

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

VITÓRIA DACORÉGIO MIKETEN DE CAMPOS LUDVIGS

**ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA ELEITORAL:
A INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NO PROCESSO DEMOCRÁTICO DE
REPRESENTATIVIDADE POPULAR**

**CURITIBA
2021**

VITORIA DACORÉGIO MIKETEN DE CAMPOS LUDVIGS

**ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA ELEITORAL:
A INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NO PROCESSO DEMOCRÁTICO DE
REPRESENTATIVIDADE POPULAR**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito do Centro Universitário Curitiba.**

**Orientador: Prof. Me. Luiz Gustavo de
Andrade**

**CURITIBA
2021**

VITORIA DACORÉGIO MIKETEN DE CAMPOS LUDVIGS

**ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA ELEITORAL:
A INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NO PROCESSO DEMOCRÁTICO DE
REPRESENTATIVIDADE POPULAR**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: _____

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2021.

DEDICATÓRIA

Para minha irmã, Luiza, cuja vida – mais breve do que poderia imaginar – foi responsável por ressignificar toda a minha existência. Você foi, é, e sempre será a fonte de toda a minha força e inspiração.

Eu te amo e sinto saudades...

AGRADECIMENTOS

Nenhum projeto ou objetivo é alcançado sem que haja muita determinação, esforço e o apoio de outras pessoas. O tema escolhido para esta monografia foi realmente desafiador, dada a minha inexperiência e desconhecimento sobre o Direito Eleitoral. Mas tão logo delimitado o tema e tendo iniciado meus estudos, o encanto pela matéria só fez aumentar e dificilmente se esgotará neste trabalho.

Inicialmente, agradeço aos professores Luiz Gustavo de Andrade, Dalton Borba e Roosevelt Arraes.

Ao meu orientador, Professor Luiz Gustavo de Andrade, que me guiou e sempre me incentivou a dar o meu máximo, inclusive no momento mais triste que já tive de enfrentar, meus mais sinceros agradecimentos. Bons resultados demandam muito esforço e determinação, normalmente, muito acima da nossa capacidade, e você foi responsável por me conduzir e direcionar neste caminho. Obrigada por todos os ensinamentos, foi uma honra ser sua aluna e orientanda. Agradeço ainda, por ser um dos meus referenciais como profissional.

Agradeço ao Professor Dalton Borba, por me ensinar a pensar criticamente o Direito e por sempre trazer uma perspectiva política para as aulas, mas acima de tudo, obrigada pela amizade desenvolvida e pelas discussões travadas durante esses anos.

Agradeço também ao Professor Roosevelt Arraes, pelo brilhantismo ao ministrar as aulas de Hermenêutica Jurídica e por todo entusiasmo dispendido nas aulas afetas as Teorias de Justiça, que mesmo após um dia cansativo no escritório, conseguiam prender toda a minha atenção.

Cumpre-me ainda, agradecer a minha família, pelo apoio de sempre. Faço um agradecimento especial aos meus tios Gabriel Lemos de Eurides Campos, Regina Cely de Campos Hagemeyer e Silvia Cristina Lemos de Campos, vocês, sem sombra de dúvidas foram indispensáveis não só para minha formação acadêmica e profissional, mas acima de tudo, para a minha formação pessoal.

Agradeço ao Gabriel por estar presente em minha vida desde que consigo me lembrar. Obrigada por todo apoio, incentivo e confiança que vem destinando à mim nos últimos anos, espero fazer jus a essa confiança e sempre deixa-lo orgulhoso.

Agradeço a Regina e a Silvia pelos livros e debates intermináveis sobre política, pelas críticas e questionamentos feitos durante a elaboração deste trabalho, vocês

contribuíram decisivamente para que essa monografia fosse concluída. Agradeço por todo amor, carinho e cuidado que sempre tiveram comigo e com meus irmãos.

Agradeço a Eduarda Lumikoski, a Glória Caldas, Luara Arcenio e a Paula Rodrigues, por todos esses anos de amizade, por não me deixarem desistir e por não medirem esforços para me ver bem, vocês são luz na minha vida.

À Bruna Domingues, agradeço especialmente pelo auxílio com todo o suporte doutrinário de que precisava, saiba que contribuiu de modo decisivo para a elaboração deste trabalho.

Por fim, mas sem decair em nada no grau de importância, agradeço aos meus pais e meus irmãos, não seria quem sou, não fosse a presença de todos vocês em minha vida.

“Democracia é sobre habilitar os cidadãos a exercerem a cidadania de fato, não apenas pela lei [...] é sobre cuidar não só da opinião da maioria, mas também ajudar as minorias a terem suas vozes ouvidas.”

(Zygmunt Bauman)

“Os poderes e as instituições não estão hoje deslegitimados porque caíram na ilegalidade; ao invés, o contrário é verdade, isto é, a ilegalidade está tão difundida e generalizada porque os poderes perderam toda consciência da sua legitimidade. Por isso é inútil acreditar que se possa enfrentar a crise das nossas sociedades por meio da ação – certamente necessária – do poder judiciário: uma crise que investe contra a legitimidade não pode ser resolvida apenas no plano do direito. A hipertrofia do direito, que pretende legislar sobre tudo, traduz antes, através de um excesso de legalidade formal, a perda de toda legitimidade substancial. A tentativa da Modernidade de fazer coincidir legalidade e legitimidade, buscando assegurar através do direito positivo a legitimidade de um poder, é, como fica claro pelo irrefreável processo de decadência em que as nossas instituições democráticas entraram, absolutamente insuficiente.”

(Giorgio Agamben)

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo discorrer acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, que ao declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de temas correlatos aos direitos políticos, colocam-se como verdadeiros atores do processo democrático de representatividade popular. Antes de analisar os julgados, pretende-se dissertar acerca do conceito e desenvolvimento da soberania popular e da democracia como alicerces fundantes do Estado Democrático de Direito. Ato contínuo, analisa-se, o fenômeno do ativismo judicial e seus desdobramentos, abordando para tanto os conceitos de judicialização da política, politização da justiça, procedimentalismo e substancialismo. Adentrando no cerne do presente trabalho, analisou-se, criticamente, três decisões em controle concentrado. Uma primeira tratando da verticalização das ligações partidárias; uma segunda, acerca da fidelidade partidária; e, uma terceira que trata do fim do financiamento de campanhas por empresas, consistindo referidas decisões, na criação de normas restritivas de direitos políticos. Com base em todo o arcabouço doutrinário e jurisprudencial construído, constatar-se-á que no mais das vezes, as decisões proferidas ainda que ao argumento de defesa e concretização dos direitos políticos, acabam por conferir novos contornos ao pleito eleitoral, ou seja, culminam na modificação do processo democrático de representatividade popular, para além de violar preceitos constitucionalmente tutelados.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Direitos políticos. Tribunal Superior Eleitoral. Supremo Tribunal Federal. Autocracia judicial.

ABSTRACT

The monograph purpose is to discuss over the Supreme Federal Court and the Superior Electoral Court decisions, which, when stating either the constitutionality or unconstitutionality of the subjects related to political rights, place themselves as true agents in the popular representation democratic process. Before analyzing the judgments, it is intended to discourse about the popular sovereignty and democracy concept and development as the founder basis of the Democratic Law State. Immediately thereafter, it is analyzed the judicial activism phenomenon and its consequences, addressing the politics judicialization concepts, justice politicization, proceduralism and substantialism. Going into the central theme of the present paper, three decisions in concentrated control were critically analyzed. The first one dealing with the adherent coalitions verticalization; the second, about adherent loyalty; and the third one, that deals with the end of the graves financed by companies, consisting these decisions in the restrictive norms of political rights creation. Based on the entire doctrinal and jurisprudential framework constructed, it is possible to see that, most of the times, the decisions rendered even though the argument for the defense and realization of political rights ends up giving new contours to the electoral election - that is - culminating in the democratic process of popular representation modification, in order to violate constitutionally protected precepts.

Keywords: Judicial activism. Political rights. Superior Electoral Court. Justice Federal Court. Judicial autocracy.

LISTA DE SIGLAS

AC	– Ação Cautelar
ADC	– Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	– Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	– Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADI-MC	– Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	– Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgRg/RE	– Agravo Regimental no Recurso Extraordinário
AgRg/Resp	– Agravo Regimental no Recurso Especial
AGU	– Advocacia-Geral da União
CCJC	– Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
CF	– Constituição Federal
CFOAB	– Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
CTA	– Consulta
DEM	– Democratas
DF	– Distrito Federal
EC	– Emenda Constitucional
FPTP	– <i>First-past-the-post</i>
HC	– Habeas Corpus
LE	– Lei das Eleições
LPP	– Lei dos Partidos Políticos
MP	– Medida Provisória
MS	– Mandado de Segurança
PDT	– Partido Democrático Trabalhista
PFL	– Partido da Frente Liberal

PGR	– Procuradoria-Geral da República
PL	– Projeto de Lei
PPS	– Partido Popular Socialista
PSDB	– Partido da Social Democracia Brasileira
Res.	– Resolução
RS	– Rio Grande do Sul
STF	– Supremo Tribunal Federal
TSE	– Tribunal Superior Eleitoral
V-DEM	– V-Dem Institute

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 DEMOCRACIA E SOBERANIA POPULAR	15
2.1 SOBERANIA POPULAR: CONCEPÇÕES GERAIS	15
2.2 DEMOCRACIA: ANÁLISE DA OBRA DE ROBERT DAHL	25
2.3 CRITÉRIOS PARA UM GOVERNO DEMOCRÁTICO SEGUNDO ROBERT DAHL	39
3 ATIVISMO JUDICIAL	58
3.1 ATIVISMO JUDICIAL: CONCEPÇÕES GERAIS	58
3.2 POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	87
3.3 PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO.....	97
4 DA DEMOCRACIA À AUTOCRACIA JUDICIAL: ATIVISMO EM MATÉRIA ELEITORAL	111
4.1 A QUESTÃO DA VERTICALIZAÇÃO E O EFEITO BACKLASH	111
4.2 FIDELIDADE PARTIDÁRIA E MORALIZAÇÃO DA POLÍTICA	127
4.3 O FIM DO FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS POR EMPRESAS	149
4.4 AUTOCRACIA JUDICIAL?	165
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	178
REFERÊNCIAS.....	188

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva discorrer e problematizar algumas decisões em controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal que tiveram por objetivo regular e modificar o sistema eleitoral.

Centrou-se esta monografia na atuação do Poder Judiciário, precipuamente nas figuras do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, visando a identificar em quais situações a sua atuação representou usurpação de competências e em que medida referidas decisões influem no processo democrático de representatividade popular.

No intuito de facilitar a compreensão acerca da temática, dividiu-se o tema em três partes.

Em um primeiro momento, discorre-se acerca do surgimento e evolução conceitual do termo “soberania”; analisando as diversas teorias desenvolvidas sobre o seu significado até o momento da legitimação do seu conceito como – “soberania popular”, tratando ainda, dos direitos políticos constitucionalmente delineados. Na sequência, analisou-se o conceito de “democracia” à luz da obra de Robert Dahl e dos cinco critérios elencados pelo autor, como necessários para se identificar um governo como “democrático”, que são: participação efetiva, igualdade de voto, aquisição de entendimento esclarecido, exercício do controle definitivo do planejamento e inclusão dos adultos.

Em um segundo momento, apresenta-se como consequência do neoconstitucionalismo, a expansão da jurisdição constitucional, responsável por conferir novos contornos e delimitações aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Como reflexo do neoconstitucionalismo, discorreu-se ainda, acerca de alguns conceitos e expressões importantes - o ativismo judicial, judicialização da política, politização da justiça e minimalismo judicial - para compreensão destas alterações paradigmáticas, que acabam por influir e modificar sobremaneira o processo eleitoral.

Por fim apresenta-se, à luz da hermenêutica jurídica, a problemática acerca da postura adotada pelos Tribunais, quando pertencentes à um Estado Democrático de Direito. Dentro do papel reservado à jurisdição constitucional, destacando-se duas teorias do direito - não necessariamente opostas, mas que em certo ponto se

contrariam -, que direcionam a postura do Judiciário brasileiro, quais sejam, a do procedimentalismo e a do substancialismo.

Construído este arcabouço teórico, em um terceiro momento após discorrer acerca do surgimento e evolução conceitual do termo “soberania” e analisar o conceito de “democracia” à luz da obra de Robert Dahl, bem como, os cinco critérios por ele estabelecido para se identificar um governo como “democrático”, abordar as idiosincrasias atinentes ao ativismo judicial, a politização do judiciário e judicialização da política, procedimentalismo e substancialismo, no terceiro capítulo, chega-se ao capítulo central da presente monografia.

Este capítulo destina-se a promover profunda análise de importantes decisões que acabaram por alterar significativamente o processo democrático de representatividade popular, centrando-se em três matérias atinentes ao sistema eleitoral, alterações estas, promovidas precipuamente pelas figuras do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal.

Partindo do estudo dos casos da verticalização das coligações partidárias, do instituto da fidelidade partidária e do financiamento da política, no último texto deste capítulo, será analisado se se caminha, hodiernamente, de uma democracia de partidos para uma autocracia judicial.

Salienta-se ainda que, o método adotado para a elaboração deste trabalho foi o dedutivo, somado a revisão bibliográfica e vasta pesquisa jurisprudencial da Suprema Corte e da Corte Especializada.

2 DEMOCRACIA E SOBERANIA POPULAR

Neste capítulo discorre-se acerca do surgimento e evolução conceitual do termo “soberania”; analisando as diversas teorias desenvolvidas sobre o seu significado até o momento da legitimação do seu conceito como – “soberania popular”.

Adentrando nos direitos políticos previstos na Magna Carta, estuda-se ainda os instrumentos pelos quais o Estado Brasileiro garante a participação efetiva dos eleitores no processo democrático de representatividade popular.

Na sequência, analisa-se o conceito de “democracia” à luz da obra de Robert Dahl; segundo o qual, em que pese tratar-se de um processo bastante irregular, a democracia, dentre todas as possíveis formas de governar (democráticos e não democráticos) é a que garante maior participação popular e igualdade política; isto porque está pautada nos princípios da soberania e da participação.

Por fim, será apresentado, ainda, à luz da obra de Dahl, os cinco critérios necessários para se identificar um governo como “democrático”, que são: participação efetiva, igualdade de voto, aquisição de entendimento esclarecido, exercício do controle definitivo do planejamento e inclusão dos adultos.

2.1 SOBERANIA POPULAR: CONCEPÇÕES GERAIS

O conceito de soberania popular, há muito delineado por pensadores como Hobbes, Locke e Rousseau, sofreu grandes alterações com o passar do tempo, sendo alvo de divergências quanto à sua titularidade, na medida em que o cenário político, social e histórico avançava.

Na Europa, começou-se a pensar em um poder soberano num contexto de absolutismo monárquico. Foi o francês Jean Bodin quem desenvolveu a teoria na qual a figura do rei era vista como autoridade única apta a reagir nas adversidades sociais da França renascentista; defendendo ainda a ideia de um poder exclusivo e incondicionado de legislar, pois as leis e costumes feudais, para ele, representavam um óbice à manutenção de um poder político forte e centralizado. O rei deveria centralizar em suas mãos o monopólio do Direito Positivo, sem que houvesse intervenções por parte da Igreja e do próprio Estado, sustentava.

No século XVI, Thomas Hobbes reforçou a ideia de soberania em sua obra “O Leviatã”. Além de empregar o termo “Estado”, na acepção que lhe é conferida

atualmente, preocupou-se com a segurança individual de cada homem pertencente à sociedade; e sustentou ser o Estado o titular da soberania cuja razão de ser encontrava-se na *busca da paz social*.

Por conceber a natureza humana em estado natural como *violenta e cruel*, Hobbes assim como Bodin, defendiam que o “soberano” (para Bodin, centralizado na figura do monarca; e, para Hobbes, no Estado) era a forma mais provável de se atingir a paz social. Ambos sustentavam não ser possível falar em soberania sem que houvesse o monopólio da legislação. Nesse diapasão, “soberania” seria sinônimo de “Estado” que, por sua vez, confundia-se com a figura do rei.¹

Esta concepção de soberania foi resignificada e reestruturada, com alicerce na teoria política desenvolvida por Jean-Jaques Rousseau em 1762, em sua obra “Contrato Social”. Para chegar ao conceito de soberania popular, Rousseau realizou um estudo teórico sobre o *estado de natureza* - a característica dos indivíduos quando ainda dissociados da sociedade; bem como, sobre o advento da ideia de propriedade. Dentre os significativos avanços trazidos por sua obra, o de maior relevo para o presente trabalho foi a conceituação do termo soberania que, segundo ele, reside no exercício da vontade geral expressa pelo povo, visando ao bem comum:

Se o Estado ou a Cidade não constituem senão uma pessoa moral, cuja vida consiste na união de seus membros, e se o mais importante de seus cuidados é o de sua própria conservação, torna-se-lhe necessária uma força universal e compulsiva para mover e dispor cada parte da maneira mais conveniente a todos. Assim como a natureza dá a cada homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, recebe, como ficou dito, o nome de soberania.²

Para ele, o povo representa a única fonte soberana de poder do Estado, titularmente *inalienável e indivisível*. É inalienável na medida em que - “[...] a soberania, sendo apenas o exercício da vontade geral, nunca pode alienar-se, e que o soberano, não passando de um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo; [...]”.³ Consequentemente, atribuí-la a outrem representaria a sua dissolução e a destruição do corpo político, pois isto desnaturalizaria a qualidade de povo. Dito de

¹ COLOMBANO, Leandro Pereira. **Soberania Popular e Supremacia Constitucional**: limites do controle judicial de constitucionalidade sobre emenda à Constituição do Brasil aprovada por referendo. Brasília: TJDFT, 2017. p. 15/31.

² ROSSEAU, Jean-Jaques. **Do contrato social**. Tradução por Antônio de Pádua Densi (Coleção Clássicos: Filosofia/Ciências Sociais: Rousseau, vol. I). São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 38/39.

³ Ibid., p. 33.

outra forma: havendo um senhor, não há possibilidade de um existir soberano. É indivisível, porque dividir a soberania popular acarretaria a sua degeneração em vontade particular:

A soberania é indivisível pela mesma razão porque é inalienável, pois a vontade ou é geral, ou não o é; ou é a do corpo do povo, ou somente de uma parte. No primeiro caso, essa vontade declarada é um ato de soberania e faz lei; no segundo, não passa de uma vontade particular ou de um ato de magistratura, quando muito, de um decreto.⁴

Assim, nota-se que o pacto social, na perspectiva de Rousseau, representa o surgimento de uma proteção à tirania dos mais fortes; e é por esta razão que o corpo coletivo consente em viver em sociedade.

Ainda dirá o autor que as convenções e pactos políticos e sociais celebrados entre os homens, como expressão da vontade geral, constituem a única fonte legítima de poder, sempre pautados na pluralidade dos sufrágios e na unanimidade, fatores que integram a própria instituição.

Como visto, o estudo da evolução da concepção de soberania popular é imprescindível para se compreender que no campo jurídico-político, a adoção de uma acepção em detrimento de outra possível influi diretamente na organização jurídica do exercício do poder político; bem como, na participação e intervenção do corpo político no processo decisório do Estado.

Percebe-se que ao longo do tempo surgiram várias teorias buscando explicar e justificar o conceito de “soberania”.

Inicialmente surge a “teoria da soberania do reinado”, dentro do absolutismo monárquico, cujo expoente - Jean Bodin, sustentou ser o rei o detentor da soberania, cujo poder era ilimitado e não poderia sofrer ingerências de qualquer natureza, fosse da igreja ou do próprio Estado.

Em seguida, desenvolveu-se a “teoria da soberania nacional” - pautada no liberalismo resultante da Revolução Francesa, na qual os nacionais, no gozo do direito de cidadania, eram os verdadeiros detentores do poder soberano.

Posteriormente, Jellinek e Kelsen defenderam a teoria que ficou conhecida como “normativista”, segundo a qual a soberania do Estado resultava de sua *capacidade de autodeterminação*, atribuindo-lhe um poder ilimitado. Para eles, a

⁴ Ibid., p. 34/35.

soberania é um poder perpétuo e absoluto que se concretiza por intermédio dos poderes estatais: legislativo, executivo e judiciário.

Cumprindo ainda mencionar o surgimento posterior da “teoria negativista”, na qual a existência da soberania é negada e defendida a ideia de um poder soberano, que reside na lei. Descreve Azambuja “[...] o Estado e o poder são realidades universais e necessárias. As teorias que as procuram explicar podem ser errôneas e passam, mas o Estado e o poder permanecem”⁵.

Por derradeiro, coadunando as teorias da soberania nacional e soberania do Estado, desenvolveu-se a “teoria realista ou institucionalista”. Explica Maluf: “[...] a soberania é originária da Nação, mas só adquire expressão concreta e objetiva quando se institucionaliza no órgão estatal, recebendo através deste o seu ordenamento jurídico-formal dinâmico”⁶. Em outros termos, a soberania enquanto fonte de poder vem da *nação*, à medida que o seu exercício jurídico é dado pela figura do *Estado*.

Nada obstante, para a soberania popular defendida pelos contratualistas Hobbes, Locke e Rousseau, o Estado é criado para proteção do corpo coletivo e representa elemento imprescindível à democracia – conceito a ser estudado mais adiante, nos tópicos 2.2 e 2.3, a ele intimamente relacionados.

De todo exposto, pode-se concluir que *a soberania é una, indivisível, inalienável e imprescritível*; e pela sua relevância, seu conceito acabou sendo incorporado em diversos textos constitucionais, dentre estes a Constituição Americana de 1787:

Nós, o povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a justiça, assegurar a tranquilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir para nós e para os nossos descendentes os benefícios da Liberdade, promulgamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América⁷.

Posteriormente, foi incorporado também na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão: “[...] O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação.

⁵ AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à Ciência Política**. 13. ed. São Paulo: Globo, 2001. p. 78.

⁶ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 36.

⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos da América**. 1787. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constitucao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html> >. Acesso em: 04 setembro 2020.

Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente."⁸; e logo após, nas Constituições francesas de 1791 e 1958.

A Carta Magna, em seu artigo 1º, coloca-o em relevância ao proclamar que *todo poder emana do povo*, evidenciando assim a soberania como um dos principais fundamentos quando se fala em Estado Democrático de Direito. Ainda, estabelece no seu art. 14, ao inaugurar o Capítulo de Direitos Políticos, que: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei”.

O Supremo Tribunal Federal, aliás, quando do relativamente recente julgamento da Reclamação nº 11.243 do governo italiano, apontando ilegalidade do ato do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva ao negar a extradição do ex-ativista Cesare Battisti, muito debateu sobre o tema: o que vem a ser a “soberania nacional”.

No seu voto condutor, o eminente Ministro Ayres Britto, afirma:

[...] Soberania que nada mais é do que a projeção do poder político em dois planos territoriais: o interno a um determinado país e o externo ou propriamente internacional. Internamente, a soberania consiste no poder mais alto. Já no plano externo, significa o poder que não conhece outro que lhe seja superior. Daí porque, na celebração e na execução de um tratado bilateral, a soberania de um Estado-Parte não pode subjugar a do outro. O Presidente da República jamais estará autorizado a abrir mão da soberania brasileira. O mesmo se diga quanto ao respeito aos direitos humanos: nenhum tratado bilateral será celebrado e executado sem que prevaleçam os direitos humanos, como determina o inciso II do art. 4º da Constituição Federal. [...]⁹

No julgamento restou decidido que o ato presidencial de concessão ou não de extradição constitui um *exercício da soberania* do Estado Brasileiro, sendo por isto de impossível questionamento por Estados estrangeiros¹⁰.

