, mesmo quando uma Corte não eleita diz a um legislador eleito ou a um Presidente eleito que eles têm se excedido. Essa mesma preferência por poder fragmentado nega à Suprema Corte a autoridade final e a última palavra para decidir questões constitucionais. Nós não aceitamos a concentração de poder legislativo no Congresso ou de poder executivo no Presidente. Pela mesma razão, não podemos permitir que o poder judicial e a interpretação constitucional residam exclusivamente nas cortes. Nós rejeitamos supremacia em todos os três poderes em razão do

ADI 5105 / DF

valor superior da liberdade, do discurso, da democracia e do governo limitado.”

(FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues*. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 279)

Esse conjunto de críticas à defesa normativa de uma supremacia judicial foi sistematizado, com precisão invulgar, pelo Professor Rodrigo Brandão, em rico e substancioso estudo a respeito da temática, cujo escólio transcrevo, *in verbis*:

“(…) Com efeito, o emprego de justificativa genérica para afirmar a definitividade do que se quer que o STF tenha decidido promove absoluta legitimação *ex ante* de suas decisões, a qual se afigura incompatível com a exigência de justificação da compatibilidade das suas decisões com a Constituição de 1988, que é corolário do dever de fundamentação das decisões tomadas pelas autoridades públicas em uma democracia deliberativa, e, em particular, pelos juízes (art. 93, inc. IX, da CF/1988).

Ademais, caso haja grande dificuldade de reversão das decisões de qualquer instituição política o sistema democrático perde, em boa medida, a sua capacidade de autocorreção, cristalizando decisões equivocadas, ou que, embora certas no momento de sua prolação, tornam-se com o tempo obsoletas ou geram consequências não antecipadas. Sobretudo se tal decisão “definitiva” for da lavra do órgão não sujeito a processos periódicos de aprovação popular, há o risco de ela, ao invés de promover a estabilidade social, estimular a polarização de disputas políticas.

Por outro lado, a difusão do entendimento de que a última palavra na interpretação constitucional é do Judiciário gera um desengajamento dos demais “poderes” e atores privados no processo de interpretação constitucional. Tal perspectiva juriscêntrica, somada à supremacia judicial em sentido material – segundo a qual a interpretação constitucional da Suprema Corte é extremamente difícil de ser revertida – causa problemas

de responsividade popular, sobretudo em um contexto de sensível judicialização da política. Explica-se: se virtualmente todas as questões políticas relevantes são judicializadas, a enorme dificuldade da superação das decisões da Suprema Corte torna o órgão de cúpula do Judiciário uma instituição ‘desviante’ em um sistema democrático, pois irá dirimir um grande número de questões politicamente relevantes em relação às quais o povo não terá mecanismo efetivo de correção.”

(BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 279).

Destarte, a interpretação do sentido e do alcance das disposições constitucionais não pode ser vista como apanágio exclusivo do Supremo Tribunal Federal, em uma leitura anacrônica e arrogante do princípio da separação de poderes. Ao revés, a interpretação constitucional passa por um processo de construção coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes *players* contribui com suas capacidades específicas no *embate dialógico*, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional, sem se arvorar como intérprete único e exclusivo da Carta da República e no aperfeiçoamento das instituições democráticas.

Tal entendimento encontra eco no magistério da jurista canadense Christine Bateup, segundo a qual “(...) *esta compreensão de diálogo é também defendida como um meio normativamente desejável para a leitura constitucional ser desenvolvida com o passar do tempo, tanto porque o sistema constitucional americano demonstra uma clara preferência pela limitação de poder, bem como porque este ‘intercâmbio mais intenso’ entre atores iguais resulta em maior interpretação da Constituição ‘vibrante e durável’.*” (tradução livre do original: “(...) *this understanding of dialogue is also supported as a normatively desirable way for constitutional meaning to be developed over time, both because the American constitutional system demonstrates a clear preference for*

ADI 5105 / DF

fragmented power, and because such “vigorous interchange” between equal actors results in more “vibrant and durable” interpretation of the Constitution.”. BATEUP. Christine. The Dialogic Promise. Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. Brooklyn Law Review. Vol. 71 (3), 2006, p. 36). No mesmo sentido, Larry Kramer vaticina

“Existe, não obstante, um mundo de diferença entre ter a última palavra e ter a única palavra: entre supremacia judicial e soberania judicial.” (...) daí não segue que a Corte deva exercer sua autoridade sobre toda e qualquer questão ou que, quando o faça, a Corte possa repudiar ou muito rapidamente suplantar os pontos de vista dos outros, ainda mais de instituições democráticas”. [tradução livre do original: “*There is, nevertheless, a world of difference between having the last word and having the only word: between judicial supremacy and judicial sovereignty. We may choose to accept judicial supremacy, because we need someone to settle certain constitutional questions and, for a variety of historical and jurisprudential reasons, the Supreme Court seems like our best option. But it does not follow either that the Court must wield its authority over every question or that, when it does, the Court can dismiss or too quickly supplant the views of other, more democratic institutions.*”]

(KRAMER, Larry D. We the Court. *Harvard Law Review*, Vol. 115 (1), 2001, p. 13)

É precisamente sob as lentes desse hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais que a Corte Constitucional deve examinar a presente discussão. Deveras, os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, como não poderiam deixar de ser, vinculam as partes do processo e finalizam uma *rodada procedimental*, mas não encerram, *em definitivo*, a controvérsia constitucional em sentido amplo.