De outra parte, o regime democrático brasileiro é descrito como *democracia participativa*. José Afonso da Silva explica porquê:

As primeiras manifestações da democracia participativa consistem nos institutos da democracia semidireta, que combina instituições de participação

⁸ FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em < <http://www.direitoshumanos.usp.br/>>. Acesso em: 04 setembro 2020.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 11.243**. Relator Ministro Gilmar Mendes. J. 08.06.2011. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1495257>>. Acesso em: 04 setembro 2020.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Supremo Tribunal Federal, Direitos Fundamentais e Casos Difíceis. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC, n. 19, 2012. p. 23/24.

direta com instituições de participação indireta, tais como: - a iniciativa legislativa popular, pela qual se admite que certo número de eleitores presente às Câmaras Legislativas projetos de leis que devam ser discutidos e votados; - o referendo popular, que se caracteriza no fato de que projetos de lei ou propostas de emendas constitucionais aprovados pelo Legislativo devam ser submetidos à votação popular, atendidas certas exigências, tais como pedido de certo número de eleitores, de certo número de parlamentares ou do próprio Poder Executivo, de sorte que o projeto ou proposta se terá por aprovado apenas se receber aprovação popular, do contrário reputar-se-á rejeitado; - o veto popular, pelo qual uma lei em vigor pode ser submetida a voto popular se assim o solicitar certo número de eleitores, sendo confirmada ou revogada conforme seja favorável ou desfavorável a votação; - revocação (*recall*), pelo qual, a requerimento de certo número de eleitores, o mandato de um parlamentar ou de um funcionário eletivo é submetido à apreciação do voto popular, sendo revogado se não obtiver confirmação; - ação popular, meio pelo qual qualquer cidadão pode pleitear a nulidade de atos lesivos ao patrimônio público (já existe no sistema brasileiro, desde 1934).¹¹

Infelizmente, constata-se que referidos mecanismos ainda que expressamente previstos na Constituição raramente são utilizados; e que o modelo democrático brasileiro permanece uma democracia representativa partidária, mesmo preenchendo os critérios desenvolvidos por Dahl.

Construída esta delimitação conceitual, necessário é explorar conceitualmente os “direitos políticos” propriamente ditos, particularmente os instrumentos enunciados no artigo 14 da Constituição Federal por meio dos quais se exerce a soberania popular: *sufrágio, voto, plebiscito e referendo*.

Sabe-se que os direitos políticos constituem a base da democracia, compreendendo o direito à participação no processo político; o direito ao sufrágio universal e ao voto periódico; e a autonomia para organização do sistema partidário com oportunidades igualitárias aos partidos.

O direito ao sufrágio, instituto da soberania popular, materializa-se no direito de votar, ou seja, de participar da organização da vontade estatal por meio do voto e o direito de ser votado. Para além, o sufrágio possibilita o exercício do poder mediante participação em plebiscitos, referendos e iniciativas populares¹².

O voto é obrigatório nos termos da Constituição Federal, *a todos os brasileiros natos ou naturalizados maiores de 18 anos*. O direito de votar, que é público e subjetivo, adquire-se mediante alistamento na Justiça Eleitoral tão logo preenchidos sejam os requisitos previstos na Constituição.

¹¹ SILVA, José Afonso da Silva. **Poder Constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 50/51.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 751.

O sufrágio é universal e, portanto, reconhecido a todos os nacionais do país independentemente de pertencerem a grupos ou classes, ou de possuírem certa qualificação.¹³

Assim, a vontade popular concretiza-se por intermédio do sufrágio universal, com voto direto, secreto e igual para todos.

Para além do sufrágio, o voto (também chamado sufrágio censitário), além de viabilizar que o cidadão manifeste a sua vontade sociopolítica, também materializa o direito público subjetivo de ser votado. O voto constitui, portanto, um direito político legalmente regulamentado e adotado pela vontade coletiva.

Ainda, nos termos da Constituição Federal, o voto deve ser *direto* e, por isso, direcionado a determinado candidato ou partido político. Deve ser livre de intervenções, seja no processo de votação, seja nas fases que a precedem, em observância ao princípio da imediaticidade. O voto deve ser *secreto*¹⁴, não admitindo-se interferências na tomada de decisão do eleitor.

Todas estas são características importantes do voto, posto que “[...] a preservação do voto livre e secreto obriga o Estado a tomar inúmeras medidas com o objetivo de oferecer as garantias adequadas ao eleitor, de forma imediata, e ao próprio processo democrático.”¹⁵

O sufrágio universal é exercido pelo voto direto. Ressalta-se: tem valor igual para todos, de acordo com o art. 14 da Constituição Federal, consubstanciado no princípio da igualdade do voto sob a égide do princípio *one man one vote*, no sentido de que cada cidadão tem direito a um único voto para cada eleição referente a cada cargo parlamentar em disputa. Desse modo, o legislador constituinte erigiu o princípio da isonomia em relação ao peso e à proporção do voto, que não podem ser diferentes de um eleitor para o outro em razão de critérios distintivos, como em decorrência de condições econômicas, sociais ou intelectuais.¹⁶

O princípio do *one man one vote* utilizado pelos norte-americanos, fundamenta o princípio majoritário, isto é, quando diante de impasses políticos, prevalecerá a vontade da maioria, contanto que não constitua ofensa ou violação aos direitos e interesses das minorias.

¹³ Ibid., p. 752.

¹⁴ Ibid., p. 754.

¹⁵ Ibid., p. 755.

¹⁶ MARIN, Brunna Helouise. **O abuso do poder econômico e financiamento das campanhas eleitorais**: Projeto eleições limpas e a proposta de Dworkin. TSE - Estudos Eleitorais. Brasília, vol. 10, n. 1, p. 11/47, 2015.

Com relação à igualdade do voto, Gilmar Ferreira Mendes discorre: “a igualdade de voto não admite qualquer tratamento discriminatório, seja quanto aos eleitores, seja quanto à própria eficácia de sua participação eleitoral”¹⁷.

No tocante as divergências sobre o tema, importante é registrar que a igualdade eleitoral dependerá do sistema eleitoral adotado.

Explica José Afonso da Silva que o processo eleitoral representa um “conjunto de técnicas e procedimentos que se empregam na realização das eleições, destinados a organizar a representação do povo no território nacional”¹⁸.

Melhor dizendo, através dos sistemas é que se estabelece a relação entre a quantidade de votos obtidos pelo candidato, partido ou coligação com o respectivo mandato.

Cada sistema eleitoral está relacionado a diferentes concepções de democracia, conceito que será objeto de estudo nos tópicos seguintes.

Neste ponto, indispensável fazer uma análise pormenorizada dos sistemas eleitorais classificados, atualmente, como: “majoritário” e “proporcional”.

O “sistema majoritário” liga-se à democracia representativa, enquanto o proporcional relaciona-se com a democracia participativa¹⁹; sendo que nele “[...] consideram-se eleitos os candidatos que obtiverem, na circunscrição em disputa, o maior número de votos para o cargo.”²⁰. Desta forma é que se elegem os candidatos aos mandatos para Presidente, Prefeito e Senador.

Preceitua o artigo 91 do Código Eleitoral²¹ que referidos mandatos serão sempre formados em uma única chapa. Desta forma, mostra-se inviável, dentro deste sistema, votos em separado.

O sistema majoritário subdivide-se ainda em “majoritário de maioria simples ou relativa” e “majoritário de maioria absoluta”.

Explica Zílio que “[...] pelo sistema majoritário de maioria simples, considera-se eleito o candidato que obtiver o maior número de votos em relação aos demais

¹⁷ Ibid., p. 757.

¹⁸ SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivado**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 326.

¹⁹ ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 77.

²⁰ Ibid., p. 78.

²¹ Art. 91. O registro de candidatos a presidente e vice-presidente, governador e vice-governador, ou prefeito e vice-prefeito, far-se-á sempre em chapa única e indivisível, ainda que resulte a indicação de aliança de partidos.

concorrentes [...]”²². É o sistema utilizado para eleições de Prefeitos municipais e para Senador da República, realizado em um turno único.

Já no sistema majoritário de maioria absoluta “[...] é considerado eleito quem obtém a metade mais um dos votos válidos”²³. Dito isto de outra maneira, a maioria absoluta corresponde ao primeiro número inteiro acima da fração que corresponde à metade dos votos. Neste modelo, caso não seja atingida a maioria absoluta por nenhum dos candidatos, é permitida a realização de segundo turno. Portanto, o sistema majoritário de maioria absoluta confere maior representatividade ao candidato eleito.

Pelo sistema majoritário de maioria absoluta, nos termos dos arts. 2º, *caput*, da Lei 7.773/89 e 77, §§ 2º e 3º da CF, elegem-se candidatos a Presidente ou Governador, Presidente da República e para Prefeito Municipal – em municípios com mais de duzentos mil eleitores.

Finalmente, no sistema eleitoral proporcional, o mandato é distribuído em razão da votação atribuída ao partido. Portanto, não leva-se em consideração tão somente o voto obtido pelo candidato. Pondera Aras:

A construção do sistema proporcional [...] resultou da premente necessidade de se proteger, politicamente, os interesses das minorias, no intuito de fortalecer o regime democrático e assegurar aos partidos políticos uma representação correspondente à força partidária.²⁴

A legislação pátria preservou o sistema proporcional de listas abertas e votação nominal, diferentemente do sistema proporcional tradicionalmente praticado em outros Países. Gilmar Mendes explica que “[...] a lista aberta de candidatos existente no Brasil faz com que o mandato parlamentar, que resulta desse sistema, afigure-se também mais como fruto do desempenho e do esforço do candidato do que da atividade partidária.”²⁵; e registra ainda as observações de Walter Costa Porto, acerca do sistema proporcional brasileiro:

[...] A lei eleitoral brasileira é original e merece seja descrita minuciosamente. É, com efeito, uma mistura de escrutínio uninominal e de representação

²² Ibid., p. 78.

²³ Ibid., p. 78/79.

²⁴ ARAS, Augusto. **Fidelidade Partidária: A Perda do Mandato Parlamentar**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.99.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 760.

proporcional, da qual há poucos exemplos através do mundo [...] Quanto aos postos do Executivo... é sempre utilizado o sistema majoritário simples [...] Mas, para a Câmara Federal, para as Câmaras dos Estados e para as Câmaras Municipais, o sistema é muito mais complexo. O princípio de base é que cada eleitor vote somente num candidato, mesmo que a circunscrição comporte vários postos a prover; não se vota nunca por lista. Nisto o sistema é uninominal. No entanto, ao mesmo tempo cada partido apresenta vários candidatos, tantos quantos os lugares de deputados, em geral, menos se estes são pequenos partidos. De algum modo, os candidatos de um mesmo partido estão relacionados, pois a divisão de cadeiras se faz por representação proporcional, pelo número de votos obtidos por todos os candidatos de um mesmo partido [...] Votando num candidato, de fato o eleitor indica, de uma vez, uma preferência e um partido. Seu voto parece dizer: 'Desejo ser representado por um tal partido e mais especificamente pelo Sr. Fulano. Se este não for eleito, ou for de sobra, que disso aproveite todo o partido. O sistema é, pois, uma forma de voto preferencial, mas condições técnicas são tais que este modo de escrutínio é uma grande melhora sobre o sistema preferencial tal qual existe na França'.²⁶

Por esta sistemática, elege-se Vereadores, Deputados Estaduais, Deputados Distritais e Deputados Federais em observância a cálculos aritméticos que desdobram-se em “quociente eleitoral” (número mínimo de votos que um partido deve obter para poder eleger seus candidatos, segundo estabelece o art. 106 do CE), “quociente partidário” (corresponde ao número de cadeiras obtidas pelo partido, conforme determina o art. 107 do CE); e, das sobras.

Com a alteração legislativa trazida pela Lei nº 13.165/2015, somente candidatos que obtiverem votos em número igual ou superior a 10% do quociente eleitoral podem ser eleitos, com supedâneo no art. 108 do Código Eleitoral. Dito de outro modo, inseriu-se na legislação uma exigência para eleição do candidato, qual seja: a de que possua ele um desempenho individual mínimo²⁷.

Em caso de não preenchimento de todas as vagas, as vagas remanescentes são distribuídas consoante estabelece o art. 109 do Código Eleitoral²⁸.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 761. Apud cf. Walter Costa Porto, “**Sistema Eleitoral Brasileiro**”, palestra proferida no IX Congresso Brasiliense de Direito Constitucional, Brasília, 10/11/2006, p. 8-9; cf. também Walter Costa Porto, A mentirosa urna. São Paulo, 2004. p. 163 e s.

²⁷ ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 80/82.

²⁸ Art. 109, *caput*, Código Eleitoral (redação da Lei nº 13.165/2015). Os lugares não preenchidos com a aplicação dos quocientes partidários e em razão da exigência de votação nominal mínima a que se refere o art. 108 serão distribuídos de acordo com as seguintes regras: I - dividir-se-á o número de votos válidos atribuídos a cada partido ou coligação pelo número de lugares definido para o partido pelo cálculo do quociente partidário do art. 107, mais um, cabendo ao partido ou coligação que apresentar a maior média um dos lugares a preencher, desde que tenha candidato que atenda à exigência de votação nominal mínima; II - repetir-se-á a operação para cada um dos lugares a preencher; III - quando não houver mais partidos ou coligações com candidatos que atendam às duas exigências do inciso I, as cadeiras serão distribuídas aos partidos que apresentem as maiores médias.

Destarte, da regra expressa no artigo 1º, parágrafo único, da Magna Carta, pela qual “[...] todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. [...]”, constata-se que a soberania popular, observados os sistemas majoritário e proporcional, confere a possibilidade de transmissão de mandatos representativos com a proclamação pela Justiça Eleitoral. O candidato passa então a titular de um mandato representativo²⁹.

Caminhando para a conclusão deste subcapítulo, o artigo 14 da CF, em seus incisos, regulamenta os institutos de consulta popular: o plebiscito, o referendo, e a iniciativa popular.

O primeiro instituto, denominado *plebiscito*, constitui meio de consulta popular que antecede a tomada de decisões pelo governo. Já no segundo instituto, o *referendo*, esta consulta é posterior à tomada de decisão. Para ambos os institutos a convocação é de competência exclusiva do Congresso Nacional, segundo preceitua o artigo 49, XV da Constituição Federal.

Por fim, nos moldes do artigo 61, § 2º da CF, a iniciativa popular consiste no poder conferido ao cidadão de apresentar projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Destarte, infere-se do exposto que a soberania popular – observados os sistemas majoritário e proporcional – além de positivada no texto constitucional em seu art. 1º; bem como, tendo sido estabelecidos os instrumentos pelos quais se efetiva (artigo 14 da CF); representa a fonte legítima de poder e limitação de atuação do Estado, cuja materialização ocorre por intermédio do sufrágio, que desencadeia a transmissão de mandatos temporários aos representantes eleitos, devendo estes, atuar representando os interesses e promovendo a defesa dos direitos do povo.

2.2 DEMOCRACIA: ANÁLISE DA OBRA DE ROBERT DAHL

Na obra “Sobre a Democracia”, o cientista político Robert A. Dahl traça inicialmente um breve retrospecto histórico identificando o surgimento e o desenvolvimento conceitual de “democracia” na Grécia clássica e em Roma, em meados de 500 a.C.

²⁹ Ibid., p. 45.

Discorre que os atenienses, para designar um governo “exercido pelo povo”, cunharam o termo *demokratia*.

Os aristocratas de então teceram duras críticas a este regime denominando “o governo pelas pessoas comuns”, pois o controle governamental era por eles até então exercido.

Nada obstante, foi inegável a influência dos gregos na filosofia política. Foram eles os primeiros a incluir a participação dos cidadãos no governo, ou seja, a materializar efetivamente a “democracia participante”.

Outro importante marco trazido pelos gregos foi o método de selecionar cidadãos para o exercício das funções ou obrigações públicas por uma espécie de sorteio, visando a garantir a todos um cargo no governo.

Paralelamente, outro modelo de governo também tido como democrático desenvolveu-se em Roma: a denominada “república” – termo oriundo do latim para designar “a coisa pública” ou “os negócios públicos”.

Para o modelo romano, a participação restringia-se inicialmente aos patrícios, aristocratas. Posteriormente, este direito foi estendido ao povo; porém, apenas aos cidadãos do sexo masculino, pois além da restrição de classes, havia então restrições quanto ao direito de participação das mulheres.

Neste ponto, Dahl questiona se referidas expressões – “democracia”, “república” e “governos populares” teriam de fato diferentes modelos, ou se representariam somente uma diferença linguística, frente as diferentes regiões nas quais foram concebidas.

Você talvez tenha notado que me referi a “governos populares” na Grécia, em Roma e na Itália. Como vimos, para designar seus governos populares, os gregos inventaram o termo *democracia*. Os romanos tiraram do latim o nome de seu governo, a *república*, e mais tarde os italianos deram este nome para os governos populares de suas cidades-estado. Você poderia muito bem lembrar que *democracia* e *república* se referem a tipos fundamentalmente diferentes de sistemas constitucionais. Ou será que essas duas palavras refletem justamente as diferenças nas línguas de que vieram? ³⁰

Em resposta a tal indagação, Dahl lembra a distinção feita por Madison, em 1787, na obra “*The Federalist: A Commentary on the Constitutions of the United States*”, segundo a qual uma democracia pura consistiria num pequeno número de

³⁰ DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2001. p. 26.

cidadãos que, reunidos, administrariam o governo; à medida que a república seria um governo exercido através de um modelo representativo³¹.

Dahl aduz, entretanto, que muito provavelmente por não guardar embasamento histórico, os termos não designavam “diferenças nos tipos de governo popular. Elas apenas refletiam, ao apreço da confusão posterior, uma diferença entre o grego e o latim, as línguas de que se originaram”.

Ainda que referidas formas de governo sejam um marco histórico, em nenhuma delas constatou-se a presença das instituições políticas essenciais tais como um parlamento nacional, representantes, e governos locais popularmente eleitos.

Na sequência, o autor aborda a criação das *assembleias locais* iniciada pelos vikings, na qual os “homens livres” reuniam-se para deliberar sobre questões importantes da sociedade da época. Estas *assembleias locais*, então, evoluem para *assembleias regionais e nacionais*.

A participação popular nas assembleias do período viking, com o passar do tempo, as transformou em parlamentos devido às significativas alterações que estendiam a participação aos diversos setores da sociedade.

Nesse período começa-se a falar no *sistema de freios e contrapesos* e na *separação de poderes*, pois o monarca e o parlamento eram limitados pela autoridade um do outro; sendo que as leis por eles promulgadas deveriam ser interpretadas por juízes, em obediência a tal sistema.

Ante às ideias e práticas que proporcionaram o desenvolvimento da democracia mesmo que de modo muito frágil, o autor refere-se a importantes questões condutoras de uma efetiva democratização.

Primeiramente, menciona a profunda desigualdade de direitos, deveres, castas, *status*, fortuna, obrigações, conhecimento, gênero e outras que acabaram por obstar a concretização da igualdade; e, conseqüentemente, da implementação de um modelo democrático. Em segundo lugar, ressalta que tanto as assembleias quanto os parlamentos não representavam de fato instrumentos da democracia, pois seus representantes obtinham ainda mais privilégios que a aristocracia e o alto clero. Em terceiro lugar, destaca que os representantes do povo eram somente homens e que, por esta razão, seria inverossímil afirmar que representavam o povo quando metade

³¹ DAHL, Robert A. Sobre a Democracia. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2001. p. 26. Apud. MADISON, James. *The Federalist: A Commentary on the Constitutions of the United States*, Nova York, Modern Library [1937?], n. 10, p. 59.

da população adulta era excluída da vida política. Em quarto lugar, demonstra que a liberdade de expressão restringia-se a determinados assuntos e deste modo, as ideias e concepções democráticas não compartilhadas, não eram compreendidas³² pelos cidadãos.

Depreende-se, portanto, que neste período ainda não estavam presentes em sua totalidade as condições indispensáveis para uma efetiva democratização.

Para Dahl, um sistema somente seria plenamente democrático ao satisfazer cinco critérios descritivos de um modelo democrático ideal (objeto de análise do tópico 2.3); mas adverte, “[...] nenhum de nós acredita que realmente possamos chegar a um sistema perfeitamente democrático, dados os inúmeros limites que o mundo real nos impõe. [...]”³³. Por fim, ressalta que a observância de tais critérios possibilitaria a comparação das realizações e imperfeições do sistema político e das suas instituições, tornando possível solucionar seus defeitos e imperfeições e garantir uma maior proximidade do modelo ideal; e, que determinadas instituições políticas, mesmo que em pequena escala, seriam insuficientes em grande escala – seja territorial ou populacional.

Nos séculos XIX e XX, surge em resposta um sistema político prevendo novas instituições políticas.

Dahl reconhece que, por vezes, ainda que necessárias, tais instituições serão insuficientes para o atingimento da democracia real, já que na grande maioria dos países democráticos, há um hiato entre a democracia real e ideal.

Defende que para se atingir um sistema plenamente democrático, alguns critérios deveriam ser preenchidos:

Participação efetiva. [...] todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões. Igualdade de voto. [...] todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de voto e todos os votos devem ser contados como iguais. Entendimento esclarecido. [...] cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências. Controle de programa de planejamento. Os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões devem ser colocadas no planejamento; e, Inclusão dos adultos. Todos ou, de qualquer maneira, a maioria dos adultos residentes permanentes deveriam ter o pleno direito de cidadãos [...].³⁴

³² DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 32/34.

³³ Ibid., p. 40.

³⁴ Ibid., p. 49/50.

Depois de apontar critérios, Dahl enuncia as 10 (dez) consequências desejáveis produzidas por um regime democrático, quais sejam: evitar a tirania; garantir direitos essenciais; liberdade geral; autodeterminação; autonomia moral; desenvolvimento humano; proteção dos interesses pessoais essenciais; igualdade política; e, busca pela paz e prosperidade.

Trata ainda o autor da *igualdade política*; ou seja, das instituições políticas que devem estar presentes em regimes democráticos de grande escala, partidos e sistemas eleitorais e de que forma o capitalismo de mercado influi no processo democrático.

Enumera também seis arranjos, práticas ou instituições exigidas no processo democrático aplicado em um Estado que, se tomadas em conjunto, constituem um novo modelo de governo popular – um tipo de “democracia” por vezes chamado de *poliarquia* ou democracia *poliárquica*. Explica “[...] Poliarquia deriva das palavras gregas que significam ‘muitos’ e ‘governo’, assim, ‘o governo de muitos’ se distingue do governo de um, a monarquia, e do governo de poucos, a oligarquia ou a aristocracia.”³⁵.

Sabe-se que o modelo democrático, quando aplicado em larga escala, tem por exigências mínimas: funcionários eleitos; eleições livres, justas e frequentes; liberdade de expressão; fontes de informação diversificadas; autonomia para as associações e, cidadania inclusiva.

Para melhor compreender a aplicação destas instituições políticas, analisar-se-á cada uma, individualmente.

A primeira instituição – “representantes eleitos”, é imperativa para a satisfação dos princípios democráticos da participação efetiva, controle do programa e igualdade de voto.

Devido ao crescimento populacional e geográfico, questionou-se o autor quanto à possibilidade de se garantir ao povo participação efetiva e controle do programa de planejamento das decisões governamentais. A solução encontrada foi oportunizar a eleição de funcionários para que ficassem responsáveis por representar seus interesses até a realização das eleições. Explica John Stuart Mill:

É evidente que o único governo que pode corresponder plenamente a todas as exigências do Estado social é um governo em que todo o povo participa;

³⁵ Ibid., p. 104.

em que qualquer participação, mesmo na menor função pública, é útil; que a participação deveria ser por toda parte tão grande quanto permita o grau geral de melhoria da comunidade; e que, em última análise, nada pode ser menos desejável do que a admissão de todos numa parcela do poder soberano do Estado. Numa comunidade que exceda o tamanho de uma cidadezinha, *todos* não podem participar pessoalmente de qualquer porção dos negócios públicos, a não ser alguma muito pequena; portanto, o tipo ideal do governo perfeito deve ser representativo.³⁶

Deste modo, as decisões políticas governamentais serão controladas por funcionários constitucionalmente eleitos pelo corpo político, ou seja, pelo povo.

A segunda instituição prevê “eleições livres, justas e frequentes” em atendimento aos critérios do controle do programa e da participação efetiva.