Na verdade, a interpretação dada pela Corte fornece o *input* para que sejam reiniciadas as rodadas de debates entre as instituições e os demais atores da sociedade civil, razão por que deve ser compreendida

ADI 5105 / DF

como *última palavra provisória*. Insta ressaltar que a opção por reconhecer que dinâmica interinstitucional se funda em premissa dialógica e plural de interpretação da Constituição, e não de monopólio e arrogância, afasta qualquer leitura romântica e idealizada das instituições, evitando, bem por isso, o indesejado *fetichismo institucional*, já denunciado por Roberto Mangabeira Unger (MANGABEIRA UNGER, Roberto. *Democracy realized: the Progressive Alternative*. New York: Verso, 1998, p. 25).

Ao assim proceder, este Supremo Tribunal Federal agirá como um “*catalisador deliberativo*”, promovendo a interação e o diálogo institucional, de modo a maximizar a qualidade democrática na obtenção dos melhores resultados em termos de apreensão do significado constitucional (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 214).

À luz dessas premissas, forçoso reconhecer que, *prima facie*, o legislador pode, por emenda constitucional ou lei ordinária, *superar* a jurisprudência, reclamando, a depender do instrumento normativo que veicular a *reversão*, posturas distintas do Supremo Tribunal Federal. Se veiculada por emenda, há a alteração formal do texto constitucional, modificando, bem por isso, o próprio parâmetro que amparava a jurisprudência do Tribunal. Não bastasse, o fundamento de validade último das normas infraconstitucionais também passa a ser outro. Nessas situações, como dito, a invalidade da emenda somente poderá ocorrer, assim, nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da Constituição (*i.e.*, limites formais, circunstanciais e materiais), endossando, em particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais.

Se, porém, introduzida por legislação ordinária, a lei que frontalmente colidir com a jurisprudência da Corte nasce, a meu sentir, com *presunção de inconstitucionalidade*, de sorte que caberá ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a *correção* do precedente se afigura legítima. Ademais, deve o Congresso Nacional lançar novos

fundamentos a comprovar que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial superado não mais subsistem. Não se trata em si de um problema, visto que, ao assim agir, o Congresso Nacional promoverá verdadeira hipótese de *mutação constitucional pela via legislativa*, que se caracteriza, de acordo com o escólio do Professor e hoje Ministro Luís Roberto Barroso, “*quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional.*” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 167).

Em outras palavras, **a novel legislação que frontalmente colida com a jurisprudência (leis *in your face*) se submete, a meu juízo, a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso**, pelo simples fato de já existir um pronunciamento da Suprema Corte. Assentados os *standards* de atuação da Corte, passo ao exame da questão de fundo.

II. A INCONSTITUCIONALIDADE DA REAÇÃO LEGISLATIVA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO IDÔNEA A AMPARAR A REVERSÃO JURISPRUDENCIAL. NECESSIDADE DE POSTURA PARTICULARISTA DA SUPREMA CORTE NA DEFESA DOS PRESSUPOSTOS DEMOCRÁTICOS

Ao editar a Lei nº 12.875/2013, o Congresso Nacional, como dito, procurou *superar* o precedente fixado pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs nº 4.430 e 4.795, rel. Min. Dias Toffoli. Todavia, a análise da justificação do PL nº 4.470/2012 revela a inaptidão dos fundamentos ali expendidos para legitimar a *reversão* da interpretação fixada pelo Tribunal.

De fato, a Lei nº 12.875/2013 resulta do PL nº 4.470/2012, originado na Câmara, apresentado pelo Deputado Federal Edinho Araújo

ADI 5105 / DF

(PMDB/SP), e que tramitou no Senado como PLS nº 14/2013. Na justificação do PL nº 4.470, o parlamentar, após discorrer sobre aspectos genéricos do regime jurídico dos partidos políticos, pontuou que as regras que disciplinam a distribuição do direito de antena e o acesso ao fundo partidário (Lei nº 9.504/97: art. 47, I, II e §3º) não alcançariam as agremiações criadas no curso da legislatura. Reproduzo, abaixo, excerto que interessa ao caso:

“(...) referidas normas efetivamente não alcançam os casos de migrações partidárias (ainda que por justa causa) que possam ocorrer durante a legislatura e que, assim, afetam a previsibilidade institucional da distribuição do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão, causando, com efeito, insegurança jurídica tanto para os partidos políticos existentes, como para aqueles que vierem a existir (novos ou decorrentes de fusão ou incorporação). Aos primeiros, porque mergulham numa batalha entre si; aos segundos, porque não têm certeza do direito em questão e porque submetidos à mesma batalha.

A forma de imprimir segurança institucional e jurídica é regular legal e pontualmente a questão, ou seja, a migração partidária que ocorrer durante a legislatura, em qualquer hipótese, não importará na transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão. O emigrante, seja qual for seu motivo, não levará consigo os recursos do fundo nem o horário eleitoral. Com efeito, valorizam-se os partidos e evitam-se distorções e casuísmos.

Mediante a regulamentação da matéria, conforme prevê a Constituição (“*Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei*” – CF/88, art. 17, § 3º), ter-se-á a perenidade do partido enquanto instrumento do pluralismo político, permitindo, com segurança, exercer os seus preceitos e fruir do seu resultado das eleições.

O mandamento constitucional, segundo o qual os partidos

ADI 5105 / DF

políticos têm direito aos recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, estará garantido na distribuição dos 5% (cinco por cento) do fundo partidário, em partes iguais, a **todos** os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, bem na distribuição igualitária, entre **todos** os partidos e coligações, do 1/3 (um terço) do horário reservado à propaganda de cada eleição. Quanto ao migrante, nada lhe será tolhido, eis que assegurada sua prerrogativa do pleno exercício parlamentar.” (grifos no original).

Da leitura da justificção, extraem-se 5 (cinco) fundamentos para legitimar o PL nº 4.470/2012: (i) as migrações que ocorrem durante a legislatura vulneram a previsibilidade institucional na distribuição dos recursos dos fundos partidários e do horário de propaganda, em consequência, (ii) essas alterações gerariam um cenário de insegurança jurídica, (iii) a medida legislativa visa a valorizar os partidos políticos, de modo a evitar disfunções no sistema partidário, (iv) perenidade do partido enquanto instrumento do pluralismo político, e, por fim, (v) o art. 17, § 3º, da Constituição restaria observado com a distribuição equitativa dos 5% dos recursos do fundo partidário e do 1/3 do horário de propaganda eleitoral.

No que respeita ao PLS nº 14/2013, o parecer da lavra do Senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB/SP) também não enfrenta os fundamentos das ADIs, limitando-se a afirmar que “[o PLS] está perfeitamente amparado, especialmente no § 3º do art. 17, da Constituição Federal.”. E prossegue o Senador, enfatizando a teleologia subjacente à proposição: “O que esse projeto se pretende é evitar que as migrações ocorridas no decorrer de uma legislatura possam alterar a distribuição, seja da quota do fundo partidário, seja do tempo de rádio e televisão, para preservar o resultado das urnas. O acesso dos partidos a esses recursos públicos será dependente, única e exclusivamente, da vontade do eleitor, que confere aos diferentes partidos políticos o tamanho de suas bancadas que os representam na Câmara dos Deputados. As migrações que

ADI 5105 / DF

ocorrerem entre uma eleição e outra não afetam essa distribuição. Basicamente, prestigia-se o princípio do voto popular na determinação da força de cada partido no Congresso Nacional.”.

Todos esses argumentos não são capazes de infirmar, a meu sentir, a tese jurídica fixada nas ADIs nº 4.430 e 4.795. Naquela assentada, o Tribunal asseverou que o art. 17 da Constituição, que consagra o direito político fundamental da liberdade de criação de partidos, tutela, igualmente, as agremiações que tenham representação no Congresso Nacional, sendo irrelevante perquirir se essa representatividade resulta, ou não, da criação de nova legenda no curso da legislatura. Confirma-se a bem alentada argumentação do Ministro Dias Toffoli, em seu voto:

“Além das razões acima, para chegar à conclusão do meu voto, tomo ainda por base, em resumo, os seguintes preceitos:

A) a liberdade de criação de partidos políticos (art. 17, CF/88);

B) a paridade constitucional entre as hipóteses de criação, fusão e incorporação de partidos políticos;

C) a inviabilidade de aplicação do critério do desempenho eleitoral para os casos de criação de novas legendas partidárias;

D) a distinção entre a hipótese de migração direta de deputados federais para partido político novo (criação, fusão e incorporação de partido político) e a hipótese de migração para legenda que já participou de eleições anteriores (justa causa sem perda de mandato).

Como salienta a sempre clássica lição de Giovanni Sartori, o pluralismo político “indica uma diversificação do poder e, mais precisamente, a existência de uma pluralidade de grupos que são ao mesmo tempo independentes e não-inclusivos” (*Partidos e sistema partidários*. Ed. Brasileira. Rio de Janeiro: Zahar; Brasília: Universidade de Brasília, 1982. p. 34).

Na atualidade, são os partidos políticos os principais entes pluralistas. Consectárias diretas do pluralismo, as agremiações partidárias constituem fundamento próprio da República

Federativa do Brasil, conforme inscrito no art. 1º, V, da Lei Fundamental.

Mereceram, por isso, na Constituição de 1988, atenção e disciplina especial, tendo-se destacado sua relevância no processo eleitoral, estabelecendo-se, inclusive, como condição de elegibilidade a filiação partidária (CF, art. 17).