Partindo-se do pressuposto da igualdade política, deve-se conferir a todos os indivíduos “uma oportunidade igual e efetiva de votar e todos os votos devem ser contados como iguais”³⁷. Neste contexto, são consideradas livres e justas as eleições nas quais o ser humano não teme represálias ao ir às urnas, uma vez que todos os votos são igualmente contados. Devem ser frequentes, eis que a ausência de eleições culminaria na perda do controle sobre os funcionários eleitos³⁸.

A democracia exige ainda a liberdade de expressão que, para muito além de proporcionar participação na vida política, significa o direito de ouvir e ser ouvido.

Ressalta o autor que somente mediante a liberdade de expressão é que se adquire o entendimento esclarecido e a competência cívica; e que sem a liberdade de expressão, perde-se a habilidade de influenciar no processo decisório do governo. Observa ainda outra instituição de grande relevância – as fontes de informações diversificadas – “[...] os cidadãos devem ter acesso a fontes de informação que não estejam sob o controle do governo ou que sejam dominadas por qualquer grupo ou ponto de vista.”³⁹.

Caminhando para uma conclusão, Dahl trata das associações independentes que, em democracias de larga escala, são desejáveis além de necessárias, segundo explica – “[...] também são uma fonte de educação cívica e esclarecimento cívico:

³⁶ DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 108/109. Apud. MILL, John Stuart. ***Considerations on Representative Government [1861]***. Nova York: Liberal Arts Press, 1958. p. 55.

³⁷ Ibid., p. 109.

³⁸ Ibid., p. 109/110.

³⁹ Ibid., p. 111.

proporcionam informação aos cidadãos e, além disso, oportunidades para discutir, deliberar e adquirir habilidades políticas.”⁴⁰.

Por último, Dahl trabalha a questão não menos importante da *cidadania inclusiva*, segundo a qual é vedado negar-se os direitos anteriormente descritos aos adultos com residência permanente no país e sujeitos às suas leis.

Em síntese, os seis arranjos da poliarquia são exigidos à democracia de grande escala do país ou do Estado-nação e, para além disso, a satisfação dos cinco critérios do processo democrático são fundamentais, quais sejam: a participação efetiva; a igualdade de voto; o entendimento esclarecido; o controle do programa de planeamento e a inclusão dos adultos. Estes, porém, embora necessários, podem se mostrar, por vezes, insuficientes.

Dahl apresenta em sua obra distinções importantes entre os diversos modelos democráticos.

O “modelo moderno” diferencia-se do “modelo grego” em dois pontos: a inclusão e a eleição de representantes com autoridade para legislar. O segundo apontamento refere-se à democracia de assembleia e à democracia representativa, em que o primeiro modelo confere aos cidadãos oportunidades efetivas de participação no processo democrático; ao passo que no “modelo representativo”, esta participação se dá por intermédio dos representantes eleitos empreendidos em grandes unidades.

Um dos problemas mais debatidos da obra de Dahl é o das limitações da democracia no governo representativo; ou seja, a busca de estabelecer quais as consequências e alterações sofrerá o modelo democrático quando aplicado ao governo de um Estado: “[...] A lei do tempo e dos números: quanto mais cidadãos uma unidade democrática contém, menos esses cidadãos podem participar diretamente das decisões do governo e mais eles têm de delegar a outros essa autoridade.”⁴¹.

Resta caracterizado o dilema da democracia, isto é, a participação do cidadão *versus* eficácia do sistema.

Se nosso objetivo é estabelecer um sistema de governo democrático que proporcione o máximo de oportunidades para os cidadãos participarem das decisões políticas, evidentemente a democracia de assembleia num sistema político de pequena escala, está com vantagem. Contudo, se nossa meta é estabelecer um sistema democrático de governo que proporcione o maior

⁴⁰ Ibid., p. 112.

⁴¹ Ibid., p. 125.

terreno possível para tratar eficazmente dos problemas de maior importância para os cidadãos, então, em geral, a vantagem estará numa atividade de tal tamanho que será preciso um sistema representativo⁴².

Na sequência, o autor trabalha as organizações intergovernamentais e analisa quão democráticas são.

Dadas as imensas diferenças populacionais, quando inserido o sistema representativo, mostrar-se-ia inviável conferir igual valoração ao voto de cada um dos cidadãos pois países maiores acabariam por suplantar os menores e, em razão disto, negar-se-ia vigência à igualdade política.

Apresenta como solução a não satisfação de todas as exigências essenciais para a democratização e as negociações entre as elites políticas e burocráticas.

Em conclusão, salienta que mesmo sendo possível estabelecer minimamente limites exteriores para realização das referidas negociações “[...] chamar de “democráticas” as práticas políticas dos sistemas internacionais seria roubar todo o significado da expressão.”⁴³.

Prossegue descrevendo as variadas constituições e arranjos constitucionais, inserindo neste contexto os sistemas eleitorais e partidários.

As constituições dos Estados Democráticos podem se apresentar de forma escrita ou oral, elencar o rol de direitos fundamentais nela garantidos e abarcar direitos políticos e sociais.

O sistema poderá ainda ser classificado como “federal” – no qual “[...] algumas unidades territoriais menores (estados, províncias, regiões) têm garantia de permanência e razoável autoridade [...]”⁴⁴, ao passo que, no sistema “unitário” “[...] sua existência e sua autoridade dependem de decisões tomadas pelo governo nacional.”⁴⁵. Terão eles legislativos unicamerais ou bicamerais, com revisão judicial. O mandato dos juízes em âmbito federal ou nacional é vitalício consoante previsão constitucional, assegurando mais independência frente a pressões políticas. Prevista é a realização de referendos.

O sistema poderá ser classificado ainda como “presidencialista” ou “parlamentarista”. No primeiro, a eleição do chefe do executivo é independente do

⁴² Ibid., p. 125.

⁴³ Ibid., p. 132.

⁴⁴ Ibid., p. 137.

⁴⁵ Ibid., p. 137.

legislativo; e no segundo, pode o chefe do executivo eleito ser destituído pelo parlamento.

Mesmo que não estejam expressos na constituição, os sistemas eleitorais devem ser considerados como sua parte integrante.

Pode-se afirmar que os textos constitucionais são importantes aos governos democráticos na medida em que proporcionam estabilidade às instituições políticas, protegendo direitos fundamentais das maiorias e das minorias, assegurando a neutralidade do processo seletivo e responsabilizando os líderes políticos pelas decisões tomadas, assegurando uma justa representação e o consenso informado. Além disto, garantem eficácia e competência ao governo para tratar de problemas e questões importantes dos cidadãos; transparência, abrangência, flexibilidade e, ao satisfazer os demais critérios, afere a legitimidade e a lealdade entre os cidadãos e as elites políticas⁴⁶.

Adentrando aos sistemas eleitorais, Dahl trata especificamente de dois sistemas principais possíveis: o da “representação proporcional” e o do “*first-past-the-post*” (ou FPTP).

O mais comumente utilizado é o da representação proporcional, que produz correspondência “[...] entre a proporção do total de votos lançados para um partido e a proporção de assentos que o partido obtém na legislatura.”⁴⁷.

Em contrapartida, de modo diverso, o sistema *first-past-the-post*, nas palavras de Dahl “[...] preferiram manter arranjos eleitorais que podem aumentar imensamente a proporção de assentos conquistados pelo partido com o maior número de votos.”⁴⁸. Refere-se a um modelo bastante criticado em razão da falha na questão da representação justa, eis que o apoio aos partidos nem sempre apresenta-se de maneira uniforme.

Antes de adentrar às condições favoráveis e desfavoráveis ao desenvolvimento da democracia, Dahl apresenta cinco possíveis combinações de sistemas eleitorais e chefes do Executivo: a opção do continente europeu (governo parlamentar com eleições por RP); a inglesa (governo parlamentar com eleições FPTP); a dos Estados Unidos (governo presidencialista com eleições FPTP); e por fim, a opção mista⁴⁹.

⁴⁶ Ibid., p. 136/144.

⁴⁷ Ibid., p. 148.

⁴⁸ Ibid., p. 148.

⁴⁹ Ibid., p. 155/156.

Como condições imprescindíveis à democracia, Dahl apresenta o controle dos militares e da polícia por funcionários eleitos; a cultura política e as convicções democráticas, e nenhum controle estrangeiro hostil à democracia. E favoráveis: uma sociedade e uma economia de mercado modernas e fraco pluralismo subcultural⁵⁰.

Começando pela intervenção estrangeira, Dahl analisa de que forma ela favorece ou não o desenvolvimento e a manutenção da poliarquia, relatando que historicamente tal fator por vezes mostrou-se favorável em algumas e desfavorável em outras dependendo da unidade nacional em análise. A título de exemplo, cita a América Latina, onde o controle estrangeiro foi responsável pela derrubada da poliarquia⁵¹.

Conclui-se, então, que a intervenção estrangeira pode se dar de forma favorável na democracia poliárquica, desde que aconteça com menor intensidade ou por curto lapso temporal, permitindo, desta forma, o desenvolvimento das instituições.

O Estado, detentor do monopólio da força, mesmo em Estados democráticos, fará uso da coerção para fazer valer suas leis e estabelecer relações internacionais. Em consequência, suas principais características são os meios pelos quais o Estado exerce a coerção física – “organizações militares e policiais cuja tarefa é o emprego (ou a ameaça de emprego) da violência sistemática para manter a ordem e a segurança”⁵².

Ainda nesta seara, em reforço, apresenta duas condições essenciais a fim de que o governo seja exercido de forma democrática. A primeira: que os militares devem estar sujeitos ao controle civil; e a segunda: que todos – civis, militares e a polícia – devem estar sujeitos ao processo democrático. Para ele, a ineficácia do controle pelos civis basta para esclarecer quanto a existência de regimes autoritários ou não democráticos em inúmeros países.

Dahl ressalta ser “[...] decisivo que os funcionários eleitos estabeleçam e mantenham o controle sobre os militares e a polícia, para estabelecer e preservar as instituições democráticas.”⁵³.

Ao tratar dos conflitos culturais, entende o autor haver uma maior viabilidade para a manutenção das instituições políticas democráticas em países culturalmente

⁵⁰ Ibid., p. 163.

⁵¹ Ibid., p. 164.

⁵² DAHL, Robert A. **A Democracia e Seus Críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 384.

⁵³ DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 166.

mais homogêneos e, a contrário senso, menor probabilidade em países com culturas muito diferenciadas e conflitantes⁵⁴.

Outra importante característica tratada por Dahl em sua obra, acerca da cultura, é a questão das crises. Segundo ele, é somente no modelo democrático que as instituições perduram apesar das crises. Pondera que quando “[...] cidadãos e seus líderes apoiam vigorosamente as práticas, as ideias e os valores democráticos [...]”⁵⁵ é que surge uma cultura democrática.

Por último, sustenta que numa economia capitalista de mercado, o desenvolvimento econômico por ela gerado favorece a manutenção e o desenvolvimento das instituições político-democráticas; e na mesma medida que a favorece acaba também por prejudicá-la.

Em resumo, segundo Robert Dahl, um país cujo regime democrático preencha todos os requisitos anteriormente expostos garante maior certeza de desenvolvimento e manutenção das suas instituições políticas.

Portanto, quer num, quer todos os países nos quais estes requisitos não se mostram presentes, a democracia dificilmente fomentará o seu desenvolvimento.

Retomando a questão do capitalismo e sua relevância para o desenvolvimento da poliarquia, a história demonstra que esse modelo de governo somente foi possível em países de economia capitalista de mercado e muito dificilmente, em países de economias planificadas.

Essa relação estrita existe porque certos aspectos básicos do capitalismo de mercado o tornam favorável para as instituições democráticas. Inversamente, alguns aspectos de uma economia predominantemente planificada a tornam prejudicial às perspectivas democráticas⁵⁶.

Isto significa afirmar que as entidades econômicas – indivíduos ou empresas privadas não pertencentes ao Estado -, objetivam única e tão somente o lucro, não estando inclinados à promoção do bem-estar ou do bem público. Os mercados, devido a essa qualidade de relativa autonomia, ao tomar livremente as suas próprias decisões, contribuem para o desenvolvimento econômico.

Ao contrário do que a intuição nos diria, os mercados servem para coordenar as decisões das entidades econômicas. A experiência histórica demonstra,

⁵⁴ Ibid., p. 166.

⁵⁵ Ibid., p. 174.

⁵⁶ Ibid., p. 184.

de modo bastante conclusivo, que um sistema em que são tomadas incontáveis decisões econômicas por inumeráveis atores independentes em competição, cada um atuando a partir de interesses egoístas muito restritos e orientados pela informação fornecida pelo mercado, produz bens e serviços de maneira bem mais eficiente do que qualquer outra alternativa conhecida. Mais do que eficiente: com uma regularidade e uma ordem verdadeiramente espantosas⁵⁷.

A evolução econômica ocasionada pela economia de mercado, além de ser favorável à democracia, reduz os conflitos políticos e sociais; proporciona maiores recursos em momentos de crise; ajuda na promoção de cidadãos mais instruídos e capacitados.

Expondo de outro modo, a descentralização das decisões econômicas em uma economia de mercado torna desnecessária a existência de um governo central forte e/ou autoritário.

Inexistindo o mercado para estruturar e organizar a economia, esta responsabilidade transfere-se ao governo que “[...] precisaria ter um plano central detalhado de grande alcance e, portanto, funcionários do governo encarregados de fazer, executar e verificar o cumprimento desse plano [...]”⁵⁸, por intermédio da aplicação adequada de incentivos legais, ilegais, coerção e punição.

O cerne da problemática está adstrita ao fato de que os recursos em uma economia centralmente planejada, ficam vinculados e sujeitos aos líderes do governo, aplicando-se o antigo aforismo “...O poder corrompe e o poder absoluto corrompe de maneira absoluta”.

Outrossim, constata-se que economias de planejamento central estão intimamente associadas aos regimes autoritários, posto que seria outorgado aos governantes acesso irrestrito aos recursos.

Ocorre que “[...] A democracia e o capitalismo de mercado estão encerrados num conflito permanente em que cada um modifica e limita o outro.”⁵⁹.

Ao proporcionar ganhos para alguns, o capitalismo de mercado acabava por prejudicar outros que, então se opunham à economia do *laissez-faire*. Para buscar proteção, socorriam-se aos políticos e ao governo. Nos países ingleses em geral, fortemente influenciados por movimentos populares, o *laissez-faire* não possuía sustentação pelo fato de as próprias instituições do mercado exigirem regulamentação

⁵⁷ Ibid., p. 184.

⁵⁸ Ibid., p. 185.

⁵⁹ Ibid., p. 191.

e intervenção estatal, bem assim, porque sem a regulamentação pelo governo, prejudica-se uma parcela da população⁶⁰. Sobre a prejudicialidade causada pelo capitalismo de mercado à democracia, Dahl explica:

No entanto, se a existência em um país de instituições políticas democráticas afeta de maneira significativa o funcionamento do capitalismo de mercado, a existência desse tipo de capitalismo afeta o funcionamento das instituições políticas democráticas. A flecha da causa, por assim dizer, voa nas duas direções: da política para a economia e da economia para a política. Como inevitavelmente cria desigualdades, o capitalismo de mercado limita o potencial democrático da democracia poliárquica ao gerar desigualdades na distribuição dos recursos políticos.⁶¹

Mesmo que o capitalismo de mercado crie um campo favorável aos governos democráticos, este limita-se à altura da democracia poliárquica, pois as consequências passam a incidir sobre a igualdade política, que se torna prejudicial ao desenvolvimento da democracia para além da poliarquia.

Finalmente, no último capítulo de sua obra, Dahl aborda algumas das dificuldades a serem enfrentadas pelas futuras democracias.

Em primeiro lugar, a questão da ordem econômica. Ainda que uma economia de mercado pareça ser a única alternativa aos países democráticos, afirmar que as empresas serão coordenadas e regidas pelo capitalismo é um tanto quando duvidoso. Os governos internos das empresas são antidemocráticos e o ganho econômico delas advindo é desigualmente distribuído, violando por consequência, o princípio da igualdade política.

Em segundo lugar, a internacionalização, cuja maior dificuldade reside na garantia de que “[...] os custos para a democracia sejam totalmente levados em conta quando as decisões passarem ao nível internacional e reforçarem os meios de responsabilizar as elites políticas e burocráticas por suas decisões.”⁶².

Em terceiro lugar, a diversidade cultural. Partindo-se da premissa da homogeneidade cultural como fator propício ao desenvolvimento dos regimes democráticos, futuramente, devido a união de minorias discriminadas e o aumento significativo de imigrações legais e ilegais, referida homogeneidade tende a ceder espaço a países cada vez mais diversificados culturalmente.

⁶⁰ Ibid., p. 191/193.

⁶¹ Ibid., p. 195.

⁶² Ibid., p. 202.

Em quarto lugar, inserido dentro do critério da compreensão esclarecida, estabelece que o cidadão deve ter iguais e efetivas oportunidades de conhecer políticas alternativas e pertinentes, bem como suas consequências. A educação cívica adquire-se inicialmente por intermédio da educação formal, assegurando ao povo a alfabetização. Posteriormente é possível inferir que sua educação aumenta na medida em que se disponibiliza o acesso a informações pela mídia. Contudo, defende Dahl, a disponibilidade ofertada pelos meios de comunicação como uma das principais causas da desinformação. A infinidade de informações ofertadas sofre diminuição com os partidos políticos e as organizações de interesses. Desta forma, os eleitores ficam adstritos a este nicho específico.

Todavia, a disponibilidade ofertada pelos meios de comunicação representa uma das principais razões de desinformação, defende Dahl. Essa infinidade de informações ofertadas e por vezes desconhecidas, veio a ser diminuída graças aos partidos políticos e as organizações de interesses, assegurando aos eleitores níveis mais acessíveis.

Um partido político normalmente tem uma história que os eleitores conhecem em linhas gerais, uma direção atual que, em geral, é a extensão de seu passado e um futuro bastante previsível. Assim, os eleitores têm menos necessidade de entender cada uma das questões públicas importantes – em vez disso, simplesmente votam em candidatos do partido que escolheram confiando em que, se eleitos, esses representantes adotarão políticas de acordo com seus interesses.⁶³

Em que pese suficientes até o momento, Dahl adverte que a solução habitual tornar-se-á insuficiente por três fatos:

Primeiro fato: Devido ao aumento da internacionalização, “[...] ações que afetam de modo considerável a vida dos cidadãos abrangem áreas cada vez mais amplas e números cada vez maiores de pessoas dentro de seus limites.”⁶⁴.

Segundo fato: A complexidade que as questões públicas assumem passam a exigir maior esforço por parte dos eleitores para que se mantenham inteirados das questões políticas; e, além do mais, porque “[...] o número de questões diferentes que interessam aos políticos, ao governo e ao Estado aumentou em todos os países democráticos. [...]”⁶⁵.

⁶³ Ibid., p. 204.

⁶⁴ Ibid., p. 206.

⁶⁵ Ibid., p. 206.

Terceiro fato: Não dissociado dos fatos anteriormente apresentados, refere-se a comunicação no decorrer do século XX. A evolução dos meios de comunicação acarretou uma crescente disponibilização de informações, mas isso, para Dahl, por si só, não seria suficiente para conferir aos eleitores maior competência ou compreensão sobre a vida política. Diante deste novo cenário, mostra-se imperioso capacitar o cidadão para que possa envolver-se inteligentemente na vida política.

Devido aos custos relativamente baixos da comunicação e da informação, a quantidade bruta de informação disponível sobre questões políticas em todos os níveis de complexidade aumentou imensamente. Não obstante, essa disponibilidade maior da informação talvez não leve a uma competência maior ou maior compreensão – a escala, a complexidade e a maior quantidade de informação impõem exigências sempre mais pesadas às capacidades dos cidadãos.⁶⁶

Diante disso, Dahl procura ressaltar que ainda que nenhuma das condições expostas sejam suficientes para explicar a existência ou não da *poliarquia* em um dado país, a presença delas garante de forma mais sólida o regime poliárquico.

Imperioso frisar que o resultado dependerá de cada país, eis que sob determinadas condições fortes e por isso favoráveis, outras poderão mostrar-se frágeis e por conseguinte, desfavoráveis.

De outro modo, as condições, ao sofrerem alterações no tempo, poderão fortalecer ou enfraquecer a manutenção da *poliarquia* num determinado país.

2.3 CRITÉRIOS PARA UM GOVERNO DEMOCRÁTICO SEGUNDO ROBERT DAHL

Conforme anteriormente mencionado, o termo “democracia”, que remonta aos gregos, designa o governo popular; e para que se torne viável este modelo de governo, indispensável é a elaboração de um processo ao qual os membros do corpo político devam estar submetidos.

De modo a defender a existência da democracia, Robert A. Dahl, em sua obra, parte da premissa de que “todos os membros deverão ser tratados (sob a Constituição) como se estivessem igualmente qualificados para participar do processo de tomar decisões sobre as políticas que a associação seguirá.”⁶⁷; ou seja, os

⁶⁶ DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 207.

⁶⁷ Ibid., p. 49.

associados deverão ser considerados politicamente iguais. Dentro dessa perspectiva, explica:

Nas questões mais importantes de que esta assembleia tratará, nenhum de nós é tão mais sábio do que os outros, para que automaticamente prevaleçam as ideias de um ou de outro. Ainda que alguns membros saibam mais sobre uma questão em determinado momento, somos capazes de aprender o que precisamos saber. Naturalmente, teremos de discutir as questões e deliberar entre nós antes de chegar a qualquer decisão. Deliberar, discutir e depois tomar as decisões políticas é uma das razões pelas quais estamos formando essa associação. Mas todos estamos igualmente qualificados para participar da discussão das questões e discutir as políticas que a nossa associação deve seguir. Consequentemente, a nossa constituição deve basear-se nesse pressuposto, ela terá de assegurar a todos nós o direito de participar das tomadas de decisão da associação. Para ser bem claro: porque estamos todos igualmente qualificados, devemos nos governar democraticamente.⁶⁸

De pronto extrai-se de sua obra dois aspectos fundamentais ao processo democrático: a compreensão esclarecida e a igualdade de qualificação para participação da vida política.

Complementando as já citadas, Dahl enuncia, ao todo, cinco critérios a serem satisfeitos para obtenção de um sistema plenamente democrático.

Inobstante a inviabilidade de se alcançar um modelo ideal, defende que referidos “[...] critérios nos dão padrões em relação aos quais podemos comparar as realizações e imperfeições restantes dos sistemas políticos e suas instituições [...]”⁶⁹, e que desta forma, ao corrigi-los, aproximar-se-ia do modelo ideal.

Os critérios imprescindíveis a um governo dito democrático, segundo o autor são: a participação efetiva, a igualdade de voto, a aquisição de entendimento esclarecido, o exercício do controle definitivo do planejamento e, a inclusão dos adultos.

Iniciando com a *participação efetiva*, Dahl explica que ao se conferir maiores oportunidades a alguns membros em detrimento de outros, a parcela agraciada com melhores condições provavelmente fará com que suas políticas prevaleçam⁷⁰. Consequentemente, quando não se confere igualdade aos cidadãos, resta depositado à uma minoria o poder para determinar as políticas públicas; e é exatamente essa a razão de ser do critério da participação efetiva: coibir a prevalência de uns, sobre os outros.

⁶⁸ Ibid., p. 48.

⁶⁹ Ibid., p. 40.

⁷⁰ Ibid., p. 50.

A respeito desta temática, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 5.394/DF, o Supremo Tribunal Federal, ao discutir e deliberar acerca da necessidade de identificação dos particulares responsáveis pelas doações a partidos políticos, debateu sobre a necessidade de observância dos princípios republicano e democrático, com ênfase também aos da transparência e da moralidade administrativa; visando a estabelecer à vista disso, dentro do capitalismo de mercado, uma relação entre a participação democrática e o financiamento de campanhas.

Adentrando brevemente no mérito do julgamento, para facilitar a compreensão (posto que uma análise pormenorizada será feita mais adiante, no tópico 4), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil impugnou na referida Ação Direta de Inconstitucionalidade a possibilidade de doações ocultas, isto é, “sem a individualização dos doadores”, prevista no parágrafo 12, do artigo 28 da Lei das Eleições.