A Carta da República consagra, ademais, logo na cabeça do art. 17 da Carta Maior, a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, limitada essa liberdade à necessidade de resguardar os valores da soberania popular, do regime democrático, do pluripartidarismo e dos direitos fundamentais da pessoa humana. **Vide:**

“Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I - caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.” Tal inovação não passou despercebida nos debates da Assembleia Nacional Constituinte. Nas palavras do Deputado Francisco Rossi:

‘Por oportuno, lembramos, nossa proposta contempla a possibilidade da livre criação de partidos. Essa medida, fundamental na construção de uma sociedade democrática e pluralista, harmoniza-se, de forma incontestável, com a criação dos distritos e, nestes, com o voto majoritário e proporcional, elementos essenciais para a ativação do processo de criação de agremiações partidárias.’

(...)

Se o processo eleitoral deve representar o instrumento mediante o qual as diversas e variáveis alternativas políticas,

sociais e econômicas são apresentadas ao conjunto de eleitores, que apontarão suas preferências com o exercício do sufrágio, são os partidos políticos, nesse contexto, que viabilizam o aporte de ideias plurais.

Como salienta Fávila Ribeiro, o partido político, em consonância com o postulado do pluralismo político,

“[c]orresponde antes de tudo a uma exigência da democratização do poder político de modo a que se possa refletir a pluralidade de opiniões no ambiente da sociedade, tornando possível o pacífico revezamento das investiduras governamentais aplicando o método da determinação aritmética das tendências majoritárias” (op. cit. p. 222).

Daí a relevância do pluripartidarismo e do estímulo constitucional à formação e ao desenvolvimento das agremiações partidárias como sujeitos do processo eleitoral.

Por outro lado, como já apontava Maurice Duverger, primeiro autor a estudar as influências dos sistemas eleitorais no processo político, é própria da representação proporcional a capacidade de multiplicar o número de partidos, favorecendo a criação de novos e a cisão dos existentes (*Os Partidos Políticos*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970).

Extraio, portanto, **do princípio da liberdade de criação e transformação de partidos**, contido no **caput** do art. 17 da Constituição da República, o fundamento constitucional para reputar como legítimo o entendimento de que, **na hipótese de criação de um novo partido, a novel legenda, para fins de acesso proporcional ao rádio e à televisão, leva consigo a representatividade dos deputados federais que para ela migraram diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos.**

Destaque-se que não se está a falar apenas em liberdade abstrata de criação, no sentido formal de não se estabelecerem obstáculos a sua formação, mas, especialmente, no seu sentido material de viabilizar a permanência e o desenvolvimento dessas novas agremiações. (grifos no original)

Não bastasse, também consta do voto de Sua Excelência, com precisão invulgar, que erigir a *criação* de novos partidos como hipótese caracterizadora de *justa causa* para as migrações partidárias, somada ao direito constitucional de livre criação de novas legendas, impõe a conclusão inescapável de que é defeso privar as prerrogativas inerentes à representatividade política do parlamentar:

“Com efeito, impedir que o parlamentar fundador de novo partido leve consigo sua representatividade, para fins de divisão do tempo de TV e rádio, esbarra, exatamente, no princípio da livre criação de partidos políticos, pois atribui, em última análise, um **desvalor ao mandato do parlamentar que migrou para o novo partido, retirando-lhe parte das prerrogativas de sua representatividade política**. Restaria, em evidência, desestimulada a criação de novos partidos, **em especial por parte daqueles que já ocupam mandato na Câmara Federal**.

Ressalte-se, ademais, que a liberdade de criação de agremiações foi prevista, constitucionalmente, ao lado da liberdade de fusão, de incorporação e de extinção de partidos. Recebeu, portanto, o mesmo patamar constitucional dos direitos de fusão e incorporação, cabendo à lei, e também ao seu intérprete, preservar essa equiparação do sistema constitucional.

Sendo assim, diante da explicitação operada pelo § 4º do art. 47 da Lei das Eleições de que “*o número de representantes de partido que tenha resultado de fusão ou a que se tenha incorporado outro corresponderá à soma dos representantes que os partidos de origem possuíam na data mencionada no parágrafo anterior*”, deve-se aplicar entendimento semelhante em relação à hipótese de criação de novo partido, de forma **a preservar a paridade constitucional entre as hipóteses de criação, fusão e incorporação de partidos políticos**.

(...)

(...), esta Suprema Corte, confirmando o posicionamento do Tribunal Superior Eleitoral na Consulta nº 1.398/DF, de

27/3/07, e alterando o entendimento consolidado no MS nº 20.927, de 1989, consagrou o **princípio constitucional da fidelidade partidária**, entendendo que a troca de partido por parlamentar eleito por dada agremiação enseja a essa o direito de reaver o mandato perdido, em face da caracterização da infidelidade partidária, de forma que as modificações de legendas resultam, em consequência, na perda do mandato. (MS nº 26.602/DF, Rel. Min. Eros Grau; MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MS nº 26.604/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia ; MS nº 26.890/DF, Rel. Min. Celso de Mello).

Por outro lado, foram fixadas justas causas aptas a legitimarem a mudança de legenda e, **dentre essas causas, sobressaem, exatamente, o nascimento de novo partido político legalmente constituído no Estado pluripartidário brasileiro e a fusão ou a incorporação de partidos.**

(...)

Com efeito, se o parlamentar resolve participar da criação de nova legenda ou migrar para novo partido, tudo com a chancela deste Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, e em consonância com o pluralismo político e a liberdade de criação de partidos, não há que se falar em **infidelidade partidária**.