A Suprema Corte, por maioria, acolheu o voto proferido do Ministro Relator Alexandre de Moraes, julgando procedente a ação para, conseqüentemente, declarar a inconstitucionalidade daquela expressão, contida no final do parágrafo 12 do artigo 28 da Lei da Eleições. A maioria dos Ministros presentes reputou-a afrontosa aos preceitos do Estado democrático, pelo evidente prejuízo à lisura do processo eleitoral e inegável influência que o poder econômico sobre ele exerceria, de forma desproporcional, impondo embaraço tanto à representatividade, quanto à legitimidade dos resultados.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o autor trabalha o segundo critério – *igualdade de voto*. Para ele, configuraria violação ao princípio da igualdade política conferir ao voto qualquer forma de distinção ou maior peso, pautado em uma condição pré-determinada. Dirá então que “[...] quando chegar o momento em que a decisão sobre a política for tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de votos e todos os votos devem ser contados como iguais.”⁷¹.

Deste modo, sua relevância apresenta-se na medida em que assegura igualdade a todos os indivíduos pertencentes à coletividade e conseqüentemente, igual peso ao interesse de todos.

⁷¹ Ibid., p. 49.

Acerca deste segundo critério, partindo do já exposto anteriormente (Tópico 2.1), o sufrágio e a própria igualdade de voto baseiam-se no voto livre, ou seja, no pressuposto de que o voto deve representar o convencimento pessoal do eleitor, livre de influências ou orientações externas, pois imaginar o contrário feriria toda a lógica do sistema proposto.

Ademais, imperioso analisar - ainda que brevemente - como estes institutos estão dispostos na legislação eleitoral e na Magna Carta.

Segundo Dahl, a democracia representa um sistema de direitos e por esta razão, vasta gama de direitos fundamentais devem ser assegurados aos cidadãos.

Sustenta que quando se analisa o texto constitucional, em diversos artigos são positivados direitos fundamentais que embasam a existência do Estado Democrático, quais sejam: a pluralidade (preambulo e artigo 1º, inciso V), a liberdade e a igualdade (artigo 5º, *caput*), a liberdade de manifestação (artigo 5º, inciso IV), a própria soberania popular (artigo 14) e, a participação (artigos 28, 29, inciso I, 45, 46 e 47).

Ao estudar a evolução do conceito de “soberania” (Tópico 2.1), apontou-se o “sufrágio” como um dos principais instrumentos de concretização da soberania popular e do Estado Democrático de Direito, eis que responsável pela transmissão de mandatos representativos. O voto, neste sentido, além de materializar a vontade popular também se mostra imprescindível ao sistema democrático aplicado em larga escala. A sua grande relevância fez com que o texto constitucional estabelecesse em seu artigo primeiro que “todo poder emana do povo, que o exerce através de representantes eleitos ou diretamente”, materializando o sistema democrático que, por sua vez, é exercido pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, conforme preceitua o artigo 14 da Constituição Federal.

Imperioso ressaltar que, além de constitucionalmente tutelado, o sufrágio universal constitui como cláusula pétrea que, como acentua Maluf “[...] corresponde a uma universalidade de competências”⁷²; ou seja, é vedada a sua alteração segundo dispõe o art. 60, § 4º, II da Magna Carta.

Defende, Ana Tereza Basílio, que o sufrágio no Brasil, além de efetivar o princípio da soberania popular materializado na capacitação para votar e no direito de ser votado, constitui fator essencial aos direitos políticos; e explica:

⁷² MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 227.

O direito ao sufrágio deve ser visto sob dois aspectos: capacidade eleitoral ativa e capacidade eleitoral passiva. A capacidade eleitoral ativa representa o direito de votar, ou seja, o direito de alistar-se como eleitor (alistabilidade). A capacidade eleitoral passiva consiste no direito de ser votado, de eleger-se para um cargo político (elegibilidade). Em conjunto com o sufrágio universal, a Constituição da República (art. 14, *caput*) e o art. 82 do Código Eleitoral asseguram o sigilo do voto. O Princípio do Voto Secreto pressupõe não só a personalidade do voto, mas, também, direito subjetivo do eleitor. A finalidade é evitar o suborno, a corrupção e a intimidação do eleitor.⁷³

Constata-se, então, que além de constitucionalmente previsto e assegurado, também a legislação infraconstitucional tutela o direito ao sufrágio e por consequência, a igualdade do voto.

Sabe-se que a esfera eleitoral é independente das demais, ou seja, é autônoma e especializada para tratar de questões relacionadas ao processo eleitoral, estando regulamentada nos artigos 118 a 121 da Magna Carta.

A legislação infraconstitucional, então, acabou por estabelecer quais são as regras aplicadas às eleições para os diferentes cargos públicos (artigos 82 a 86 do Código Eleitoral).

Fundamentando a razão da obrigatoriedade do voto, o Código Eleitoral define que “[...] embora expresse um direito público, o voto é, também um dever cívico”⁷⁴.

Segundo Zílio, à luz do princípio da representatividade, a democracia representativa caracteriza-se pela escolha dos mandatários pela população; sendo outorgado aos representantes eleitos pelo voto popular um mandato político temporário – período no qual, deverão exercer atos de representação daquela circunscrição⁷⁵.

Dahl prossegue com o terceiro critério: o *entendimento esclarecido* segundo o qual os cidadãos deverão “[...] ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências.”⁷⁶.

Ou seja, em uma democracia é necessário garantir ao povo um mínimo de informações e esclarecimentos quanto às políticas públicas, para que consigam os eleitores deliberar sobre as melhores opções.

⁷³ BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro. **Código Eleitoral Comentado e Legislação Complementar**. Rio de Janeiro: EJE/SAD/CADOC, 2012. p.116/117. Disponível em: <http://www.tre-rj.jus.br/site/gecoi_arquivos/arg_071809.pdf>. Acesso em: 05 novembro 2020.

⁷⁴ Ibid., p. 117.

⁷⁵ ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 45.

⁷⁶ Ibid., p. 49.

Por direcionar as ações das instituições democráticas, tal critério acaba por coibir a restrição ao acesso às informações, fator de grande relevância para o processo decisório.

A propósito, no julgamento de Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC 839/DF⁷⁷) ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), o Supremo Tribunal Federal discutiu a relevância da comunicação de ideias e da propaganda doutrinária no contexto da sociedade democrática ao discutir e deliberar sobre as disposições da Lei nº 8.624/93, acerca do plebiscito destinado a definir a forma e o sistema de governo regulamentada pelo artigo 2º do ADCT, alterado pela Emenda Constitucional nº 2/92; bem como, a organização de frentes parlamentares sob a forma de sociedade civil.

Ao proferir seu voto, o Ministro Relator Néri da Silveira afirmou que conceder “às associações civis alcunhadas de ‘frentes parlamentares’, de horário gratuito para a propaganda publicitária nas emissoras de rádio e televisão, revela-se sobremodo ultrajante a agressão ao diploma constitucional”; e, que a Constituição em seu artigo 17, parágrafo 3º conferiu aos partidos políticos acesso gratuito ao rádio e à televisão para divulgações anuais do programa partidário – quer para eleições majoritárias, quer para proporcionais. Sobre a relação entre o artigo 2º, parágrafo 1º do ADCT com a disposição do artigo 17, parágrafo 3º da Constituição Federal, entendeu que suprimir a participação dos partidos políticos representaria um “*golpe mortal no princípio basilar do ‘pluralismo político’*”, concluindo que referida a Lei nº 8.624/93 viola os preceitos da soberania popular e do pluralismo político “constitucionalmente qualificados pela proeminência dos partidos políticos na arena das questões maiores da nacionalidade.”.

Em outros termos, a Suprema Corte entendeu que na ordem democrática, para além de assegurar liberdades civis e individuais tais como o sufrágio universal, é de suma importância a promoção da educação do povo para a democracia, bem como o fornecimento de meios para o esclarecimento dos eleitores a cada pleito ou consulta, de modo a despertar no corpo coletivo a consciência do dever cívico e do seu direito inalienável: “a educação para a democracia, não pode, ademais, ser obra, apenas,

⁷⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 839/1993**, Rel. Min. Néri da Silveira. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=392110>>. Acesso em: 24 novembro 2020.

das campanhas eleitorais ou dos momentos de consulta popular em geral.”. Neste sentido, os partidos políticos têm especial papel e contribuem significativamente no processo de esclarecimento e promoção da educação do povo para as formas de convivência e de expressão da democracia. Conseqüentemente, o progresso das instituições políticas deve pautar-se em um compromisso para com a democracia, contribuindo por intermédio de divulgação de programas e o debate de ideias, visando à educação do povo e a inclusão na vida política.

Sustentou, o Ministro Carlos Velloso, em seu voto condutor, ainda, que: “a expressão da soberania popular, principalmente no sistema político eleitoral brasileiro, deve ser conduzida pelos partidos políticos”, pois não seria possível falar em democracia representativa sem que existissem partidos políticos responsáveis pela autodeterminação social.

O Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto, reforçou o papel fundamental dos partidos políticos em uma democracia representativa, por interferirem diretamente na formação da opinião pública.

O Supremo Tribunal Federal prolatou, então, acórdão de indeferimento da medida cautelar de suspensão da eficácia do artigo 4º e seus parágrafos, artigo 5º e seus parágrafos 1º, 2º e 3º, artigo 6º e seu parágrafo único da Lei nº 8.624/93.

Portanto, no julgamento, foi ressaltada a importância na comunicação de ideias e da propaganda doutrinária para a sociedade pelo fato do cidadão nela encontrar respaldo para formar o seu convencimento, participar ativamente da vida pública e assim influenciar positivamente no planejamento público.

Na sequência, como quarto critério, o autor trabalha o controle do programa de planejamento segundo o qual deve ser conferido ao *demos* a possibilidade de decidir o que deverá ser incluído no planejamento para prolação de decisão vinculativa.

Os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões devem ser colocadas no planejamento. Assim, o processo democrático exigido pelo três critérios anteriores jamais é encerrado. As políticas da associação estão sempre abertas para a mudança pelos membros, se assim estes escolherem.⁷⁸

Por fim, como quinto e último critério, o autor trata da inclusão dos adultos, estabelecendo que: “[...] todos ou, de qualquer maneira, a maioria dos adultos

⁷⁸ DAHL, 2001, p. 49.

residentes permanentes deveriam ter o pleno direito de cidadãos [...]”⁷⁹, isto é, assegura-se a todos os cidadãos o direito de participar da vida pública, culminando na efetivação do primeiro critério exposto.

Partindo dos cinco critérios enunciados como instrumentos para se atingir um modelo de governo plenamente democrático, na tentativa de responder por quê a democracia seria a melhor forma de governo frente a qualquer opção não democrática, Dahl enumera as dez consequências desejáveis produzidas por um modelo democrático – enunciadas no tópico 2.2, página 29.

A primeira consequência desejável apontada concentra-se no fato de que o regime democrático obsta a tirania ou “ajuda a evitar o governo de autocratas cruéis e corruptos”. Prova disto são os diversos governos despóticos registrados ao longo dos anos, como por exemplo o governo de Joseph Stalin na União Soviética (1929-1953); de Adolph Hitler na Alemanha nazista (1933-1945); e, o governo despótico de Pot Pol no Cambodja (1975-1979).

O problema fundamental e mais persistente na política talvez seja evitar o domínio autocrático. Em toda a história registrada, incluindo este nosso tempo, líderes movidos por megalomania, paranoia, interesse pessoal, ideologia, nacionalismo, fé religiosa, convicções de superioridade inata, pura emoção ou simples impulso exploraram as excepcionais capacidades de coerção e violência do Estado para atender a seus próprios fins. Os custos humanos do governo despótico rivalizam com os custos da doença, da fome e da guerra.⁸⁰

O que se verificou nos regimes citados foi a constante utilização da violência, a supressão de direitos individuais e o cerceamento da liberdade dos indivíduos.

Dahl pondera que os regimes democráticos são mais justos e garantidores dos interesses humanos básicos, levando em consideração o fato de prevenirem abusos cometidos por autocracias de governo, situação mais benéfica relativamente aos governos não democráticos.

A segunda consequência importante diz respeito à garantia aos cidadãos da defesa dos seus direitos fundamentais, garantia essa não concedida nos sistemas não democráticos. Ressalta o autor que para além de ser um modelo de governo, a democracia representa um sistema de direitos; e no que lhe concerne, constituem estes a base de um governo democrático.

⁷⁹ Ibid., p. 50.

⁸⁰ Ibid., p. 59.

Como exemplo dos direitos garantidos aos cidadãos inseridos em governos democráticos, Dahl retoma os critérios previstos para um processo democrático, como a participação efetiva, que abarca tanto o direito de participar, quanto o direito de expor suas opiniões políticas; a igualdade de voto, que consiste não somente no direito de votar, mas também, de que os votos sejam contados de forma justa e equânime.

Nesta toada, pode-se afirmar que para satisfação das exigências feitas pelos regimes democráticos os direitos, além de serem cumpridos, devem estar ao alcance dos cidadãos. Caso contrário, o governo não poderá ser considerado democrático.

Para que seja considerada uma democracia, Dahl reforça ainda que não basta somente a conceituação de tais princípios democráticos na constituição do Estado, sendo necessário que as instituições proporcionem e protejam efetivamente oportunidades e direitos democráticos essenciais. Do contrário, representariam mera fachada para governos autoritários.

Como terceira consequência desejável, sustenta que o modelo democrático garante aos cidadãos uma liberdade pessoal mais ampla que qualquer outra alternativa, pois “[...] além de todos os direitos, liberdades e oportunidades rigorosamente necessários para um governo ser democrático, os cidadãos numa democracia, com certeza, gozam de uma série de liberdades ainda mais extensa.”⁸¹.

A quarta consequência apresentada é de que a democracia auxilia na proteção de direitos e interesses fundamentais dos cidadãos ainda que existam conflitos de interesses entre os indivíduos inseridos em um corpo coletivo, permitindo aos indivíduos a busca e defesa de seus interesses posto que “[...] a democracia protege essa liberdade e essa oportunidade melhor que qualquer sistema político alternativo que tenha sido criado.”⁸².

Neste ponto, Dahl relembra a concepção de liberdade defendida por John Stuart Mill, segundo a qual, somente mediante um governo democrático é que se torna possível a proteção do direitos e interesses de abusos perpetrados pelo governo e por aqueles que o influenciam e/ou o controlam. Em conclusão, Mill afirma que “nada pode ser mais desejável que a admissão de todos em uma parcela no poder soberano do Estado.”⁸³.

⁸¹ Ibid., p. 64.

⁸² Ibid., p. 65.

⁸³ DAHL, Robert A. Sobre a Democracia. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 66. Apud. MILL, John Stuart. *Considerations on Representative Government* [1861]. Nova York: Liberal Arts Press, 1958. p. 43/45.

Aduz que em uma democracia, mesmo não sendo protegidos todos os interesses, o fato é que estando “[...] excluído, pode ter a certeza de que os seus interesses serão gravemente feridos por descuido ou por perdas completas.”⁸⁴.

Prossegue com a quinta consequência desejável, qual seja: apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para as pessoas exercitarem a liberdade de autodeterminação; isto é, de se submeterem às leis de sua própria escolha. Não obstante às vezes os interesses possam mostrar-se contrários uns aos outros, ou seja, conflitantes entre si, para solucionar impasses mostra-se necessária a criação de leis de modo a coadunar as vontades do corpo coletivo.

Para tanto, Dahl afirma ser indispensável a elaboração de um processo apto a conduzir a decisões, regras e leis que satisfaçam razoavelmente a três critérios: garantir aos cidadãos a oportunidade de apresentar seus pontos de vista antes da promulgação de determinada lei; garantir a todos oportunidades para discutir, deliberar, negociar e procurar soluções conciliatórias; e, caso se mostre impossível a unanimidade, que possibilite a promulgação da lei proposta pela maioria⁸⁵. Desta forma, mesmo não assegurando que todos viverão sob as leis de sua escolha, “expandem a autodeterminação até seu maior limite viável.”⁸⁶. Explica:

Ainda que esteja entre os eleitores cuja opção preferida é rejeitada pela maioria de seus concidadãos, você haverá de convir que esse processo é mais justo que qualquer outro que razoavelmente tenha esperança de atingir. Você estará exercendo sua liberdade de autodeterminação escolhendo livremente viver sob uma constituição democrática em vez de uma alternativa não democrática⁸⁷.

Como sexta consequência desejável, Dahl sustenta que somente um governo dito democrático poderia oportunizar o exercício da responsabilidade moral – aludindo ao processo decisório que se efetiva mediante reflexão, deliberação, escrutínio e consideração das alternativas e das suas consequências, pautada nos princípios morais de cada componente do corpo eleitoral. Dito de outro modo “ser moralmente responsável é ter o governo de si no domínio das opções moralmente pertinentes.”⁸⁸.

Diversamente do que ocorreria em governos não democráticos por estarem sujeitos a decisões coletivas, em igual proporção, capacita-se o indivíduo para viver

⁸⁴ Ibid., p. 66.

⁸⁵ Ibid., p. 67.

⁸⁶ Ibid., p. 67.

⁸⁷ Ibid., p. 68.

⁸⁸ Ibid., p. 68.

como moralmente responsável visto que se maximiza a oportunidade de participação de viver sob leis de sua própria escolha.

Como sétima consequência Dahl traz ainda a promoção do desenvolvimento humano mais plenamente do que qualquer alternativa possível. Afirma ser viável verificar tal afirmação empiricamente, através da comparação entre povos regidos por regimes democráticos e não democráticos. Sem embargo, ante à complexidade da tarefa, reconhece que embora plausível a proposição, ela não é comprovada.

Apenas sistemas democráticos proporcionam as condições sob as quais as características mencionadas têm probabilidade de se desenvolver plenamente. Todos os outros regimes reduzem, em geral drasticamente, o campo em que os adultos podem agir para proteger seus próprios interesses, levar em conta os interesses dos outros, assumir a responsabilidade por decisões importantes e empenhar-se livremente com outros na busca pela melhor decisão. Um governo democrático não basta para garantir que essas características se desenvolvam, mas é essencial.⁸⁹

Seguindo essa linha de raciocínio, Dahl elenca como oitava consequência desejável a promoção de um grau relativamente elevado de igualdade política, ou melhor, enuncia que apenas um modelo democrático possibilita que se atinja uma maior igualdade política entre os indivíduos.

Para ele, as democracias representativas modernas não guerreiam umas com as outras porque o comércio internacional existente entre elas predispõe relações pacíficas; e por esse motivo, cidadãos e líderes democráticos desenvolvem meios para conciliação, bem como consideram os países democráticos como menos ameaçadores e mais confiáveis.

Finalmente, defende como décima consequência desejável a prosperidade observada em países com governos democráticos comparada a países com governos não democráticos. Neste tópico, o autor trata da relação existente entre a riqueza e a democracia⁹⁰ observada desde o século XIX, quando as democracias já eram consideradas ricas e os países não democráticos eram tidos como pobres. Explica Dahl:

⁸⁹ Ibid., p. 69.

⁹⁰ O autor explica que devido a afinidade entre a democracia representativa e uma economia de mercado – onde não há uma regulamentação rigorosa –, há maior liberdade aos trabalhadores para mudança de emprego; às propriedades particulares a competição por vendas e recursos. Embora nem todos os países com economia de mercado fossem considerados democráticos, todos os países com regimes democráticos de governo, possuíam economia de mercado no final do século XX. Ibid., p. 71/72.

Caracteristicamente, as democracias possuem outras vantagens econômicas sobre a maioria dos sistemas não democráticos. Os países democráticos promovem a educação de seu povo – e uma força de trabalho instruída é inovadora e leva ao desenvolvimento econômico. O governo da lei normalmente se sustenta melhor em países democráticos, os tribunais são mais independentes, os direitos de propriedade são mais seguros, os acordos contratuais são cumpridos com maior eficácia e é menos provável haver intervenção arbitrária do governo e dos políticos. Finalmente, as economias modernas dependem da comunicação; nos países democráticos, as barreiras para as comunicações são muito baixas – é mais fácil procurar e trocar informação e bem menos arriscado do que na maioria dos regimes não democráticos.⁹¹

Em contrapartida, “a economia de mercado gera a desigualdade política, por isso também pode reduzir as perspectivas de atingir a plena igualdade política entre os cidadãos de um país democrático.”⁹².

Sistematicamente, as vantagens do governo democrático em detrimento de qualquer outro não democrático, são: impede o governo de autocratas cruéis e perversos; garante aos cidadãos direitos fundamentais não proporcionados por governos não democráticos; assegura aos cidadãos maior liberdade individual; protege interesses fundamentais; proporciona uma oportunidade máxima para os indivíduos exercitarem a liberdade de autodeterminação; proporciona o exercício da responsabilidade moral; promove o desenvolvimento humano de forma mais plena; promove maior igualdade política entre os cidadãos; não lutam umas com as outras e, por fim, tendem a ser mais prósperos que países com governos não democráticos.⁹³

Após apresentar os critérios essenciais a uma democracia e expor as consequências desejáveis por ela produzidas, Dahl trabalha a igualdade política sob o viés da igualdade intrínseca e sob a perspectiva do exercício das competências cívicas, para justificar a superioridade de um governo democrático.

Antes adentrar à abordagem do autor quanto à igualdade intrínseca, imperioso salientar que o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade – ADI 4650/DF, estabeleceu a igualdade política como algo inerente à democracia ao discutir e deliberar quanto ao financiamento das campanhas eleitorais por pessoas jurídicas.

⁹¹ Ibid., p. 72.

⁹² Ibid., p. 73.

⁹³ Ibid., p. 73/74.

Adentrando, sucintamente, ao mérito do julgamento, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) ajuizou a ação pugnando pela declaração de inconstitucionalidade parcial dos artigos 23, §1º, incisos I e II; 24; e 81, caput e § 1º, da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições), e dos artigos 31; 38, inciso III; 39, caput e §5º, da Lei nº 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos); e ainda, a fim de instar o Congresso Nacional à edição de legislação delimitatória quanto às doações e em não o fazendo dentro do prazo legal, fosse atribuída ao Tribunal Superior Eleitoral a competência para regulação provisória.

Ao proferir seu voto o Relator, Ministro, Luiz Fux, entendeu que a interferência excessiva do poder econômico no processo político compromete sobremaneira o estado ideal, na medida em que privilegia a determinados candidatos e neste sentido, afirmou: “[...] Trata-se de um arranjo que desequilibra, no momento da competição eleitoral, a igualdade política entre os candidatos, repercutindo, conseqüentemente, na formação dos quadros representativos.”, e ainda, que “*Ab initio*, manifestei-me pela incompatibilidade material das normas sub examine com os cânones jusfundamentais da igualdade política e de gênero, bem como por ultraje aos princípios republicano e democrático.”.

No mesmo sentido, o Ministro Marco Aurélio afirmou que a democracia, para além de um regime político, consiste em “um direito do cidadão fundado nos valores da soberania popular e do autogoverno”, de modo que para que se mostre como direito fundamental assentado, é indispensável a existência de um processo eleitoral justo e igualitário: “O poder financeiro é distribuído desigualmente em todas as democracias; e como o poder econômico traduz-se em poder político, a igualdade política torna-se cada vez menor”.

Por seu turno, a Ministra Rosa Weber afirmou que “a influência do poder econômico, consubstanciada na doação por pessoa jurídica a candidato ou partido político é sempre não desejada à luz do § 9º do art. 14 da Lei Maior, representando inexorável caminhar contrário ao que preconiza a Constituição.”.

A Suprema Corte resolveu, então, julgar parcialmente procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais.

Ressalta-se que a abordagem deste case será retomada no tópico 4.3 do presente trabalho, oportunidade em que será discutido o fim do financiamento de

campanhas por empresas com maior aprofundamento e, conseqüentemente, a igualdade política em um governo dito democrático.

Digna de nota, porém, é a similitude entre o entendimento do Supremo Tribunal Federal e a obra de Dahl ao conceber a igualdade política como uma das idiossincrasias da democracia; e ainda, ao reconhecer somente aos Estados que satisfazem os cinco critérios anteriormente abordados a intitulação de governo democrático.

Dahl busca então explicar no que consistiria a igualdade política e, em que medida ela se faz necessária às democracias; e para demonstrar o porquê, considera o regime democrático como sendo o modelo de governo que proporciona maior igualdade política. Parte ele do “princípio da igualdade intrínseca” que expressa um julgamento moral sobre os seres humanos, diferentemente da igualdade em sentido lato que expressa um julgamento concreto.

Por julgamento moral, entende-se “[...] considerar o bem de cada ser humano intrinsecamente igual ao de qualquer um.”⁹⁴; a título de exemplo, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), ao estabelecer que “todos os homens foram criados iguais e que todos são dotados pelo Criador com certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca pela felicidade”. Se analisado sob a perspectiva do julgamento moral, isto importaria em afirmar que o tratamento conferido a todos pressupõe igualdade no direito à vida, à felicidade e à liberdade.

Vale frisar que o conceito de igualdade, há muito discutido por pensadores como John Locke, Thomas Hobbes, John Rawls, Jeremy Bentham, John Stuart Mill e Alexis de Tocqueville, apresentou diversas conceituações na medida em que suas teorias foram sendo desenvolvidas. No que toca à democracia, mostra-se como um ponto controvertido e de constantes debates.

Inobstante as controvérsias, consolidou-se o pensamento de que todos os indivíduos deverão ser considerados como intrinsecamente iguais como premissa necessária ao regime democrático, segundo a igualdade intrínseca estabelecida por Dahl.

Quando transportado para aplicação ao governo em grande escala, argumenta o autor que para “[...] chegar a decisões, o governo deve dar igual peso ao bem e aos interesses de todas as pessoas ligadas por tais decisões.”⁹⁵.

⁹⁴ DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 78.

⁹⁵ Ibid., p. 78.

Justificando a adoção do princípio da igualdade intrínseca, Dahl alicerça sua argumentação em quatro pilares centrais: bases éticas e religiosas; a fragilidade de um princípio alternativo; a prudência e a aceitabilidade.

O Primeiro alicerce: *bases éticas e religiosas*, está pautado em convicções e princípios éticos essenciais de forma explícita ou implícita. Tanto os princípios morais quanto os sistemas éticos presumem a incidência da igualdade como base.

Segundo alicerce: *a fragilidade de um princípio alternativo* justifica sua permanência; eis que, ao se rejeitar a igualdade e por consequência, conferir a um indivíduo ou uma pequena parcela da população superioridade em relação aos demais indivíduos, estar-se-ia a apoiar a superioridade intrínseca. Explica Dahl:

Para falar a verdade, uma pessoa ou um grupo com poder suficiente poderia fazer valer uma reivindicação de superioridade intrínseca sobre as objeções que você tivesse – literalmente, sobre o seu cadáver. Durante toda a história da humanidade, muitos indivíduos e grupos usaram seu poder (ou melhor, *abusaram* de dito poder). No entanto, a força pura e simples tem seus limites; os que reivindicaram ser a encarnação de alguma superioridade intrínseca sobre outros invariavelmente disfarçaram essa reivindicação, aliás frágil e transparente, com o mito, o mistério, a religião, a tradição, a ideologia, as pompas e as circunstâncias.⁹⁶

Dito de outro modo, dificilmente, alguém não pertencente ao grupo privilegiado conscientemente se submeteria a um princípio que advoga pela superioridade intrínseca de um grupo. E é este um dos pressupostos que fundamenta a superioridade da democracia face aos demais modelos existentes, posto que por intermédio da igualdade política assegura-se aos indivíduos direitos e liberdades. Esse princípio determina que todos os cidadãos que compõem o Estado estão adequadamente capacitados para governar e deliberar sobre questões que afetam seus bens e interesses.

Dentro desta perspectiva, na obra “A Democracia e Seus Críticos” Dahl clarifica a relação existente entre a igualdade e os cinco critérios imprescindíveis a um governo dito democrático, do mesmo modo que reforça a relevância da igualdade política.

Se o bem ou os interesses de todos devem ser pesados igualmente, e se cada pessoa é, em geral, o melhor juiz de seu bem ou de seus interesses, isso significa que todos os membros de uma associação são suficientemente bem qualificados, de forma geral, para participar da tomada de decisões coletivas de caráter vinculativo que afetam seu bem ou seus interesses, ou seja, qualificados para ser cidadãos plenos do demos. Mais especificamente,

⁹⁶ DAHL, 2001, p. 80.

quando as decisões vinculativas são tomadas, devem ser contadas como válidas – e igualmente válidas – as pretensões de cada cidadão quanto às leis, regras, política, etc. a serem adotadas. Além disso, nenhum membro é mais qualificado que os outros a ponto de que seja confiada a incumbência de tomar decisões coletivas de caráter vinculativo. Mais especificamente, quando as decisões vinculativas são tomadas, nenhuma pretensão, de qualquer cidadão, quanto às leis, regras e políticas a serem adotadas devem ser contada como superior às pretensões de qualquer outro cidadão.⁹⁷

Terceiro alicerce: a *prudência*, que representa uma preocupação com o modo como serão empregadas as capacidades incomuns, pois apesar de “[...] conferir grandes benefícios, o governo de um Estado também pode infligir grandes males [...]”⁹⁸.

Quarto alicerce: Não dissociado dos alicerces anteriormente apresentados, refere-se à *aceitabilidade*, vista como um processo que garanta igualdade a todos, “[...] tem maior probabilidade de assegurar o consenso de todos os outros cuja cooperação é necessária para atingir seus objetivos.”⁹⁹.

Antes de tratar das questões inerentes ao corpo político que compõe um sistema democrático, Dahl apresenta modelo contrário à democracia, desenvolvido por Platão.

Em que pese represente o maior rival dos ideais democráticos, esse modelo não refuta por completo a defesa feita em benefício da igualdade intrínseca reconhecida aos cidadãos, mas nega a competência de pessoas comuns para governar.

Partindo dessa suposta incompetência do corpo político, defende que o governo deveria ser entregue a especialistas alegando que “[...] os especialistas em governar, os tutores, seriam superiores em seu conhecimento do bem geral e dos melhores meios de atingi-lo.”¹⁰⁰. Dito de outra forma, sustenta que ilógico supor que se o povo estaria capacitado para entender e apto a agir em defesa de seus interesses, quem dirá o de toda uma coletividade.

Em defesa da tutela política, vale-se de analogias envolvendo competência e conhecimento especializado, na tentativa de demonstrar ser equivocada a decisão de conferir ao povo o poder decisório quando inseridos num governo democrático. Para reforçar esse argumento, afirma que todos os indivíduos recorrerem a especialistas –

⁹⁷ DAHL, Robert A. **A Democracia e Seus Críticos**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012. p. 164.

⁹⁸ DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 80.

⁹⁹ Ibid., p. 81.

¹⁰⁰ Ibid., p. 84.

médicos, cirurgiões, pilotos e tantos outros especialistas para tomar decisões sérias, e que não poderia ser diferente a diligência quando o assunto em pauta é o governo do Estado.

Para refutar supracitadas ideias, Dahl indica cinco principais defeitos presentes na analogia utilizada de embasamento ao modelo de governo desenvolvido por Platão; e desta forma, reforça a importância e as vantagens do sistema democrático.

Em primeiro lugar, a delegação de decisões secundárias não significa ceder o controle decisivo nas grandes questões. Em outros termos: “[...] uma coisa é os funcionários do governo procurarem a ajuda de especialistas, mas outra muito diferente é uma elite política deter em suas mãos o poder de tomar decisões sobre leis e políticas [...]”¹⁰¹ a serem obedecidas pelos cidadãos.

Em segundo lugar, as decisões tomadas por indivíduos não correspondem as decisões tomadas pelo governo. Quando o debate centraliza-se na tutela e na democracia, ainda que compreensível a delegação de determinadas decisões a especialistas, a mesma compreensão não se aplica quando se entrega a uma elite política “[...] a autoridade para controlar as decisões mais importantes do governo do Estado – decisões essas que, se preciso, seriam impostas por coerção, pela prisão, talvez até a morte.”¹⁰². Se inseridos na tutela, por não haver subordinação ao controle popular, as decisões tomadas pela elite estariam livres e desvinculadas.

Em terceiro lugar, além de exigir conhecimento científico, no que toca à tomada de decisões políticas o governo em larga escala exige julgamentos éticos pessoais ou governamentais, inclusive em caso de superveniência de conflitos entre os objetivos que as políticas de governo deveriam atingir. Explica e exemplifica Dahl:

Decisões sobre políticas, sejam pessoais ou governamentais, quase sempre exigem julgamentos sobre negociações, um equilíbrio entre diferentes objetivos. Por exemplo, obter igualdade econômica poderá enfraquecer os incentivos econômicos; os custos dos benefícios para os idosos poderão ser impostos aos jovens; as despesas para as gerações que hoje vivem poderão impor custos as gerações futuras; a preservação de uma área selvagem poderá custar o preço dos empregos de mineiros e do pessoal que trabalha nas serrarias.¹⁰³

Desenvolvendo seu ponto de vista o autor afirma que mesmo insuficientes, as comprovações obtidas por intermédio da experiência são imprescindíveis pois, ao

¹⁰¹ Ibid., p. 85.

¹⁰² Ibid., p. 85.

¹⁰³ Ibid., p. 86.

decidir o que deve ser sacrificado para se obter um determinado fim, ultrapassa-se qualquer coisa que o conhecimento científico possa proporcionar.

Em quarto lugar, argumenta que para existir um bom governo, isto é, um governo eficaz, é necessária “[...] honestidade sem corrupção, a resistência firme a todas as enormes tentações do poder, além de uma dedicação constante e inflexível ao bem público, mais do que aos benefícios de uma pessoa ou seu grupo”¹⁰⁴, isto é, não se exige somente conhecimento, mas moralidade nas condutas, em verdade.

Aos simpatizantes da tutela, delegar a uma elite considerada superior aos outros indivíduos no conhecimento e, por isso, mais bem qualificada, significaria assegurar a defesa e a busca do bem público.

No tocante à concentração de poder nas mãos de uma elite, Dahl demonstra preocupação citando a famosa sentença de lorde Acton (1887): “*O poder tende a corromper, o poder absoluto corrompe absolutamente*”. Isto é, mesmo que inicialmente referida elite mostre-se confiável e instruída, a história por diversas vezes demonstrou que com o tempo, motivados pelos mais variados interesses, o monopólio tende a conduzir ao abuso de poder. Consequentemente, os tutores (ainda que muito qualificados para o governo) provavelmente se transformariam em déspotas.

Em quinto lugar, Dahl assevera que criar uma utopia não significa o mesmo que realizá-la; e que dentre suas diversas indagações em crítica a tutela, questiona se a adoção desse sistema de governo não correria o risco de degenerar-se de uma aristocracia de talento para uma oligarquia de nascimento.

Em suma, Dahl ao expor esses cinco argumentos busca reforçar o que considera como sendo a base da democracia: a igualdade e a capacidade que todos os cidadãos possuem para governar a si mesmos. E conclui: “[...] entre os adultos, não há ninguém tão inequivocamente mais bem preparado do que os outros para governar, a quem se possa confiar a autoridade completa e decisiva no governo do Estado.”¹⁰⁵.

Construído esse alicerce, torna-se possível compreender a competência cívica, bem como o critério da inclusão defendido por Dahl como pressuposto para o regime democrático.

Partindo-se da premissa de que o regime democrático garante diversas vantagens aos cidadãos como: proteção de desmandos de governantes autoritários,

¹⁰⁴ Ibid., p. 87.

¹⁰⁵ Ibid., p. 89.

usufruto de direitos individuais, ampliação da esfera de liberdade individual, garantia de participação no processo decisório acerca das leis sob as quais deverão submeter-se, reforço da autonomia moral e conseqüentemente, do desenvolvimento pessoal.

Em governos democráticos o termo *demos* é utilizado para designar a participação direta ou indireta no processo decisório. Neste ponto, Dahl trata da inclusividade de uma democracia, ou seja, questiona em que medida haveria restrições a essas vantagens para uma parcela da população.

À *prima facie*, depreende-se que ressalvadas algumas exceções legais, todos os adultos sujeitam-se às leis do Estado, devendo ser considerados suficientemente capacitados para se envolver no processo democrático de representatividade popular.

Define o autor como *plena inclusão* “[...] O corpo dos cidadãos num Estado democraticamente governado deve incluir todas as pessoas sujeitas às leis desse Estado, com exceção dos que estão de passagem e dos incapazes de cuidar de si mesmos.”¹⁰⁶; e conclui que ao considerar a igualdade intrínseca e aplicá-la ao governo de um Estado quando da tomada de decisões, igual peso deve ser conferido ao bem e aos interesses de todos aqueles afetados por essas decisões.

Indica a educação como forma de capacitar os cidadãos para exercício da vida pública, ponderando: “[...] e a educação cívica não exige apenas a escola formal, mas também a discussão pública, a deliberação, o debate, a controvérsia, a pronta disponibilidade de informação confiável e outras instituições de uma sociedade livre.”¹⁰⁷.

É lógico redarguir que caso as instituições destinadas ao fim de capacitá-los estejam fragilizadas, além do dever de reforçá-las, deve-se oferecer aos cidadãos alternativas que oportunizem o desenvolvimento de suas competências para o regular exercício de seu direito de cidadania, constitucional e infraconstitucionalmente garantido.

¹⁰⁶ Ibid., p. 92.

¹⁰⁷ Ibid., p. 93.

3 ATIVISMO JUDICIAL

Como consequência do neoconstitucionalismo, a expansão da jurisdição constitucional trouxe novos contornos e delimitações aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, por esta razão, neste capítulo discorre-se acerca de alguns conceitos e expressões importantes para compreensão destas alterações paradigmáticas, que acabam por influir e modificar sobremaneira o processo democrático de representatividade popular.

Inicialmente, analisa-se o ativismo judicial, uma expressão oriunda dos Estados Unidos utilizada para designar a atuação da Suprema Corte Norte Americana, precipuamente na figura dos juízes.

Além de analisar o conceito, seu ingresso e nuances no ordenamento jurídico-político brasileiro, apresenta-se, ainda, as causas possíveis e justificadoras para o crescente ativismo judicial do Poder Judiciário, primordialmente e como principal enfoque do presente trabalho, na figura do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral.

Na sequência, por meio de uma digressão histórica, analisa-se o deslocamento do enfoque auferido aos poderes na medida em que os anseios sociais foram sendo modificados, isto é, analisa-se qual foi o contexto histórico, político, social e constitucional que acarretou a desneutralização política, suas consequências apresentando ao final do segundo texto deste capítulo, possível postura a ser adotada pelos magistrados e Cortes Supremas desenvolvida pelo jurista Cass R. Sunstein, o denominado minimalismo judicial.

Por fim, será apresentado, à luz da hermenêutica jurídica, a problemática acerca da postura adotada pelos Tribunais, quando pertencentes de um Estado Democrático de Direito. Dentro do papel reservado à jurisdição constitucional, destacando-se duas teorias do direito - não necessariamente opostas, mas que em certo ponto se contrariam -, que direcionam a postura do Judiciário brasileiro, quais sejam, a do procedimentalismo e a do substancialismo.

3.1 ATIVISMO JUDICIAL: CONCEPÇÕES GERAIS

O *ativismo judicial* é uma expressão oriunda dos Estados Unidos, utilizada pelo jornalista Arthur Schlesinger Júnior em matéria da revista *Fortune* intitulada - *The*

Supreme Court: 1947. Nela, ao analisar a atuação da Suprema Corte Norte Americana, classifica o jornalista os juízes como: “ativistas” e “campeões da autocontenção”, destacando a presença de comportamentos que oscilam entre ambas as concepções¹⁰⁸. Neste sentido, pondera Barroso:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estado Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Ear Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação as inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais¹⁰⁹.

Ronald Dworkin¹¹⁰ e seguindo a mesma linha de raciocínio, Norberto Bobbio¹¹¹, sustentavam que o ativismo judicial corresponde a uma significativa participação/interferência do judiciário se prestaria a concretização e efetivação dos direitos constitucionais que, para muito além de um problema filosófico ou jurídico, carrega em si um sentido político, defendendo que independe o modo a ser utilizado, desde que adotado o modo mais seguro a sua garantida e proteção frente a possíveis violações.

Com uma visão bastante otimista, Barroso sustenta que o ativismo judicial relaciona-se a uma ampla e intensa participação do Judiciário no intuito de concretização dos direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos. Explica:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.¹¹²

¹⁰⁸ DORST, Daeane Zulian; GAGLIETTI, Mauro José; SALVADOR, Cassio Contarato. A Postura Proativa do Poder Judiciário: Ativismo Judicial. **Revista do Mestrado em Direito**. Brasília, 2015. p. 54.

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito**. Rio de Janeiro. 2012. p. 8.

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jéferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fortes, 1999.

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

¹¹² BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

Encarado sob uma perspectiva libertadora do judiciário através da hermenêutica jurídica dos dispositivos e princípios constitucionais, ao argumento de efetivação e defesa da Constituição sanadora dos anseios sociais, dada a constante e crescente descrença nas demais intuições públicas, o ativismo judicial, que pese visto com bons olhos por doutrinadores e na jurisprudência, há que se atentar para as idiosincrasias dessa conduta proeminente no cenário brasileiro.

A Magna Carta promulgada em 1988 almejou abarcar mecanismos protetivos em seu texto, aptos a tutelar os direitos e deveres dos cidadãos, bem assim assegurar a participação de todos no processo democrático. Essa efetivação, no entanto, somente se tornou possível graças à positivação dos direitos fundamentais¹¹³.

Neste íterim, no afã de coibir desmandos por parte dos governantes, isto é, pelo Estado, a Constituição redefiniu as competências das instituições democráticas, ampliando, conseqüentemente, a Jurisdição Constitucional.

É possível afirmar que o texto constitucional inserido num contexto histórico de redemocratização pós-ditadura Vargas no Brasil, além de ampliar os Direitos Fundamentais, constitucionalizar direitos infraconstitucionais, conferir primazia a principiologia jurídica e inaugurar procedimentos hermenêuticos constitucionais, também foi o responsável por ampliar a eficácia dos direitos constitucionais.

Dentro desta perspectiva, ganha relevo a tese da *normatividade da Constituição* defendida por Konrad Hesse:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante

¹¹³ Sobre os direitos fundamentais, Cambi faz ressalva para a diferença existente entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, na medida em que, estes últimos podem ser absolutos (quando todos têm frente a todos) ou relativos (quando restringidos a uma comunidade). Ao passo que os direitos fundamentais além de históricos, ultrapassam a previsão constitucional, eis que nascem e se desenvolvem de maneira gradativa, fruto de lutas sociais e políticas. A título de exemplo, o autor cita os movimentos liberais, socialistas, feministas, antirracistas, ecológicos, pacifistas entre outros. Portanto, inviável limitar essa proteção às gerações ou dimensões de direitos fundamentais. Em outras palavras, Cambi afirma que os direitos fundamentais possuem um sentido preciso e estrito, na medida em que descrevem o conjunto de direitos e liberdades jurídica e institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo. CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 39/53.

da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas. [...] Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa presente eficácia.¹¹⁴

Neste sentido, além de possuir força normativa a Constituição é o diploma legal que tutela vasta gama de direitos fundamentais e sobretudo, impõe limites à atuação do Poder Judiciário.

Ocorre que essa ampliação dos direitos fundamentais, em certa medida, contribuiu para uma expansão jurisdicional da constituição. Além disso, a crescente crise representativa intensificada pela descrença nas demais instituições (Poderes Legislativo e Executivo) e a precariedade de políticas públicas, culminou produzindo um aumento significativo na judicialização de demandas dos âmbitos sociais, políticos e econômicos.

Tendo este cenário em mente, analisa-se brevemente as diversas causas possíveis e justificadoras para o crescente ativismo judicial do Poder Judiciário, primordialmente o do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral.

A efetividade do Judiciário no campo político remonta à prolação do voto do juiz da Suprema Corte Norte-Americana John Marshall, no caso emblemático *Marbury vs Madison*¹¹⁵, inaugurando o assim chamado controle difuso de constitucionalidade,

¹¹⁴ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 15/16.

¹¹⁵ Para contextualizar o caso, o até então Presidente dos Estados Unidos John Adams, ao perceber que perderia nas eleições para seu opositor, o candidato Thomas Jefferson, determina a nomeação de uma série de autoridades para ocupar cargos públicos, dentre elas, nomeia William Marbury para o cargo de juiz de paz. Ocorre que Marbury não é empossado no cargo e quando Thomas Jefferson assume a presidência, por discordar das nomeações feitas pelo antigo presidente, nomeia Madison como Secretário de Estado, lhe determinando que não concretizasse a nomeação de Marbury e nomeia ainda, John Marshall como próximo presidente da Corte Americana, que edita uma lei estabelecendo como competência da Suprema Corte o julgamento desta causa em específico. Marbury impetra um *writ of mandamus* (precedente do Mandado de Segurança) contra o Madison, pleiteando a concretização da sua nomeação ante a divergência existente entre a lei e a Constituição. Em razão da lei aprovada por Thomas Jefferson, o caso chega para julgamento a Suprema Corte dos Estados Unidos. Ou seja, através de uma atitude extremamente política, de trazer por meio de lei uma competência originária à Suprema Corte dos EUA, queria que o magistrado Marshall, não concretizasse tal nomeação. Após um lapso temporal significativo, a Corte Suprema depara-se com o empasse: Poderia a Suprema Corte reconhecer a si mesma, competência para julgar aquela ação, quando a própria Constituição dos EUA elenca quais são suas competências originárias? Suas competências originárias restringiam-se julgar atos contra agentes de estado, ou seja, representantes estatais e como competência recursal, julgamento de matéria constitucional, de modo que, ao reconhecer que poderia deferir a ordem mandamental para conceder a posse de Marbury, estaria o fazendo por aplicação de lei infraconstitucional e, conseqüentemente, em contrariedade ao texto da Constituição Norte-Americana. Como solução Marshall inteligentemente, reconhece o direito a nomeação de Marbury como juiz de paz, mas no mérito, afirma não ser possível reconhecer que é da Suprema Corte dos EUA

também conhecido como *judicial review*. A postura adotada pelo Judiciário norte americano, além de resguardar o teor da Constituição e a sua supremacia, diferentemente dos moldes aplicados pela jurisdição constitucional europeia onde a lei é fruto de uma conduta comissiva do legislador, tornou o juiz uma fonte independente do direito e um freio em face das leis violadoras de dispositivos constitucionais. Neste caso o Judiciário deixa a posição de neutralidade para atuar positivamente, influenciando e atraindo responsabilidades políticas.

Algumas das causas vêm contribuindo para o avanço e crescimento dessa conduta proativa.

Primeiro, o legislador constituinte em 1988 ao determinar no artigo 102 da Constituição Federal a competência precípua do Supremo Tribunal Federal como “guarda da Constituição”, acabou promovendo alteração das funções do judiciário no sentido de outorgar a ele, não somente a tarefa de subsunção do fato a norma, mas também o exercício de uma função socioterapêutica¹¹⁶ que, segundo Cambi, consistiria no exame do “exercício discricionário do poder de legislar e de administrar”, efetivando e protegendo, por conseguinte, os direitos fundamentais.

Conseqüentemente, ao ampliar no próprio texto constitucional os legitimados para propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade, quer por ação, quer por omissão, ou seja, ao ampliar a competência para exercício do controle de constitucionalidade, mais uma vez a Magna Carta justifica o ativismo judicial. Como explica Mendes, essa ampliação possibilita submissão à Corte Constitucional da quase totalidade das controvérsias constitucionais.