Prestigiando a Constituição da República, o pluralismo político e o nascimento de novas legendas, não é consonante com o espírito constitucional retirar dos parlamentares que participarem da criação de novel partido a representatividade de seus mandatos e as benesses políticas que deles decorrem. Fazer isso seria o mesmo que dizer que **os parlamentares que migram para uma nova legenda mantêm o mandato mas não mais carregam, durante toda a legislatura seguinte, a representatividade que lhes conferiram seus eleitores.**

Desse modo, não há “autêntica” liberdade de criação de partidos políticos se não se admite que os fundadores de uma nova agremiação que detenham mandato parlamentar possam contar com sua representatividade para a divisão do tempo de propaganda. Permitir que isso ocorra significa desigualar esses

parlamentares de seus pares.

Cumpra observar, ademais, que a Lei das Eleições fins de verificação da representação do partido (art. 47, § 3º, da Lei 9.504/97), não considerou a hipótese de criação de nova legenda. Essa limitação somente faz sentido quando aplicada aos partidos políticos que já tenham participado de eleição e não tenham logrado eleger representantes na Câmara dos Deputados. Situação bastante distinta é a daqueles partidos políticos criados após finda a eleição e que, por óbvio, dela não participaram.

(...)

O resultado de eleição anterior não pode ter o efeito de afastar, para pleito eleitoral diverso, a representatividade adquirida por partido novo, que, evidentemente, não tomou parte do referido pleito. Aqui o que deve prevalecer não é o desempenho do partido nas eleições (critério inaplicável aos novos partidos), mas, sim, a representatividade política conferida aos parlamentares que deixaram seus partidos de origem para se filiarem ao novo partido político, recém criado.

(...)

Se por um lado, a legenda ainda não participou da eleição, afastar a aplicação do inciso II do § 2º do art. 47 da Lei 9.504/97 seria conferir ao partido novo, que já nasce e conta com parlamentares, o mesmo tratamento conferido aos partidos já rejeitados pelo voto popular e que, por isso, não contam com representação na Câmara Federal. Situações que, no meu sentir, não se equiparam.

(...)

(...) não faz a Lei Maior distinção em relação ao momento em que é auferida a representação pela agremiação partidária, se resultante da eleição ou de momento posterior. A Carta Maior exige a representação, mas não faz nenhum tipo de restrição em relação ao momento em que o partido a adquire. Sendo assim, não poderia fazê-lo o legislador ordinário nos casos de criação, fusão e incorporação, haja vista o princípio da liberdade de criação e transformação dos partidos políticos

contido no caput do art. 17 da Constituição Federal.

(...)

Não há razão, portanto, para conferir às hipóteses de criação de nova legenda tratamento diverso daquele conferido aos casos de fusão, já que ambas as possibilidades detêm o mesmo patamar constitucional (art. 17, caput, CF/88), cabendo à lei, e também ao seu intérprete, preservar o sistema.

(...)

Por todas essas razões, reputo constitucional a interpretação que reconhece aos partidos criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados o direito à devida proporcionalidade na divisão do tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão prevista no inciso II do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/97, devendo-se considerar, para tanto, a representação dos deputados federais que, embora eleitos por outros partidos, migrarem direta e legitimamente para a novel legenda na sua criação.

Essa interpretação prestigia, por um lado, a liberdade constitucional de criação de partidos (art. 17, caput, CF/88) e, por outro, a representatividade do partido que já nasce com representantes parlamentares, tudo em consonância com o sistema de representação proporcional brasileiro.” (todos os grifos no original)

Na espécie, a justificação do projeto de lei se limitou a afirmar, em termos genéricos, que a regulamentação da matéria, excluindo dos partidos criados o direito de antena e o fundo partidário, fortaleceria as agremiações partidárias, sem enfrentar os densos fundamentos aduzidos pelo voto do relator, e corroborado pelo Plenário.

Consoante afirmado, não se afigura legítima a edição de leis ordinárias que colidam frontalmente com a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal (leis *in your face*), sem que o legislador se desincumba do ônus de trazer aos autos novos argumentos, bem como de demonstrar o desacerto do posicionamento da Corte em razão de

ADI 5105 / DF

mudanças fáticas ou axiológicas, tomando como parâmetro, por óbvio, a mesma norma constitucional. Na lição irretocável de Rodrigo Brandão:

“Já no caso de o Congresso Nacional ter aprovado lei ordinária superadora de interpretação constitucional do STF, competirá ao primeiro trazer novas razões que convençam o STF do equívoco da sua orientação anterior ou da sua inadequação a um novo contexto fático, à luz do mesmo texto constitucional. A bem da verdade, *lei contrária à jurisprudência constitucional do STF nasce com presunção relativa de inconstitucionalidade*, já que o ônus de demonstrar, argumentativamente, que tal com norma constitui a melhor forma de concretizar a Constituição pesa sobre os ombros do legislador, por ela conflitar com o entendimento atual da Suprema Corte, a quem compete, segundo a Constituição de 1988, atuar como Guardiã da Constituição, e apresenta, a princípio, maior capacidade institucional para fazê-lo com independência da política partidária. Somente na hipótese de o STF se convencer da pertinência dos novos argumentos trazidos pelo legislador haverá mutação constitucional por iniciativa do legislador, implementando-se a alteração informal da Constituição.”.

(BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 279).

In casu, a situação de inconstitucionalidade se agrava porquanto a decisão se ancorou em sólida construção argumentativa calcada em cláusulas pétreas (e.g., pluralismo político, liberdade de criação de partidos políticos, tutela das minorias partidárias etc.). Ora, se o exame de validade da lei superadora se submete, *prima facie*, a escrutínio severo e estrito de constitucionalidade, de forma a exigir do legislador a demonstração de inadequação do precedente à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas, este ônus é imposto, *a fortiori*, nas hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal assenta a inconstitucionalidade com espeque

ADI 5105 / DF

em cláusulas pétreas.

Referida conclusão em nada contradiz as premissas anteriormente lançadas em meu voto, mas, antes, as confirma. Reitera-se ser possível, em tese, que o legislador ordinário, enquanto não atingido pelos efeitos vinculantes, proceda a *correções jurisprudenciais*, mas, precisamente porque em oposição ao posicionamento da Corte, nasce com *presunção relativa de inconstitucionalidade*, característica que se reforça se a orientação fixada amparar-se nos limites materiais do art. 60, § 4º, IV, da Lei Fundamental. Em erudito estudo sobre os diálogos institucionais no Direito Tributário, com densa e profunda análise das correções legislativas jurisprudenciais no direito comparado e nacional, o jurista Gustavo Gama Vital de Oliveira, perfilhando o mesmo entendimento ao aqui esposado, salienta:

“(...) fato de a CRFB/1988 não estender ao Poder Legislativo o efeito vinculante das decisões proferidas nas ações de controle concentrado e na hipótese da súmula vinculante (art. 102, § 2º e art. 103-A) não pode conduzir o legislador a utilizar de forma abusiva a prerrogativa de editar leis infraconstitucionais que busquem modificar a interpretação constitucional do STF. Tal prerrogativa deve ser exercida apenas em determinadas situações especiais.

Os aportes da doutrina do diálogo constitucional podem conduzir à conclusão de que, em determinadas circunstâncias específicas, o legislador poderia superar com êxito, por meio de lei infraconstitucional, a maneira como o tema foi definido pela jurisprudência constitucional, sem a necessidade de alteração do texto por meio de emenda constitucional.”

(OLIVEIRA, Gustavo Gama Vital de. *Direito Tributário e Diálogo Constitucional*. Niterói: Impetus, 2013, p. 138)

Por tais razões, a inconstitucionalidade chapada da nova legislação é autoevidente. Há mais, porém.

ADI 5105 / DF

Além dos argumentos até aqui aduzidos, acredito que o reconhecimento da invalidade jurídico-constitucional das normas inseridas na Lei nº 12.875/2013 se impõe como forma de salvaguardar as condições de funcionamento das instituições democráticas. Justamente por isso, a restrição imposta pela lei às novas legendas criadas no curso da legislatura justifica a adoção de uma postura mais incisiva da Suprema Corte: cuida-se de exemplo acadêmico de hipótese em que *os donos da bola* procuram inviabilizar os canais de acesso e de participação *daqueles* que estão *fora* do jogo democrático.

Em tais cenários, diagnosticado o inadequado funcionamento das instituições, é dever da Corte Constitucional otimizar e aperfeiçoar o processo democrático, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias. É esse o valioso escólio de John Hart Ely, em clássica obra da teoria constitucional *Democracy and Distrust*,

“A abordagem ao controle de constitucionalidade que se sustenta aqui é similar àquilo que pode ser rotulado de sistema ‘antitruste’ no campo econômico, em oposição ao sistema dito ‘regulatório’ – em vez de ditar resultados substanciais, o modelo ‘antitruste’ apenas intervém quando o ‘mercado’, no nosso caso o mercado político, não está funcionando bem. (...) Nosso governo não pode ser considerado em mau funcionamento simplesmente porque gera, em alguns casos, resultados com o quais discordamos, qualquer que seja a intensidade dessa discordância (...). Em uma democracia representativa, determinações valorativas devem ser feitas por nossos representantes eleitos e, se a maioria de nós desaprovar, podemos tirá-los do poder nas próximas eleições. O mau funcionamento ocorre quando o processo não merece confiança, quando (1) os de dentro estão bloqueando os canais de

mudança política de modo a assegurar que continuarão no poder e que os de fora continuarão aliados, ou (2) quando, embora ninguém seja, a rigor, excluído do processo, os representantes vinculados às maiorias estejam sistematicamente prejudicando alguma minoria por conta de simples hostilidade ou recusa preconceituosa do reconhecimento de interesses comuns, e, assim, negam àquela minoria a mesma proteção assegurada a outros grupos pelo sistema representativo. (tradução livre) [Do original: “*The approach to constitutional adjudication recommended here is akin to what might be called an ‘antitrust’ as opposed to a ‘regulatory’ orientation to economic affairs – rather than dictate substantive results it intervenes only when the ‘market’, in our case the political market, is systemically malfunctioning. (...) Our government cannot fairly be said to be ‘malfunctioning’ simply” because it sometimes generates outcomes with which we disagree, however strongly (...). In a representative democracy value determination are to be made by our elected representatives, and if in fact most of us disapprove we can vote them out of office. Malfunction occurs when the process is undeserving of trust, when (1) the ins are choking off the channels of political change to ensure that they will stay in and the outs will stay out, or (2) though no one is actually denied a voice or a vote, representative beholden to an effective majority are systematically disadvantaging some minority out of simply hostility or a prejudiced refusal to recognize commonalities of interest, and thereby denying that minority the protection afforded other groups by representative system”]*

(ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Harvard University Press, 1980, p. 102-03)

Sem dúvidas, a discussão acerca dos critérios de distribuição dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral encerram importantes ferramentas de viabilização e desenvolvimento dessa engenharia democrática, impactando decisivamente no prélio eleitoral. Não se objeta que, com a imposição de severas limitações ao fundo partidário e ao direito de antena, as novas agremiações serão

ADI 5105 / DF

alijadas, no curto prazo, do processo político grupos minoritários. E, na medida em que visa a proteger as condições de funcionamento democrático, a atuação mais incisiva do Supremo Tribunal Federal não amesquinha, mas antes fortalece a empreitada democrática. Colho-me, aqui, mais uma vez, os valiosos ensinamentos dos Professores Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, *verbis*:

“O Poder Judiciário deve atuar de maneira mais ativa para proteger as condições de funcionamento da democracia, que podem ser ameaçadas pelos grupos detentores do poder político. Há direitos e institutos que são diretamente relacionados com o funcionamento da democracia, como os direitos políticos, a liberdade de expressão, o direito de acesso à informação e as prerrogativas da oposição. As restrições a esses direitos, bem como as tentativas dos grupos hegemônicos de alterar as regras do jogo político em favor dos próprios interesses, devem merecer um escrutínio estrito do Poder Judiciário. Aqui, o ativismo não opera contra a democracia, mas a seu favor, assegurando os pressupostos mínimos necessários ao seu funcionamento.”

(SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In.: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 103-104)

Oportuno registrar que o Min. Gilmar Mendes manifestou similar preocupação, no julgamento do MS nº 32.033, que impugnava a tramitação do PL nº 4.470/2012, aprovado na Câmara, e o PLS nº 14/2013, que se encontrava em regime de urgência no Senado Federal. A despeito de vencido quanto ao mérito do *mandamus* – porquanto a maioria do Tribunal, acompanhando divergência inaugurada pelo Ministro Teori Zavascki, entendeu pela inadmissibilidade do controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei –, Sua Excelência, com a percuciência que lhe é peculiar, anotou

“O casuísmo da aprovação do PLC 14/2013, após a referida decisão do Supremo, exatamente no momento em que forças políticas minoritárias mobilizavam-se para a criação de partidos novos, os quais certamente contariam com a adesão de parlamentares eleitos, significa um bloqueio dessa mesma mobilização, em razão da frustração das expectativas nutridas pelos atores políticos envolvidos. Isso tem o condão de desrespeitar o direito das minorias de livremente associarem-se politicamente, por meio de manobra que eleva sobremaneira os ônus relacionados à liberdade de criação de legendas. E o faz de modo desrespeitoso, por um lado, ao princípio da isonomia e da igualdade de chances, visto que visa a tratar distintamente grupos políticos que merecem igual consideração, em especial no curso de uma mesma legislatura; e, por outro lado, a aprovação do PLC 14/2013 significaria um duro golpe contra o Estado de Direito, corporificado em afronta ao princípio da segurança jurídica, que deve nortear todo o processo democrático, sobretudo em sua modalidade de proteção à confiança legítima, uma vez que os grupos políticos mobilizavam-se para a criação de novos partidos, ancorados em pronunciamento recentíssimo do Supremo Tribunal Federal deste país (ADI 4.430).

(...)

O ponto é que uma das principais características da jurisdição constitucional – e que, por isso mesmo, torna-se parte de sua essência – é funcionar como uma espécie de garante das condições mínimas da democracia. Esse tipo de atuação das Cortes constitucionais e das Supremas Cortes é consensual, aceito e prestigiado até pelos mais fervorosos críticos do chamado ativismo judicial.

Por essa razão, a garantia do exercício dos direitos fundamentais e democráticos de participação política está intrinsecamente ligada à própria regularidade do processo democrático, e a atuação da jurisdição constitucional nessa seara revela-se de extrema importância sempre que haja lesão

ou ameaça de lesão a tais direitos. Desde a publicação da obra de John Hart Ely (*Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980.), compreende-se que a proteção do funcionamento regular do processo democrático é a principal função da jurisdição constitucional e, portanto, também desta Suprema Corte.

(...)

Nesse sentido, a concessão da medida liminar no presente mandado de segurança nada mais fez do que aplicar normas constitucionais, para garantir a regularidade do processo democrático e assegurar o respeito aos direitos das minorias políticas, que estavam sendo violados pela maioria parlamentar.”