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais

a competência para deferir essa ordem, vez que, não havia previsão constitucional para tanto, em outras palavras, a Suprema Corte informa não poder deferir essa ordem, porque o Poder Judiciário no julgamento de um caso concreto, precisa reconhecer que essa lei não se aplica por contrariar o texto constitucional, - aplicável também as demais autoridades judiciais, após o julgamento o Marbury pudesse vir a impetrar esse writ pedindo a nomeação -, devendo reconhecer que não é de competência da Suprema Corte como disciplina a lei, conseqüentemente, afastando a sua aplicação. Em síntese, a partir deste julgamento, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconhece que qualquer juiz ao julgar um caso concreto pode deixar de aplicar uma lei que viole a Constituição. Em outras palavras, a Suprema Corte, afirmou seu poder de revisar os atos dos poderes Executivo e Legislativo para a garantia da supremacia da Constituição. Este foi portanto, o primeiro caso a regulamentar o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, além de evidenciar o ativismo judicial consistente na concretização de um poder não disciplinado na Constituição Norte-Americana.

¹¹⁶ CAMBI, Eduardo. **Neconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário. São Paulo: Almedina, 2016. p. 259/261.

relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato. A instituição da ação declaratória (1993) e seu aperfeiçoamento pela EC 45/2004 contribuíram para consolidar o controle abstrato de normas.¹¹⁷

Segundo, por meio da criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (Lei nº 9.822/99 e EC 45/2004), respectivamente, novamente ampliou-se a competência jurisdicional da Suprema Corte ao permitir, em seu artigo 1º, parágrafo único, inciso I, que analise questões quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição¹¹⁸.

Terceiro, no intuito de garantir aos indivíduos uma série de direitos fundamentais, a Constituição estabelece uma gama de normas programáticas visando a efetivá-las como o cumprimento delas pelo Executivo, na figura do Estado através de políticas públicas, e do Legislativo, por meio da edição de leis.

Ocorre que diante as diversas ocasiões em que o Poder Legislativo manteve-se inerte, ou seja, em que o legislador não legislou quando deveria fazê-lo, permitiu-se que o Judiciário atuasse como garantidor dos direitos fundamentais. Nesse sentido, explica Cambi que “quando os demais poderes comprometem a integridade e a eficácia dos fins do Estado, impedindo a concretização de direitos fundamentais, o Judiciário tem a função de controlá-los.”¹¹⁹.

O que se observa disto é um deslocamento da atenção conferida aos três poderes. Se dentro da concepção de Estado Liberal tutelava-se somente as liberdades negativas, com maior enfoque no Legislativo de modo a justificar a neutralidade do judiciário; no Estado Social tutelavam-se as liberdades positivas, exigindo do poder público condutas para efetivação da proteção e prestação de direitos. A ênfase direcionava-se ao Executivo. Diferentemente, no Estado Democrático de Direito, sustentam Streck e Cambi, o foco de tensão volta-se para o Judiciário.

Esclarece Lenio Streck quanto a atuação proativa do judiciário:

¹¹⁷ MENDES, 2017, p. 751.

¹¹⁸ BRASIL. **Lei de n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Lei que disciplina o processamento e julgamento a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm#:~:text=LEI%20No%209.882%2C%20DE%203%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,Art>. Acesso em: 24 novembro 2020.

¹¹⁹ CAMBI, 2016, p. 260.

Dito de outro modo, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado, o foco de poder/tensão passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há uma modificação desse perfil. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder – em determinadas circunstâncias – ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.¹²⁰

Neste ínterim, no que toca a mudança de paradigma e a atenção conferida a cada um dos poderes/funções ao longo do tempo, imperioso tratar, ainda, dessas alterações sobre o prisma processual.

Explica Andrade que o paradigma da modernidade consolidado no século XIX, atrelado a concepção de desenvolvimento do capitalismo, fez com que a tensão antes centralizada na regulação e emancipação social fosse então “substituída por uma utopia de regulação jurídica confiada ao Estado”¹²¹, por entender que o desenvolvimento pleno da razão, inevitavelmente, redundaria na concretização da igualdade e na redução das desigualdades sociais.

Sendo os paradigmas fruto do conhecimento científico, ganham relevo e importância na medida em que proporcionam resolução aos problemas científicos e de igual modo, caem na obsolescência quando o modelo até então posto, não consegue mais dar conta de resolvê-los, ocasião em que se mostra necessário o desenvolvimento de novos paradigmas que estejam em consonância com as exigências da época. Neste sentido, clarifica Luiz Gustavo de Andrade:

A pesquisa científica, entretanto, irá frequente e continuamente, permanecer se defrontando com novos fenômenos. Quando esses fenômenos não forem passíveis de ser explicados pelo conjunto de regras e pressupostos ditados pelo paradigma vigente à época, surgem desafios aos cientistas e a necessidade de reflexão quanto à, ainda, validade dos conceitos até então postos. Pode-se afirmar que as crises se iniciam com a caducidade de um paradigma frente a novas evidências. Há, assim, uma frouxidão das regras que orientam a pesquisa formal. Essas crises de paradigmas, por serem bruscas e dilacerantes, desafiam a imagem endeusada de determinada ciência, pois as inovações não são facilmente assimiladas pelos paradigmas. [...] A transição de um paradigma em crise para um paradigma novo não se dá por um processo cumulativo, adaptador do antecessor, mas pelo rompimento, pela revolução e ruptura com o velho.¹²²

¹²⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 47.

¹²¹ ANDRADE, Luiz Gustavo de. A tutela coletiva e o rompimento com o paradigma processual liberal-individual: um instrumento de proteção dos direitos da personalidade. In: Luiz Eduardo Gunther. (Org.). **Tutela dos Direitos da Personalidade na Atividade Empresarial**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 2.

¹²² Ibid., p. 4.

Para compreender essa ruptura de que trata o autor impende frisar que naquele período, - século XIX e início do XX -, consolida-se, no campo do Direito, o paradigma jurídico-positivista pautado numa linha argumentativa “liberal-individual-normativista”.

Aludido paradigma sustenta que a atividade judicial restringia-se, pura e simplesmente, na administração da lei pelo Poder Judiciário. Devendo para tanto, atuar de forma técnica e imparcial, abstendo-se de realizar juízos valorativos ou de tomar questões políticas como base para realização de sua função. Portanto, “o jurista atua limitado pelas garantias formais, de certeza jurídica e do império de lei, postulados do modo paradigmático liberal-burguês do Estado de Direito Positivo”¹²³. Noutros termos, o processo civil era tido como único instrumento apto a promover a proteção dos direitos fundamentais de primeira geração (também chamados direitos subjetivos ou, ainda, as liberdades individuais) que porventura viessem a ser violados.

Não permitia-se ao magistrado, dentro do paradigma individual-normativista, qualquer exercício hermenêutico pautado em concepções principiológicas, outorgando ao Legislativo primazia na criação e construção do Direito.

Entrementes, no final do século XIX, entra em crise o paradigma dominante evidenciando a urgência numa atuação mais efetiva do juiz na entrega da prestação jurisdicional e na tutela não só dos direito individuais, mas também dos chamados interesses intersubjetivos.

Nesta senda, é revisada a concepção de legalidade que, num primeiro momento orienta-se pela vontade do Parlamento, eminentemente burguês, e posteriormente, na vontade política e resgata-se o caráter substancial das normas jurídicas, positivando nos textos constitucionais princípios de justiça, marco do advento do Estado Constitucional.

Por sua vez, no Estado Constitucional, o magistrado para além de exercer a função judicante, deverá fazê-lo pautado em processos hermenêuticos que tenham por escopo a concretização dos princípios postos na Magna Carta, incluindo-se na tutela estatal os direitos de terceira geração para fazer frente não só a mudança das relações jurídicas, mas também, aos conflitos sociais¹²⁴.

Ainda neste sentido, Andrade destaca:

¹²³ Ibid., p. 5.

¹²⁴ Ibid., p. 8/10.

Essa modificação de paradigma, marcada também por um aumento dos conflitos sociais, exige uma revisão dos institutos processuais e uma adequação de seus conceitos à realidade atual, dando instrumentos ao magistrado para a concretização dos princípios e dos direitos previstos na Constituição. Essa perspectiva, trazida à realidade brasileira, ganha maiores proporções quando se percebe a ineficácia e a inoperância das políticas governamentais, deixando o Poder Judiciário como último refúgio às necessidades dos cidadãos. [...]Desamparados, os cidadãos têm no Poder Judiciário o último abrigo para suas expectativas. Com a proliferação de litígios, típicos de uma sociedade de massa, há necessidade de uma releitura do trinômio jurisdição-ação-processo, pois, ao contrário do paradigma anterior – em que a jurisdição era confinada à tutela individual, o processo dizia respeito apenas aos próprios litigantes e a ação era um direito exercido exclusivamente por um titular – , atualmente, exige-se que o Direito Processual Civil conduza o Poder Judiciário à solução de conflitos de interesses amplos e abrangentes de inúmeros envolvidos (metaindividuais), bem como a ação seja exercida e o processo conduzido por representantes legitimados para a tutela de grupos sociais.¹²⁵

E dentro deste contexto é que novamente desloca-se a atenção conferida às funções/poderes, conferindo ao Poder Judiciário primazia na defesa dos interesses e direitos do corpo social, quer como indivíduos, quer como pertencentes e uma coletividade. Neste diapasão é que são criadas no ordenamento nacional, leis aptas a tutelar direitos coletivos, tais como, a Lei da Ação Popular nº 4.717/65, a Lei da Ação Civil Pública nº 7.347/85, a conceituação legal do interesses difusos no Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92, além da positivação no texto constitucional do mandado de segurança da ação popular, no artigo 5º, incisos LXX e LXXIII, respectivamente.

Quarto, o crescente protagonismo do Supremo Tribunal Federal associado a uma postura favorável acerca desse intervencionismo judicial fortalece a cada dia o chamado *neoconstitucionalismo*, doutrina defendida pelo Ministro Luís Roberto Barroso:

O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional¹²⁶.

¹²⁵ Ibid., p. 10/11.

¹²⁶ Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 47.

Ou seja, infere-se da citação supracitada que dentro desse novo paradigma neoconstitucional a interpretação do direito positivo passa por um crivo valorativo, isto é, por uma interpretação constitucional na qual estão inseridos julgamentos de valores morais que, além de conferir maior legitimidade as decisões judiciais, blindando-a de críticas, também acaba por desvinculá-la de qualquer preceito legal.

Perpassada a conceituação e apresentadas algumas das possíveis causas contributivas e criadoras de um cenário propício para a proliferação do protagonismo judicial, passa-se a evidenciar as problemáticas que lhe são imanentes.

A cientista política Ingeborg Maus, em seu artigo intitulado “Judiciário como Superego da Sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”, analisa essa expansão do controle perpetrado pelo Poder Judiciário sob o prisma do conceito psicanalítico de *imago paterna*. Para a autora, o controle de constitucionalidade só se efetiva quando pautado e intrinsecamente relacionado a parâmetros democráticos, especialmente o do princípio da soberania popular.

Nas suas afirmações de envelhecimento da psicanálise, Hebert Marcuse, em 1960, afirma a perda da influência da figura paterna tanto na família como na sociedade para definição do ego. Para ele, a consciência dos indivíduos orienta-se não mais pela figura paternal e sim construída pautada em condutas sociais. Deste modo, “[...] o poder perde em visibilidade e acessibilidade como a sociabilidade individual perde a capacidade de submeter as normas sociais à crítica autônoma”¹²⁷. Assevera que a “*sociedade órfã*” contribui para o infantilismo dos sujeitos, em outros termos, “o Judiciário e a Corte Constitucional atuam como superego de uma sociedade infantilizada, que nega e que permite que lhe neguem autonomia política.”¹²⁸.

Em oposição a Marcuse, Maus trata do chamado “Terceiro Poder” como substituição à imagem paterna que, para muito além de ter sido alavancada pela expansão da jurisdição constitucional pelo crescente processo hermenêutico de interpretação, ou ainda, pela eclosão na judicialização das mais diversas questões, evidencia a “veneração religiosa” que a população confere ao Judiciário em razão da descrença nas demais instituições.

¹²⁷ MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade**: O papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”. [S.l.: s.n.], 2000. p. 184.

¹²⁸ MENDONÇA, José Vicente Santo de. **Ulisses e o Superego**: Novas críticas à legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade. Revista de Direito Proc. Geral, Rio de Janeiro, 2007. p. 208.

Ato contínuo, Maus analisa a jurisprudência constitucional alemã e americana. Nos Estados Unidos, marcado pelo surgimento de uma cultura ao biografismo dos magistrados que remonta à releitura dos espelhos do príncipe, “os pressupostos para uma decisão racional e justa residem exatamente na formação da personalidade dos juízes”¹²⁹ corroboram o aumento de inclusão de julgamentos morais nas decisões prolatadas, imunizando de críticas. Dito de outro modo, ao conceber a Justiça como última instância moralizante da coletividade esse modelo, além de embaraçar qualquer tipo de controle social, o que não deveria ocorrer em um governo democrático, caracteriza violação aos princípios democráticos no que toca principalmente à integração social. Explica Maus:

A introdução de pontos de vista morais e de "valores" na jurisprudência não só lhe confere maior grau de legitimação, imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular. Toda menção a um dos princípios "superiores" ao direito escrito leva — quando a Justiça os invoca — à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada. Assim, enriquecido por pontos de vista morais, o âmbito das "proibições" legais pode ser arbitrariamente estendido ao campo extrajurídico das esferas de liberdade. [...] Os espaços de liberdade anteriores dos indivíduos se transformam então em produtos de decisão judicial fixados caso a caso.¹³⁰

Adentra, ainda, a autora, à análise da jurisprudência constitucional alemã, na qual o Tribunal Federal Constitucional excede suas competências constitucionais na medida em que estabelece que o controle de constitucionalidade não deveria se restringir ao texto constitucional e, para além disso, afirma que a própria constituição deveria ser objeto de controle de constitucionalidade ou objeto de interpretação “devidamente constitucional”, pelo próprio tribunal. Nesta toada, a Suprema Corte Alemã cria os chamados direitos suprapositivos que serviriam de orientação para exercício de todo o controle de constitucionalidade das leis. Traduzindo, todas as instâncias estariam submetidas às interpretações suprapositivas do Tribunal na mesma medida em que se desvincularia de qualquer comando legal.

Ressalta Maus que “uma justiça que não precise derivar a legitimação de suas decisões das leis vigentes torna-se no mínimo dependente em face das necessidades

¹²⁹ Ibid., p. 185.

¹³⁰ MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade**: O papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”. [S.l.: s.n.], 2000. p. 189/190.

políticas conjunturais, degradando-se a mero instrumento dos aparelhos administrativos.”¹³¹.

Infere-se da análise jurisprudencial alemã, mascarada pelo discurso de garantia das liberdades e da própria principiologia interpretativa jurídica, que na verdade se observa uma vontade de domínio, a proeminência da irracionalidade e o cerceamento da autonomia e da soberania populares em flagrante descompasso com a obtenção de uma jurisdição constitucional libertadora.

Face ao exposto, em seu texto, o questionamento levantado pela cientista política que ecoa hodiernamente é: qual é o limite da interpretação constitucional? No cenário brasileiro, seria o Supremo Tribunal Federal o “pai” da sociedade moderna?

O ordenamento jurídico pátrio, que possui grande variedade/pluralidade de normas, estabeleceu no Pacto Federativo que todos os entes da federação possuem competência para legislar; muitos possuindo até competência legislativa concorrente em determinadas matérias. Diante dessa multiplicidade, mostrou-se necessária a existência de um mecanismo apto a harmonizar o sistema, na medida em que não há contrariedade ao texto constitucional. Trata-se, portanto, de um pressuposto de validade do sistema.

No Controle de Constitucionalidade verifica-se a conformidade de uma dada norma com o texto constitucional. Se a norma contrariar o texto constitucional estando, dentro da pirâmide normativa, hierarquicamente abaixo da norma constitucional, deverá ser extirpada do mundo jurídico. Nesta toada, o Controle de Constitucionalidade responsabiliza-se por manter no mundo jurídico aquilo que estiver em conformidade com a Constituição, retirando o que estiver em desacordo como pressuposto da existência de um controle de constitucionalidade numa constituição do tipo rígida.

A propósito, a Constituição do tipo rígida é aquela que possui um procedimento dificultoso para sua alteração, sendo necessário percorrer um procedimento diferente daquele adotado para elaboração de qualquer outra norma no ordenamento jurídico.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição classifica-se como rígida porque o rol de legitimados para apresentar projetos de emenda é restrito: 1/3 da Câmara e 1/3 do Senado. Não pode um deputado ou um senador apresentar projeto de emenda à Constituição, diferentemente do que poderiam fazer no que diz respeito

¹³¹ Ibid., p. 197.

às leis. Ademais, na fase de deliberação é exigido quórum qualificado de 3/5 em dois turnos de votação em cada uma das casas do Congresso Nacional.

A razão de ser dessa complexidade deve-se ao fato de que a Constituição reflete os principais valores da sociedade num dado período, contendo as normas mais relevantes do ordenamento jurídico. Isso eleva as normas constitucionais a um patamar de maior importância em relação às demais normas legais, pois sua maior importância é um pressuposto da existência do Controle de Constitucionalidade.

A controvérsia apresenta-se quanto à legitimidade, à denominada dificuldade contramajoritária; isto é, a quem compete a atividade de controlar.

Problematiza José Vicente Santos de Mendonça citando Gustavo Binbenbojm e Rui Barbosa:

Um grupo de juizes não eleitos vai invalidar normas jurídicas formuladas, debatidas e votadas por representantes do povo. Essa invalidade não está sujeita a recurso, nem os controladores são controlados. Lembremos que a base da democracia é a soberania popular, e que constitucionalismo é limitação de poder – toda limitação pressupõe controle. Assim, temos um curto-circuito democrático: todos podemos nos dar leis que quisermos, desde que assim permitam os juizes; todos controlamos os governantes, desde que estes governantes, em sentido amplo, não sejam juizes, cujo único controle é a sua consciência. A rigor, a dúvida contramajoritária não apenas levanta a questão de *quem vigia os vigias*, mas também a angustiante indagação de *o que fazer quando a vigilância é deficitária*.¹³²

Depreende-se, por conseguinte, que a dificuldade majoritária não concentra-se no fato de encontrar uma justificativa plausível que permita aos juizes derrubar leis fruto da vontade popular, mas sim justificar como estes mesmos juizes não conseguem derrubar leis que ferem os princípios constitucionais e democráticos.

Deste modo, salienta Mendonça que “[...] um erro legislativo acerca do que seja uma condição democrática poderá e deverá ser corrigido pelo Supremo Tribunal [...]”, ao passo que, um equívoco cometido pela Corte Suprema além de ferir princípios e leis constitucionais não comporta revisão e, portanto, eventual erro cometido não poderá ser corrigido. Pondera o autor, retomando a ideia do Judiciário como superego trabalhado por Maus:

Será que o Judiciário estaria funcionando como uma espécie de superego da comunidade política, e, no desenrolar da função, acabaria, pelo exagero que

¹³² MENDONÇA, José Vicente Santo de. **Ulisses e o Superego**: Novas críticas à legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade. Revista de Direito Proc. Geral, Rio de Janeiro, 2007. p. 192.

acompanha o exercício de todo poder, suprimindo o espaço próprio de decisão da autonomia popular? Raciocinando ainda por hipótese, seria lícito imaginar que o controle de constitucionalidade, em especial aquele realizado por via de ação junto às cortes supremas, substituiria a capacidade de decisão pretensamente séria, dialetizada e reacional dos indivíduos como um todo? – Até que ponto os juízes constitucionais são defesa da constituição, e a partir de qual momento se tornam repressão de uma democracia madura?¹³³

Constata-se, portanto, que no Brasil, esse protagonismo do Judiciário hodiernamente contraria a própria noção de democracia, como conclui Mendonça:

A reintrodução do discurso moral na prática jurídica deve significar o esforço à prática democrática, e não, como se vê, um novo léxico para coonestar o velho arbítrio. Ainda que, com Dworkin, conclua-se que não se possa fugir da leitura moral da Constituição e das leis, a verdade é que se está lendo a *Constituição e as leis*. Se isso é imperativo ao juiz ordinário, com muito mais razão estende-se ao juiz constitucional. A sinceridade de propósitos nos leva a afirmar que a Suprema Corte não deve ser o superego da sociedade. O controle é de constitucionalidade, não de moralidade. O rigor técnico e a fundamentação normativa são absolutamente necessários; a proclamada sensibilidade social dos membros das altas cortes deve ser afinada até que se possa ouvir o último murmúrio da democracia e o primeiro grito da ofensa à Constituição. O superego do povo é o povo. Primeiro e maior ataque à Carta Magna é retirá-la de seus destinatários. O STF não deve ser o intérprete único da Constituição, ainda que seja o último; mas, o que é mais importante – *não deve ser o intérprete prioritário*. Arrogando-se ao papel de superego da sociedade, o Judiciário e a Suprema Corte correm o risco de merecer o desfecho simbólico de todo processo de transferência de responsabilidades.¹³⁴

Cabe trazer a lume a célebre frase de Rui Barbosa, que muito bem sintetiza a problemática a permear o tema discutido: “*A pior ditadura é a ditadura do Poder Judiciário. Contra ela, não há a quem recorrer*”.

Outro ponto importante atrelado à inércia dos Poderes Legislativo e Executivo e maior protagonismo judicial, refere-se a separação dos poderes/funções estatais, consagrada por Montesquieu em sua obra “Do espírito das leis”:

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

¹³³ MENDONÇA, José Vicente Santo de. **Ulisses e o Superego**: Novas críticas à legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade. Revista de Direito Proc. Geral, Rio de Janeiro, 2007. p. 205.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 210.

Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo de principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.¹³⁵

Neste sentido, a Magna Carta, visando a coibir a prevalência de um dos poderes sobre os demais, em seu artigo 60, parágrafo 4º e incisos elencou as hipóteses nas quais não se admite propositura de emenda: a forma federativa do Estado; o voto direto secreto, universal e periódico; a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais.

Portanto, a separação de poderes, tal como constitucionalmente disposto, representa uma cláusula pétrea.

Segundo o modelo desenvolvido por Montesquieu, as três funções devem guarnecer de independência. Não pode qualquer deles intervir na competência do outro.

Nessa acepção, o sistema de *checks and balances* foi criado para coibir arbitrariedades e abusos de qualquer dos poderes, por intermédio da fiscalização recíproca, isto é: um poder controla e limita o outro. Desta feita, a interferência de um poder em contrariedade ao que estabelece a Constituição gera desequilíbrio nas funções estatais e conseqüentemente, acaba por enfraquecer o Estado Democrático de Direito.

No Brasil, o que se tem observado frente às decisões proferidas pelo Poder Judiciário é a sua cada vez maior preponderância sobre os demais poderes, o que representa flagrante violação do princípio constitucional da separação e independência dos poderes estatais, ao passo que sua eficácia principiológica sofre brutal diminuição.

O ativismo judicial representa exatamente isto, ou seja, uma atuação cada vez mais interventiva do Judiciário em matérias atinentes ao Legislativo. Ao prolatar decisões de cunho político, acaba por atrair responsabilidades sociais, ficando submetido igualmente às pressões comuns ao corpo político.

Da análise do princípio constitucional da separação/independência dos poderes/funções, face a deturpação da prerrogativa de fiscalização, resta evidenciada

¹³⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7. ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

a violação aos princípios da separação e independência dos poderes, ocasionando a interferência incisiva de uma das funções do Estado sobre as demais.

Nesta senda, ainda frente à descrença política e a hiperconstitucionalização da vida brasileira, a Carta Magna de 1988, ao colocar o Supremo Tribunal Federal na arena política, fez com que este sobrepujasse a sua função moderadora, passando a exercer o que se poderia chamar de função supremocrática.

Vieira explica que a supremocracia – inspirada no termo juristocracia¹³⁶ utilizado por Hirschl para designar a expansão dos poderes da corte, diferentemente de usurpação de poderes, decorre da vontade constitucional mesmo que possa vir a representar usurpação e abuso de poder.