Embora tenha me filiado à maioria que se formou naquele julgamento, por não admitir controle preventivo material de projeto de lei, reputo que os argumentos substantivos externados pelo Ministro Gilmar Mendes podem ser importados integralmente à espécie. Deveras, tais regras ensejam o asfixiamento da mobilização política envolvida na criação de novos partidos, na medida em que a viabilidade e o desenvolvimento de um partido político não prescindem, dentro de nosso modelo normativo, do acesso ao fundo partidário e à propaganda eleitoral gratuita.

Esse cenário coloca uma questão de *sinceridade e realidade institucional*, que poderia ser resumida em uma pergunta direta e imediata: é factível confiar *única e exclusivamente* aos grupos detentores do poder político a prerrogativa de reformulação, *livres de quaisquer balizamentos*, das regras concernentes à distribuição dos recursos do fundo partidário e do direito de antena, estabelecendo severas restrições ao acesso dessas prerrogativas às novas legendas criadas no curso da legislatura? A resposta é, a meu juízo, negativa. Neste sentido, Oscar Vilhena Vieira bem adverte que

“Não serão os próprios representantes os mais indicados para corrigir esses problemas de mau funcionamento democrático. Exemplo disso é o caso da sub-representação dos cidadãos dos Estados mais populosos no Brasil. Esperar que o Congresso – fruto dessa distorção e beneficiário da mesma – a corrija é esperar que a maioria dos parlamentares lute contra seus próprios interesses. Este é um caso típico onde a resolução do problema e o conseqüente fortalecimento da democracia devem sair de fora do sistema representativo.”

(VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça. Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 216)

Diante disso, devem ser repudiadas visões idealizadas de democracia que desconsiderem a posição de *interesse* da instância decisória. O deslinde de controvérsias de natureza política não pode abster-se da análise de qual *agente* investido do maior grau de *imparcialidade* e *neutralidade* está apto para apreciar a matéria. No caso, é evidente que há uma tentativa obtusa de inviabilizar o funcionamento e o desenvolvimento das novas agremiações, sob o rótulo falacioso de fortalecer os partidos políticos. Uma coisa é criar mecanismos mais rigorosos de criação, fusão e incorporação dos partidos, o que, a meu juízo, encontra assento constitucional, algo bastante distinto é, uma vez criadas as legendas, formular mecanismos normativos que dificultem seu funcionamento, o que não encontra guarida na Lei Maior. Precisamente por isso, torna-se legítima a atuação do Supremo Tribunal Federal, no afã de impedir a obstrução dos canais de participação política e, por via de consequência, fiscalizar os pressupostos ao adequado funcionamento da democracia. Assim, eventual objeção democrática não desautoriza a intervenção judicial, visto que o exercício da jurisdição constitucional, na espécie, milita em favor do regime democrático. E, neste ponto, oportuno, mais uma vez, transcrever a lição de Ely, ainda que originalmente endereçada à realidade norte-americana, *verbis*:

“Obviamente nossos representantes eleitos são as últimas pessoas em que devemos confiar em qualquer dessas situações [de mau funcionamento do sistema político]. Juízes não-eleitos, porém, estão fora do sistema representativo e apenas precisam se preocupar com sua continuidade no cargo de forma muito oblíqua. Isso não lhes confere nenhum acesso privilegiado aos valores genuínos do povo norte-americano: de fato, eles não o detêm. Isso, contudo, os coloca em uma posição objetivamente neutra para avaliar – embora ninguém possa supor que tais avaliações serão axiologicamente neutras – acusações de que, tanto pelo bloqueio dos canais de mudança ou pela atuação concertada com maiorias tirânicas, nossos representantes eleitos não estão, de fato, representando os interesses daqueles que o sistema político pressupõe que estejam. [Do original: “*Obviously our elected representatives are the last persons we should trust with identification of either of these situations. Appointed judges, however, are comparative outsiders in our governmental system, and need worry about continuance in office only very obliquely. This does not give them some special pipeline to the genuine values of the American people: in fact it goes far to ensure that don’t have one. It does, however, put them in a position objectively to assess claims – though no one could suppose the evaluation won’t be full of judgment calls – that either by clogging the channels of change or by acting as accessories to majority tyranny, our elected representatives in fact are not representing interests of those whom the system presupposes they are*”.] “

(ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. op. cit., p. 103)

Por esses motivos, entendo que a *reação jurisprudencial*, materializada na Lei nº 12.875/2013, ao subtrair dos partidos novos, criados no curso da legislatura, o direito de antena e os recursos do fundo partidário, remanesce eivada do vício de inconstitucionalidade, na medida em que, além de o legislador não ter logrado trazer novos e consistentes argumentos para infirmar o pronunciamento da Corte, referido diploma inviabiliza, no curto prazo, o funcionamento e o desenvolvimento de

ADI 5105 / DF

minorias político-partidárias, em flagrante ofensa aos postulados fundamentais do pluralismo político, e da liberdade partidária, insculpidos no art. 17, *caput*, e § 3º, da Constituição de 1988.

Ex positis, voto pela procedência total dos pedidos deduzidos, a fim de declarar a inconstitucionalidade dos artigos 1º e 2º, da Lei nº 12.875/2013.

Em elaboração