Supremocracia é o poder sem precedentes conferido ao Supremo Tribunal Federal para dar a última palavra sobre as decisões tomadas pelos demais poderes em relação a um extenso elenco de temas políticos, econômicos, morais e sociais, inclusive quando essas decisões forem veiculadas por emendas à Constituição.¹³⁷

Aponta, o autor, como possíveis causas da supremocracia, a concentração de três funções jurisdicionais em mãos de uma única corte, a ampla discricionariedade fruto da ausência de cultura consolidada de precedentes no país, a dificuldade no estabelecimento de *standards* interpretativos, a indisposição da Corte em submeter-se somente àquilo que foi pedido pelas partes e ainda, o surgimento do neoconstitucionalismo.

Por representar uma concentração de poderes no Judiciário em detrimento dos demais poderes representativos, a supremocracia encontra enormes obstáculos à sua justificação frente ao conceito de democracia que, como visto no primeiro capítulo do presente trabalho, reivindica submissão das decisões fundamentais ao crivo da maioria dos cidadãos.

Face à retração do sistema representativo, o Judiciário, além de fragilizar as demais instituições democráticas, direciona para si a crise do sistema representativo.

O caminho institucional traçado pelo autor rumo à supremocracia parte da própria natureza da Constituição que, ao estabelecer extenso rol de temas constitucionais passíveis de judicialização – a chamada constitucionalização do

¹³⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**: Da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia de Letras, 2018. p. 233.

¹³⁷ Ibid.

direito, culminou num cenário de tensão e explosão da litigiosidade constitucional. Prossegue tratando da sobreposição das funções atribuídas ao STF que, na qualidade de tribunal constitucional “tem por obrigação julgar por via de ação direta a constitucionalidade das leis e de atos normativos produzidos em âmbito tanto federal como estadual”¹³⁸ bem como, “julgar as omissões inconstitucionais do legislador e do Executivo”¹³⁹; assegurando, via mandado de injunção, a imediata concretização de direitos fundamentais.

Compete também ao Supremo Tribunal Federal, na qualidade de foro especializado, o julgamento criminal de altas autoridades e a apreciação originárias de atos secundários do Congresso Nacional ou do Executivo; e ainda, exercer função jurisdicional como “tribunal de recursos de última instância judicial”¹⁴⁰, sendo responsável para revisão de diversos casos decididos em instâncias inferiores, fiscalizando o cumprimento e a implementação de suas próprias decisões.

Vieira segue tratando das posturas institucionais observadas no âmbito do Judiciário, a começar pela deferência, entendida como a “postura institucional pela qual os tribunais demonstram alto grau de respeito pela decisão do legislador que definiu o conteúdo de um direito ou regulamentou o seu exercício ao complementar ou regular a constituição”¹⁴¹; postura calcada em uma democracia majoritária caracterizada pela observância rigorosa da separação dos poderes/funções que não deve ser confundida com conduta omissiva, na qual o Judiciário deixa de cumprir a sua obrigação legal de Guardião da Constituição.

Em contraposição, a responsividade representa uma postura na qual o Judiciário “deve estar ativamente envolvido em promover respostas para que a Constituição e os direitos fundamentais, em especial, sejam efetivados na maior extensão possível”¹⁴². Isto é, tendo em vista que o Supremo atua, visando a guardar e efetivar os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, atua de forma responsiva. Diferentemente, quando extrapola suas competências de maneira injustificada, atua usurpando as funções dos outros poderes, ou seja, exerce o ativismo de forma exacerbada.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Ibid.

Para delinear a mudança de postura observada no Supremo, Vieira analisa as decisões proferidas desde o período Collor até o período Temer.

No Período Collor, marcado pelo primeiro processo de *impeachment*, o Supremo Tribunal Federal julgou a MP 151 convertida em Lei nº 8.029/90 que versava sobre a constitucionalidade do congelamento de ativos financeiros de pessoas físicas e jurídicas e as medidas do Plano Collor. Naquela ocasião os ministros omitiram-se sob o fundamento de que uma invalidação do plano resultaria reflexos financeiros e o retorno da hiperinflação. Tal postura recebeu novos contornos quando foi declarada a inconstitucionalidade da reedição das respectivas MPs, rejeitadas que foram pelo Congresso Nacional.

Posteriormente, questionada a constitucionalidade da MP 173, a Suprema Corte negou a concessão de liminar em Mandado de Segurança nas ações ordinárias ou cautelares cujo objeto fosse a discussão das medidas provisórias do Governo Collor. O governo, ao decidir pela edição de MP restringindo a concessão de medidas liminares e cautelares contra o Plano Collor, causou embate entre os Ministros. Em seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence entendeu que “muito embora a restrição do acesso a liminares não pudesse ser considerada inconstitucional em abstrato, poderia sê-lo em casos concretos”¹⁴³ ou seja, os juízes de primeira instância poderiam, se assim entendessem, conceder medidas cautelares em defesa de direitos fundamentais. A partir desse julgamento, aliteratou-se o procedimento para o *impeachment*.

No julgamento da ADI 223-6, vencido, o Ministro Paulo Brossard, Relator, entendeu que o Supremo Tribunal Federal não deveria ter conhecido de Mandado de Segurança interposto pelo presidente da República, posto que a responsabilidade exclusiva era do Congresso Nacional, em clara defesa da adoção de uma postura deferente pela Corte Suprema. Vieira cita indagação de Brossard:

Por que o judiciário não interfere em processo de impeachment? Por tratar-se de questão exclusivamente política? Seguramente não. Por cuidar-se de questão interna corporis? Também não. Mas por estar em face de uma jurisdição extraordinária que a Constituição dele retirou, expressamente, para conferi-la, explicitamente, ao Congresso Nacional. 4. Na área, pela Constituição, reservada ao Congresso pode ocorrer erro, abuso ou excesso? É claro que pode. [...] Em verdade, nenhum poder tem o monopólio do saber e da virtude; os Poderes acertam e erram. Acertam mais do que erram, felizmente, mas também erram. É da natureza humana. E o que decide em último lugar erra ou acerta irremediavelmente, sem recurso a quem quer que

¹⁴³ Ibid.

seja. O acerto ou o desacerto serão definitivos. Esta verdade, singela e trivial, não deve ser esquecida. Nem os homens, nem as suas instituições, são perfeitas e infalíveis.¹⁴⁴

Desde então, a Suprema Corte veio adotando postura deferente também nos governos Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso frente ao governo e ao Congresso Nacional.

A experiência vivenciada durante o governo Collor levou à edição da EC nº 3, responsável por criar a *ação direta de constitucionalidade*, conferindo *força vinculante* às decisões do Supremo. Ou seja, sempre que uma ADC é julgada procedente, o Supremo diz que a norma é constitucional, tendo eficácia *erga omnes* e força vinculante para todo o país.

Na sequência, por meio das emendas nºs 5 a 9 o Governo Federal conseguiu instaurar um amplo projeto de privatização sem que houvesse contestação por parte do Supremo, em deferência aos poderes políticos.

Ato contínuo, aprova-se no Congresso Nacional a criação do IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira) através de emenda constitucional. O Supremo Tribunal Federal, por entender que referido imposto violava o princípio da anterioridade tributária (artigo 150, CF), além de constituir ameaça à federação, decidiu pela inconstitucionalidade da emenda no julgamento da ADI 926, por ofensa à cláusula pétrea prevista do art. 60, parágrafo 4º da Constituição Federal.

O que se observou neste período foi o início de uma postura bastante proeminente e responsável no âmbito dos direitos sociais pelo Supremo Tribunal Federal. A título de exemplo, cita-se o julgamento ao AgRg/RE 271.286-8 RS¹⁴⁵, acerca da distribuição do coquetel anti-HIV.

No período “Lula”, marcado por uma nova composição e postura do Supremo Tribunal Federal – dadas as sete indicações de ministros pelo Presidente da República, constatou-se uma maior preocupação e compromisso com os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, significativos avanços na agenda legislativa e crescente judicialização de demandas nos mais diversos âmbitos¹⁴⁶.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança**, n. 21.564-DF, citada por Vieira. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85552>>. Acesso em: 27 novembro 2020.

¹⁴⁵ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 27 novembro 2020.

¹⁴⁶ O autor cita a título de exemplo ações afirmativas relativas ao estabelecimento de cotas raciais pelo ProUni e posteriormente quotas de ingresso pela Universidade de Brasília (ADI 3197 e ADPF 3137); o controle do porte de armas de fogo estabelecido pelo Estatuto do Desarmamento (ADI 3137);

Ressalta Vieira que “nos dois mandatos de Lula, o Supremo assumiu uma postura bastante ativa no que se refere à implementação da ambiciosa carta de direitos incorporada pela Constituição de 1988.”¹⁴⁷, referendando decisões do Legislativo e do Executivo.

Apesar desta postura, com constantes interferências nas competências do legislativo, a Suprema Corte contribuiu para a multiplicação de legendas. Dado ao aumento expressivo na criação de partidos, foi sancionada a Lei nº 9.092/95, estabelecendo dentre outras coisas um mínimo de votos a ser alcançado nas eleições para a Câmara dos Deputados. Entendendo violado o princípio do pluralismo político, o Supremo, à unanimidade, fulminou a referida lei.

A decisão unânime dos ministros não deixa dúvida de que a lei, tal como sancionada, impunha sérias limitações à sobrevivência de pequenas legendas e, portanto, poderia ser considerada inconstitucional. O Supremo, no entanto, não se utilizou dos seus poderes de modulação para afastar os exageros da legislação, preservando o objetivo da lei, que era estabelecer um mínimo de ordem no sistema representativo. Ao fazer uma leitura tão ampla do princípio do pluralismo, vetando a decisão tomada pelo próprio sistema representativo para assegurar a operacionalidade do presidencialismo em coalisão, o STF passou a ser o protagonista no redesenho do sistema eleitoral brasileiro.¹⁴⁸

Após esse julgamento, derrubando a cláusula de desempenho, nos MS 26.602, 26.603 e 26.604, estabeleceu-se mais uma hipótese para perda de mandato parlamentar: a troca de legenda ou a chamada infidelidade partidária que, para além de representar conduta contramajoritária alicerçada no direito das minorias políticas de formar partidos, acabou por reformar a Constituição no intuito de promover a moralização do sistema partidário. Salienta Vieira:

Sem cláusula de barreira e com o estabelecimento de uma regra mais restritiva de fidelidade partidária, sem falar nos diversos incentivos financeiros e políticos criados pelo legislador, como o Fundo Partidário, o Brasil assistiu passivamente ao surgimento de uma avalanche de novas legendas.¹⁴⁹

Ou seja, no intuito de melhorar o sistema político o Supremo Tribunal Federal tornou-o ainda mais ininteligível e de difícil coordenação.

a validação da utilização de células-tronco embrionárias congeladas, não mais adequadas para fertilização (ADPF 54); os limites da liberdade de manifestação na Praça dos Três Poderes (ADI 1696-4); a demarcação de terras indígenas da Raposa-Serra do Sol (PET 3388). Ibid.

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Ibid.

A título de exemplo, cita-se o fato de que, apesar da Res. TSE nº 22.610 tratar do Vice, o próprio STF se encarregou de flexibilizar a fidelidade partidária por no mínimo três vezes.

Num primeiro momento, quando do julgamento da ADI nº 5081/DF¹⁵⁰, num segundo momento, ao incluir por meio da Lei nº 13.165 o inciso III no artigo 22-A da Lei nº 9.096¹⁵¹, e, por fim, ao incluir no texto constitucional via EC 97, o parágrafo 5º no artigo 17. Repisa-se que todas essas flexibilizações inseridas nos textos constitucional e infraconstitucional, tiveram por objetivo promover a correção da decisão proferida pelo STF (ponto este que será melhor estudado no subcapítulo 4.2).

No período “Dilma”, a Suprema Corte manteve postura responsiva, julgando vários casos emblemáticos¹⁵². No âmbito político, merecem destaque duas decisões: A primeira, no julgamento das ADC 29 e 30 e ADI 4578, entendeu que a “Lei da Ficha Limpa” não violaria o princípio da presunção de inocência em caso de proibição de candidaturas dos condenados por crimes contra a administração pública, o que refletiu nas eleições de 2018, impedindo a participação do ex-presidente Lula na disputa

¹⁵⁰ Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO Nº 22.610/2007 DO TSE. INAPLICABILIDADE DA REGRA DE PERDA DO MANDATO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA AO SISTEMA ELEITORAL MAJORITÁRIO. 1. Cabimento da ação. Nas ADIs 3.999/DF e 4.086/DF, discutiu-se o alcance do poder regulamentar da Justiça Eleitoral e sua competência para dispor acerca da perda de mandatos eletivos. O ponto central discutido na presente ação é totalmente diverso: saber se é legítima a extensão da regra da fidelidade partidária aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário. 2. As decisões nos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 tiveram como pano de fundo o sistema proporcional, que é adotado para a eleição de deputados federais, estaduais e vereadores. As características do sistema proporcional, com sua ênfase nos votos obtidos pelos partidos, tornam a fidelidade partidária importante para garantir que as opções políticas feitas pelo eleitor no momento da eleição sejam minimamente preservadas. Daí a legitimidade de se decretar a perda do mandato do candidato que abandona a legenda pela qual se elegeu. 3. O sistema majoritário, adotado para a eleição de presidente, governador, prefeito e senador, tem lógica e dinâmica diversas da do sistema proporcional. As características do sistema majoritário, com sua ênfase na figura do candidato, fazem com que a perda do mandato, no caso de mudança de partido, frustre a vontade do eleitor e vulnere a soberania popular (CF, art. 1º, parágrafo único; e art. 14, caput). 4. Procedência do pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5081**. Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2015. DJe-162, divulg. 18/08/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9175293>>. Acesso em: 10 abril 2021.

¹⁵¹ Art. 22-A. Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito. Parágrafo único. Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses: I - mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; II - grave discriminação política pessoal; e III - mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente.

¹⁵² Cita Vieira: a possibilidade de união homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277); a liberdade de manifestação relativo aos casos da “Marcha da Maconha” (ADPF 187 e ADI 4274); aborto de anencéfalos (ADPF 51); primeiro passo rumo a descriminalização do aborto consentido (HC 124.306); autorização para publicação de biografias não autorizadas (ADI 4815). Ibid.

eleitoral. A segunda, na proibição das doações eleitorais por empresas privadas no afã de minimizar a interferência e influência dos grandes doares no sistema político. A decisão redundou em aumento dos recursos destinados aos partidos, aprovados pelo Congresso Nacional, “aumentando o peso dos líderes e caciques dos recursos, na formação das chapas.”¹⁵³.

Nesta senda, dadas as constantes mudanças de postura do Supremo Tribunal Federal e sua decorrente interferência sistêmica nas competências do Legislativo, o País entrou em nova grave crise política em 2013, quando um novo processo de *impeachment* foi instaurado contra a ex-presidente Dilma.

Fazendo um pequeno aparte, analisa-se a postura do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Dilma Rousseff, sob a ótica da judicialização da política.

Em 21 de outubro de 2015, fora protocolado pedido de *impeachment* subscrito pelos advogados Miguel Reale Jr., Janaína Paschoal e Hélio Bicudo em face da então Presidente da República, Dilma Rousseff, por descumprimento da lei orçamentária. A denúncia foi aceita em dezembro daquele ano.

Somava-se ao cenário, além das crises política e econômica, a queda de popularidade do governo Dilma, o que de certo modo, deu ensejo ao processamento do pedido de *impeachment*.

Estabelece a Constituição Federal em seu artigo 85, as hipóteses caracterizadoras do crime de responsabilidade, a saber, i) atentar contra a existência da União, ii) o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação, iii) o exercício dos direitos políticos, iv) a segurança interna do País, v) a probidade na administração; vi) a lei orçamentária, e, vii) o cumprimento das leis e das decisões, hipóteses estas, que quando verificadas, autorizam o processamento de eventual pedido de *impeachment*.

O julgamento da ex-presidente por crime de responsabilidade restou consubstanciado no que ficou popularmente conhecido por “pedaladas fiscais”, isto é, na realização de operações de crédito pelo governo junto aos bancos da Caixa Econômica Federal e do Banco do Brasil, visando a manutenção de programas sociais.

¹⁵³ Ibid.

O fato de tais empréstimos não constarem da lei orçamentária e de não gozarem da necessária autorização legal, caracterizaria, portanto, crime de responsabilidade. A mesma disciplina encontra-se também positivada na Lei do *Impeachment* nº 1.079/50 em seus artigos 4º, inciso VI e 10, item 6.

Alegou-se à época que Dilma teria se utilizado das pedaladas fiscais para abrandar a situação financeira do País e, deste modo, influenciar a opinião pública, isso concomitantemente a descoberta de reprovação das contas pelo Tribunal de Contas da União.

Imperioso frisar, em que pese tenha sido respeitado o rito determinado pela Constituição, pela Lei nº 1.079/50 e à ampla defesa, ainda assim, alguns aspectos do processo de *impeachment* foram submetidos a apreciação e análise da Corte Suprema, ocasionando profunda instabilidade política.

Autorizado o processamento pela Câmara dos Deputados, bem como, a instauração pelo Senado Federal, por ocasião do julgamento no Senado, a defesa de Dilma pleiteou em questão de ordem, a deliberação acerca a possibilidade de julgamento em apartado das sanções de perda do cargo e inabilitação para o exercício das funções públicas por 8 anos, partindo do precedente criado quando do julgamento do Presidente Collor.

Deferiu-se o pedido ancorando-se, o Min. Ricardo Lewandowski o regimento interno do Senado. Em julgamento, aprovou-se a perda do mandato presidencial, no entanto, no que cinge a inabilitação, os votos foram insuficientes. Dilma foi então afastada do cargo, mas manteve preservado o direito a ocupar cargos políticos.

Em face da sentença condenatória de 31 de agosto de 2016 prolatada pelo Senado Federal, por duas vezes, a questão foi submetida ao Supremo para deliberação acerca da constitucionalidade de referida decisão.

Em um primeiro momento, no Mandado de Segurança nº 34.371/DF¹⁵⁴, questionou-se dois aspectos do processo de *impeachment*, “a tipificação das condutas (crimes que não teriam sido recepcionados pela Constituição Federal) e o ato de pronúncia, no qual o relator no Senado teria adotado classificação jurídica diferente da contida na denúncia aprovada pela Câmara dos Deputados.”¹⁵⁵, fora indeferida a

¹⁵⁴ BRASIL. **Mandado de Segurança nº 34.371/DF**. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34371.pdf>>. Acesso em: 08 abril 2021.

¹⁵⁵ STF. **Ministro rejeita mandados de segurança impetrados pela defesa da ex-presidente Dilma Rousseff**. Disponível em:

liminar na qual postulava-se a suspensão dos efeitos da Resolução do Senado responsável por condenar a ex-presidente por crime de responsabilidade e perda do mandato.

Em um segundo momento, no julgamento do Mandado de Segurança nº 34.418, de relatoria da Min. Rosa Weber novamente indeferiu-se o pedido liminar, desta vez formulado pelo senador Magno Malta desta vez questionando aprovação pelo Senado Federal da votação em apartado, da perda do cargo presidencial e da condição de inabilitação.

Do exposto, infere-se que “nesse processo eminentemente político, mas de conteúdo jurídico, o STF utilizou sua função moderadora parcial no sistema constitucional, por meio do exercício do Estado Democrático de Direito”¹⁵⁶, para evitar desestabilização do texto constitucional e por via de consequência, assegurar direitos fundamentais e segurança jurídica.

Noutros termos, para fazer frente as crises econômica e social, os crescentes escândalos de corrupção, precipuamente, os constatados durante a Operação Lava Jato aliado ao aumento exponencial na perda de “credibilidade e confiança popular”, tornou o processo de *impeachment* meio para atendimento das reivindicações populares. E não só, a intensa “instabilidade política e econômica, aliada a uma cobertura midiática voltada ao público consumidor insatisfeito com o governo posto, constituíram palco suficiente à deposição de dois presidentes da República em menos de 25 anos de regime democrático.”¹⁵⁷.

Ainda, à luz do princípio democrático e dos ensinamentos de Dahl – subcapítulos 2.2 e 2.3 do presente trabalho –, somente se torna possível falar em democracia em Estados nos quais, possibilita-se a participação em igual grau de capacitação de todos os seus integrantes. Além disso, preconizou também o cientista político, a satisfação dos cinco critérios outrora estudados.

De todos os cinco importantes critérios estabelecido, ganham relevo os critérios do entendimento esclarecido, segundo qual “cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas

<<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=398162>>. Acesso em: 08 abril 2021.

¹⁵⁶ ANDRADE, Luiz Gustavo de Andrade. NODA, Juliana Markendorf. O processo de *impeachment* no contexto da Justiça Constitucional Brasileira. In: ANDRADE, Luiz Gustavo; ARRAES, Roosevelt. (Org.). **Política, democracia e ativismo judicial: questões contemporâneas do Direito**. 1ed. Curitiba: Hum Publicações, 2017. p. 24.

¹⁵⁷ Ibid.

prováveis consequências”, e do controle do programa de planejamento, segundo o qual, deve-se assegurar aos cidadãos oportunidade de decidir “como, e se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento”¹⁵⁸.

Sob esta perspectiva, denota-se que o processo de *impeachment* além de constitucionalmente delineado, é autorizado, processado e julgado por ambas as casas do Congresso Nacional, cabendo-lhe, enquanto representantes do povo, deliberar pela destituição ou não do Presidente da República.

Por estar sujeito ao controle jurisdicional, o STF quando diante de processos de *impeachment* limitar-se-á a decidir sobre questões procedimentais, não podendo adentrar as discussões meritórias já fixadas pelo Parlamento quanto à aplicação ou não da sanção de perda do mandato e inabilitação para exercício de funções políticas por 8 anos, vez que, a competência para julgamento de aludido processo político-jurídico é do Senado Federal.

Ocorre que, especialmente no caso do *impeachment* da ex-presidente Dilma, muito se discutiu à época e até os dias atuais é tema de bastante controvérsia, se as chamadas pedaladas fiscais de fato enquadraram-se ou não nos crimes de responsabilidade, ou se referido processo pautou-se na resolução de um profundo descontentamento popular. Inobstante, asseveram Luiz Gustavo de Andrade e Juliana Markendorf Noda,

é fato inegável que as crises econômica e política, está última, principalmente, decorrente de escândalos de corrupção (como aqueles investigados na Operação Lava Jato), retiraram do governo do PT a necessária força política para conduzir os rumos do país (retiraram-lhe governabilidade), assim como, no início da década de 1990, fatores semelhantes motivaram o *impeachment* do presidente Collor.¹⁵⁹

Destarte, sustentam os autores que esta imprecisão na tipificação dos crimes de responsabilidade acabam por evidenciar a inexistência de entendimento esclarecido por parte dos entes políticos, precipuamente, no que cinge ao cabimento da sanção de perda do mandato presidencial pela prática das pedaladas fiscais no julgamento da ex-presidente Dilma, podendo representar, com a utilização

¹⁵⁸ DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001. p. 49.

¹⁵⁹ ANDRADE, Luiz Gustavo de Andrade. NODA, Juliana Markendorf. O processo de *impeachment* no contexto da Justiça Constitucional Brasileira. In: ANDRADE, Luiz Gustavo; ARRAES, Roosevelt. (Org.). **Política, democracia e ativismo judicial: questões contemporâneas do Direito**. 1ed. Curitiba: Hum Publicações, 2017. p. 29.

inadequada de referido processo político, enfraquecimento dos postulados democráticos.

À vista disso, apresenta-se como meio para garantia da lisura do processo de *impeachment* a promoção de uma reforma democrática, com a criação de um instituto de consulta popular, assegurando ao povo a possibilidade de retirar o mandato daquele que, porventura, não esteja mais atendendo aos anseios populares. Deste modo, garante-se que referido processo jurídico-político, aplicar-se-ia, apenas, em casos de ofensa aos preceitos constitucionais definidos pelo legislador constituinte no artigo 85 da Magna Carta, “subtraindo poderes dos parlamentares, para destituírem do cargo aquele que, não tendo cometido crime de responsabilidade, esteja vivenciando uma crise de governabilidade.”¹⁶⁰.

Em suma, denota-se que o julgamento do processo de *impeachment* sob o viés jurídico, encontra respaldo constitucional quanto à sua previsão e seus requisitos e infraconstitucional ao elencar as hipóteses de crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/50. Ao passo que sob o viés político, face a competência outorgada ao Legislativo para processar, julgar e condenar o mais alto cargo político do Estado democrático, observa-se intensa interferência política e, conseqüentemente, possível flexibilização jurídica, cabendo ao STF inibir arbitrariedades procedimentais e ao Congresso Nacional a responsabilidade quanto ao mérito das discussões políticas que lhe são submetidas¹⁶¹.

O julgamento da Ação Penal nº 470 aumentou a visibilidade da Suprema Corte perante a opinião pública, tornando-se um dos grandes destaques para a construção da noção de supremocracia anteriormente delineada. O popularmente conhecido “mensalão”, além de viabilizar a imputação dos crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha, contribuiu para consolidar o seu poder no controle de conduta das mais altas autoridades políticas do país.

Acentuando ainda mais a crise política já instaurada, no julgamento do MS/MC 34.070 em face da nomeação do ex-presidente Lula para ministro-chefe da Casa Civil, o Ministro Gilmar Mendes, em decisão monocrática, entendeu que houvera desvio de finalidade do ato da nomeação, concedendo a medida acauteladora. Se comparada esta decisão à do MS/MC 34.609, também monocrática, o Ministro Celso de Mello, no

¹⁶⁰ Ibid., p. 30.

¹⁶¹ Ibid., p. 30/31.

governo Michel Temer, não obstaculizou a nomeação do ex-governador Moreira Franco em situação semelhante.

Inobstante a similitude dos casos, evidenciou-se nos supracitados julgamentos a fragmentação do Supremo, ou seja, o crescimento da “ministocracia”.

Definem Diego Werneck e Leandro Molhano em “Ministocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro.”:

Assim, liminares monocráticas - justificadas em princípio como um mecanismo para garantir a autoridade futura da decisão do plenário - podem ser utilizadas no sentido oposto, para neutralizar o controle do plenário sobre uma ação estritamente individual que, hoje, produz efeitos no mundo tomando para si a autoridade da decisão futura que talvez nunca chegue. Na prática, esse loop permite aos ministros realizar o que podemos chamar de “*judicial review* individual”, bloqueando iniciativas políticas, ainda que amplamente majoritárias, sem que a supervisão do plenário ou mesmo outros limites previstos na legislação impeçam essa atuação individual. Há diversos exemplos visíveis na última década, além dos casos mencionados acima, de liminares individuais de grande impacto político que não foram levadas ao plenário ao longo de meses e anos.¹⁶²

Trata-se, portanto, de uma versão extremada da supremocracia; isto é, os ministros acabam se imiscuindo no poder constitucionalmente entregue ao Supremo Tribunal Federal.

Advertem Diego Werneck e Leandro Molhano:

Por trás do poder do STF sobre outras instituições políticas e judiciais do país, portanto, há uma profunda fragmentação interna com graves implicações externas. Ao longo da última década, consolidou-se uma literatura crítica sobre o individualismo nas deliberações e decisões do tribunal. [...] Ministros individuais, se quiserem, podem moldar resultados na política, especialmente se lhes couber a relatoria do caso. Há pouco que o tribunal pode fazer que, nas condições certas, um ministro individual não possa também conseguir - e, até o momento, parece haver menos ainda que o tribunal coletivo possa fazer quando ministros individuais usurpam da maioria a chance de exercer poder. Se a “supremocracia” tem sido medida em termos de concentração de poder e capacidade de resolver conflitos políticos, é preciso começar a discutir nossa “ministocracia” nos mesmos termos.¹⁶³

No período Temer, o Supremo reforçou a sua posição como instância capaz de reescrever a Constituição. Foi no julgamento da AC 4.070 de relatoria do Ministro Teori Zavaski, responsável por determinar o afastamento de Eduardo Cunha do cargo de

¹⁶² ARGUELES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Ministocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro**. Novos Estudos CEBRAP. São Paulo: vol. 37, nº 1, 2018. p. 25/26.

¹⁶³ Ibid., p. 30.

presidência da Câmara ao argumento de injustificadas intervenções em investigações criminais e embaraço no processamento de denúncia contra ele proposta no Conselho de Ética da Câmara dos Deputados.

Posteriormente, houve ainda o julgamento do HC 84.078, que tratou da inviabilidade da execução provisória da sentença penal após a condenação em segunda instância. No entanto, em 2016, no HC 126.292, o Ministro Teori Zavaski, Relator, ressaltou que a formação de culpa não se confundiria com a possibilidade de execução provisória; decisão importante no que toca as operações de combate à corrupção, redução temporal da impunidade, criação de incentivos para contribuição dos acusados e, estabilização da Operação Lava Jato.

Como solução para o fortalecimento das instituições jurídicas, bem como, do sistema representativo, Vieira enuncia algumas proposições como a redistribuição das competências do STF, para que não atue mais como corte constitucional, tribunal de última instância e foro especializado. Aponta o exercício da colegialidade (decisões que reflitam, de fato, consenso fruto de debate e deliberação) pautada em três etapas de deliberação: primeira, seleção de casos discutidos em controle difuso para julgamento e, conseqüentemente, maior transparência na construção da agenda; segunda, realização de audiências públicas e sustentações orais com presença obrigatória dos ministros e a prolação de um único voto após obtenção de consenso do colegiado; terceira, maior empenho por parte dos ministros em implementar uma atuação colegiada, imparcial e comedida¹⁶⁴.

Quando se pensa em Estado Democrático de Direito, é fundamental associá-la à noção de separação de poderes engendrada por Montesquieu inserido em um contexto de fim do absolutismo, de modo a materializar a desconcentração por meio da divisão do poder central em três funções. Dividiu-as em legislativo: poder responsável pela feitura das leis; executivo, responsável pela execução das leis e promoção das políticas públicas definidas por lei; e, por fim, o judiciário, responsável pelo julgamento das leis.

Veja-se que o Poder Judiciário, diferentemente, do Poder Legislativo e Executivo, é o único poder desconstituído de representação política. Já no Legislativo elegem-se deputados, senadores, vereadores, etc.; e, no Executivo, presidente,

¹⁶⁴ VIEIRA, 2018.

governador e prefeito. Isto é, o Poder Judiciário é composto através da realização de concursos públicos.

Embora constitua-se como parte do poder central, no Brasil, o Judiciário não consiste em um espaço de representação, pois seu papel delimitado pela Magna Carta seria, em certa medida, um papel técnico: decidir se a aplicação de determinada lei está sendo feita de forma adequada e verificando a sua conformidade com a constituição. Cabe-lhe, portanto, harmonizar o ordenamento jurídico.

Assim sendo, é óbvio que não compete ao Judiciário a criação de leis no sentido de fazer escolhas políticas. Deve restringir seu processo interpretativo aos limites daquilo que a lei estabelece. Essa diferenciação é importante pois, dentro da ordem social, garante maior segurança jurídica e respeito ao pacto político-social do país.

De todo o exposto, o ativismo judicial pode ser visto como positivo quando supre as omissões do legislativo e do executivo, pressionando-os a supri-las ao resolver o caso concreto.

A problemática apresenta-se quando o Judiciário extrapola os limites impostos pela ordem jurídica, imiscuindo-se em funções outras. O Judiciário não tem prerrogativa de escolha. Não existe mandato.

Princípio republicano, fundamental à democracia, estabelece mandatos eletivos aos membros dos poderes legislativo e executivo. Assim, estando o eleitor insatisfeito, pode mudar os seus representantes na próxima eleição. No Judiciário, porém, não existe essa possibilidade; pois os magistrados, cumprido o estágio probatório, desfrutam das garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos do artigo 95 da Constituição.

Portanto, mostra-se imprescindível para a manutenção e o fortalecimento da democracia que os magistrados não extrapolem as suas funções na assim chamada concentração de poderes.

De todo o exposto, conclui-se que é pernicioso e nocivo aos princípios democráticos do Estado de Direito o ativismo judicial exacerbado por parte do Poder Judiciário, ante a inexistência de mecanismos aptos a promover a correção de erros cometidos nos seus julgamentos. Neste contexto, quando fala em nome do povo, o Judiciário invalida a própria concepção de democracia, pois sua função moderadora é vital para o avanço do Estado Democrático de Direito.

3.2 POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Analisa-se neste subcapítulo os conceitos de *politização da justiça* e *judicialização da política*. Em que pese tratem-se de conceitos conexos, parecidos e por vezes representem um jogo de palavras, na realidade, representam duas acepções distintas, as quais por brevidade, passa-se a analisar.

Com o advento do Estado Liberal, a função restringia-se à garantia e promoção dos direitos subjetivos; ou seja, dos direitos negativos, protegendo tão somente espaços de autonomia privada e deste modo, mantendo o Poder Judiciário em uma posição de neutralidade. Dentro deste contexto, a separação de poderes/funções no intuito de coibir desmandos pelo Estado delimitou aos magistrados a responsabilidade de aplicação da lei em seus limites, não podendo criar direitos além daqueles legalmente previstos¹⁶⁵.

Dada essa configuração estrutural, o modelo liberal exigiu e acarretou a neutralização política pela adoção de uma postura de autocontenção (*judicial self-restrain*) frente aos demais poderes; olvidando-se que o protagonismo político direciona-se ao Legislativo, pautado na separação dos poderes e no princípio da legalidade.

A partir do século XX essa estruturação começou a ser alterada com o advento do Estado Social, momento em que os direitos individuais passaram a exigir uma complementação pelos direitos sociais, tutelando via de consequência os direitos/liberdades positivas. Neste ínterim “o Estado Social afirma que a liberdade, a que se refere à proteção de direitos fundamentais, implica assegurar a criação de estruturas sociais que garantem a maior oportunidade possível de desenvolvimento da personalidade.”¹⁶⁶.

Se na concepção liberalista a neutralização política era algo imanente ao Poder Judiciário, no *Welfare State* o Estado sai de uma postura restrita à lei, passando a atuar como instituição garantidora da efetivação dos direitos fundamentais, desneutralizando-se politicamente.

¹⁶⁵ Explica Cambi que neste contexto, referida “neutralização política do Judiciário decorria do princípio da legalidade, da impossibilidade de se julgar *contra legem* e da aplicação do direito mediante a subsunção lógica dos fatos às normas, em um quadro jurídico-político pré-constituído e desprovido de referências sociais, éticas ou políticas.”. *Ibid.*, p. 259.

¹⁶⁶ CAMBI, Eduardo. **Neconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário. São Paulo: Almedina, 2016. p. 228.

Nesta senda, compete ao Estado a promoção da justiça constitucional via ações positivas. Aqui, quando um dos poderes omite-se, causando prejuízos a concretização dos direitos fundamentais, cabe ao Poder Judiciário promover o controle dos demais poderes.

Alerta, Cambi, sobre a transmutação da desneutralização política em governo dos juízes:

No entanto, há de se evitar os riscos de transformar a *desneutralização política* do Judiciário no indesejável *governo do juízes*. Isso seria lamentável não somente pelo fato de os juízes não terem sido eleitos, ao contrário dos membros do Poder Executivo ou Legislativo, mas também por não terem os magistrados *mandatos fixos* e, mais, por gozarem das garantias da vitaliciedade e da inamovibilidade, somente poderiam ser retirados de seus cargos por medidas extremas e excepcionais. Além disso, com maior razão, não haveria qualquer garantia de que um governo dos juízes seria moralmente melhor que ao de representantes eleitos, uma vez que os valores e princípios constitucionais são maleáveis [...] Isso poderia levar a uma interpretação arbitrária de seu conteúdo e, conseqüentemente, conduzir à prevalência dos interesses do Poder Judiciário enquanto grupo político, frente aos interesses reais dos cidadãos.¹⁶⁷

Define o autor, como Vânia Siciliano¹⁶⁸ a politização do judiciário como conduta comissiva ou omissiva voltada a influir no processo decisório que pertenceria exclusivamente à arena política. Em outros termos, a politização do Judiciário consistiria em uso, pelo magistrados, de sua posição funcional para interferir nos atos a serem praticados pelo Executivo e Legislativo.

Nada obstante, por não submeter suas decisões ao crivo da opinião pública, por estar desvinculado da vontade geral e por não serem os magistrados detentores de mandatos políticos, uma das principais problemáticas que permeia a politização do Judiciário diz respeito à ilegitimidade das suas decisões. Manifesta-se Eduardo Cambi:

A *desnaturalização política* do Judiciário, pela admissibilidade de ponderação de princípios, concretização de direitos fundamentais e controle de políticas públicas indispensáveis à sua realização, permite que os juízes passem a serem cobrados não apenas pelas decisões (jurídicas/políticas) tomadas, segundo a hermenêutica constitucional que adotarem, mas também que suas decisões encontrem amparo na vontade popular. Caso contrário, na ausência de fiscalização judicial das políticas públicas, a sua gestão, no ambiente das

¹⁶⁷ Ibid., p. 262.

¹⁶⁸ AIETA, Vânia Siciliano. **Criminalização da Política**: a falácia da “judicialização da política” como instrumento democrático. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. p. 54.

deliberações majoritárias, tende a ser marcada pela corrupção, pela ineficiência e pelo *clientelismo*.¹⁶⁹

Assim sendo, ao Poder Judiciário competiria a promoção e formulação de políticas públicas somente quando inexistentes, em cumprimento às já existentes ou, em correção a política públicas equivocadas.

A politização e a judicialização do Judiciário são dois conceitos relacionados. Ao decidir casos emblemáticos, deve fazê-lo pautando-se nos princípios da publicidade, transparência e imparcialidade, face a influência que exercem nos campos político, econômico e social. Enfatiza Cambi que a ilegitimidade do Poder Judiciário ao substituir-se nas competências do legislativo, sobretudo no que toca à prolação de decisões políticas, ressaltando a importância de o Judiciário politizado não ceder às pressões sociais e ao *marketing* das opiniões.

Estabelece Vânia Siciliano que a judicialização da política “ocorre em junção do comportamento interno ordinário do Poder Judiciário”¹⁷⁰, sendo identificada através dos procedimentos judiciais geradores de consequências jurídico-políticas.

Imperioso tratar neste momento da judicialização da política¹⁷¹ à luz da teoria constitucional de Klaus Schlaich e Dieter Grimm que, partindo das experiências constitucional alemã e jurisprudencial, informa fonte segura da teoria constitucional contemporânea.

Para Klaus Schlaich seria inviável pressupor que um Tribunal Constitucional com ampla competência estaria imune às críticas ao imiscuir-se nas competências do legislativo quanto ao controle de constitucionalidade. Evidencia duas questões centrais:

- a) um Tribunal Constitucional que se ocupa permanentemente do controle do legislador corre o risco de não se contentar com o controle da lei como resultado do procedimento legislativo, e incluir cada vez mais em seu exame o processo pelo qual o Parlamento prepara a decisão; b) cada vem em maior

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Assevera Farlei Martins Riccio de Oliveira que, “a ideia de judicialização da política requer que operadores da lei prefiram participar da *policy-making* a deixá-la ao critério de políticos e administradores e em sua dimensão, ela própria implicaria papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele envolvido em uma não-decisão.” E finaliza, que a concepção de judicialização aberga tanto “a dimensão procedimental quanto substantiva do exercício das funções judiciais”. **A Judicialização da política na teoria constitucional de Klaus Schlaich e Dieter Grimm**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 701/710. In: Neoconstitucionalismo. Coordenadores: Regina Quaresma, Maria /Lúcia de Paula Oliveira e Farlei /Martins Riccio de Oliveira; Alejandro Pérez Hualde... [et al.] – 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

medida, a relação dos Tribunais (todos os tribunais) com o legislador é valorada em relação com a ideia de “compensação”.¹⁷²

Quanto à primeira questão, ressalta o autor que o controle normativo deveria ater-se à lei, fruto do procedimento parlamentar, dada a dificuldade em identificar a intenção do legislador na edição das normas. Adverte que o controle constitucional promovido pelo Tribunal não deve limitar a atividade legislativa a ponto de engessá-la no exercício de sua atividade parlamentar.

Sobre a segunda questão, afirma que ainda que o Judiciário se substitua na direção do Estado visando a “[...] compensar a profunda falta de tradições democráticas e parlamentares [...]”¹⁷³, dito de outro modo, mesmo que sob o argumento de compensação, isto por si só não outorga competência ao Tribunal. Explica:

Um Tribunal Constitucional, inclinado a decidir os rumos políticos do Estado, pode precipitar ainda mais a ‘fuga do legislador de suas responsabilidades’. A compensação de funções parlamentares por órgãos não parlamentares pode impedir a formação das capacidades parlamentares necessárias. Se uma decisão do Tribunal Constitucional praticamente retira do debate político as possibilidades de modificação dos grandes projetos legislativos, apreensíveis também de maneira plebiscitária através das eleições, o resultado destas perde em grande medida seu caráter decisivo. A oposição pode esperar fazer fracassar uma lei com a ajuda do Tribunal Constitucional (já atualmente essa possibilidade assenta com frequência seu comportamento durante o procedimento legislativo), logrando com isso compensar sua posição minoritária no Senado (do mesmo modo que utiliza a Câmara), sem que esse nível de influência venha cercado por um pronunciamento do eleitorado para constituí-la em maioria. A maioria eleita, por sua parte, com a declaração de inconstitucionalidade se vê liberada da responsabilidade da causa de suas leis, sem tornar-se intolerável para o eleitor a causa de ditas leis.¹⁷⁴

Em que pese Schlaich entenda ser incumbência do Tribunal o processo hermenêutico da Constituição, defende que a Corte Suprema deveria submeter ao Legislativo as leis objeto de cassação na prolação de suas decisões. Ao fazê-lo atribuiria maior responsabilidade ao Judiciário. E, adverte quanto a necessidade de adoção de meio termo quando se fala em judicialização da política.

Dieter Grimm, pautado na teoria do Estado democrático de direito desenvolvida com Konrad Hesse, a quem sucede no Tribunal Constitucional Alemão, realizou

¹⁷² Ibid., p. 704.

¹⁷³ Ibidem.

¹⁷⁴ Ibidem.

profunda análise da relação existente entre o direito e a política. Para ele, se por um lado o direito constitui meio para instrumentalização política, de igual modo a política lhe conferiria conteúdo e validade. Entende ainda que “a Constituição não pode realizar uma total ‘juridicização da política’”, eis que somente a delimita. Em outros termos, a Magna Carta “estabelece condições para as decisões políticas, mas não se pode normatizar antecipadamente o conteúdo do processo decisório”¹⁷⁵, sendo inviável dentro desta perspectiva, promover a separação legislativa entre o direito e a política.

Acerca da jurisdição constitucional, entende que mesmo pertencente ao Judiciário e constitucionalmente assegurada face a influências políticas, as lacunas jurídicas ocasionam maior ampliação interpretativa e conseqüentemente, constituem “um perigo não insignificante de decisões políticas em uma roupagem com forma de justiça”. Assevera Grimm:

Dessa maneira, ela se transforma em escala intensificada, em poder político que, ele mesmo, assume funções de legislação. Então, a decisão política migra para onde não tem que ser responsabilizada politicamente, enquanto que à responsabilidade política não corresponde mais nenhuma possibilidade decisória. Nesse ponto, no nível da aplicação do direito e política, para a qual ainda não são visíveis soluções convincentes nos dias de hoje.¹⁷⁶

Enxerga este autor a judicialização da política como uma questão que pode desestabilizar e enfraquecer as responsabilidades democráticas, além de constituir violação ao princípio da separação das funções, pressuposto democrático-republicano.

A Magna Carta como estatuto jurídico do político, constitui-se como Direito Político, responsável, outrossim, pela judicialização da política, eis que a política “representada pelos conflitos sociais e pelos direitos fundamentais, historicamente sonogados, passaram a ser temas de direito público”¹⁷⁷, estabelecendo entre si uma relação de complementação.

Assim, não pode o juiz constitucional se autolimitar no exercício dos seus poderes (teoria do chamado *self-restraint*), a pretexto de se tratar de *questões políticas*, inerentes ao exercício parlamentar ou executivo, ou por se tratar de juízos de conveniência ou de oportunidade. Cabe ao juiz constitucional

¹⁷⁵ Ibid., p. 706.

¹⁷⁶ Ibid., p. 708.

¹⁷⁷ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário. São Paulo: Almedina, 2016. p. 279.

fiscalizar tanto o legislador ordinário quanto o administrador público quando violem a Constituição, independentemente do mérito dos atos legislativos, executivos ou administrativos. Portanto, o juiz constitucional pode censurar o legislador ordinário *na medida em que está vinculado à Constituição*, independentemente do mérito ou demérito das soluções legislativas ou administrativas em causa. Uma vez verificado que o legislador ou o administrador violou a Constituição, não resta ao juiz constitucional senão tirar a consequência da inconstitucionalidade, independentemente da natureza, “política” ou não, das questões envolvidas.¹⁷⁸

Feito esse introito acerca dos conceitos de “judicialização da política” e “politização da justiça”; apresentadas as problemáticas que permeiam o tema, bem como, condições propiciadoras de um protagonismo, talvez exacerbado, por parte do Poder Judiciário, apresenta-se possível postura que poderia (deveria?) ser adotada face as constantes provocações desta função objetivando a solução de conflitos sociais, sem que isso represente, no entanto, um pêndulo aos extremos, quer um apelo a supremacia judicial, quer uma absoluta deferência ao legislativo.

Deste modo, poder-se-ia advogar a adoção de postura não pautada em uma única autoridade apta a realizar a interpretação da Constituição, mas que, de modo diverso, dialogue de forma permanente com os demais atores e instituições. Ou seja, ao invés de optar pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma determinada lei (ainda que imperioso para o processo decisório), a adoção de tal postura nortearia a atuação dos juízes, limitando, via de consequência, sua intervenção em determinados casos.

Para explicar referida postura acima mencionada, parte-se de duas teorias, uma primeira, desenvolvida por Alexander Bickel e, outra, por Cass Sunstein.

Em 1960, Bickel ao desenvolver sua teoria, fruto de intensa movimentação popular acerca do direito dos negros, realiza profunda análise do papel e influência da Corte Suprema na constituição da sociedade à época. Inserido neste contexto, o autor ressalta a dificuldade contramajoritária do controle de constitucionalidade das leis, defendendo “as virtudes políticas da corte” e inserindo-as “em uma teoria normativa da revisão judicial”¹⁷⁹.

Aduz ainda que, o jurídico e o político integram-se, necessariamente, distinguindo-se somente por meio das decisões prolatadas pela Suprema Corte, que

¹⁷⁸ Ibid., p. 280/281.

¹⁷⁹ GODOY. Miguel Gualano de. **DEVOLVER A CONSTITUIÇÃO AO POVO**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. f. Dissertação de doutorado (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015. p. 108/109.

deverá pauta-las norteadas à luz da principiologia constitucional, isto é, todo processo decisório reflete de um lado, princípios constitucionais e de outro, julgamentos de oportunidade e conveniência¹⁸⁰. Além das já apresentadas, pode ainda, resolver não decidir, incentivando indiretamente o processo democrático-deliberativo.

Na visão do autor, estimula-se a comunicação entre os demais atores e instituições, além de promover maior participação e deliberação destes em determinadas questões, quando opta por não decidir – ocasião em que, ao influir no processo democrático, acabaria por impor determinada compreensão quanto a um princípio discutido, sem oportunizar a sociedade e ao legislativo, espaço para escrutínio e posterior deliberação.

Dito de outro modo, competiria a Suprema Corte com seu vasto *know how*, decidir, quando isto se mostra imperioso para assegurar, efetivar, defender e propiciar a promoção de direitos fundamentais, e quando não deve fazê-lo, submetendo, conseqüentemente, ao povo (verdadeiro soberano) difícil tarefa. Elucida Godoy:

O que Bickel busca mostrar ao ressaltar a importância das virtudes passivas da corte é que o enraizamento de um princípio, a definição de seu conteúdo, não é uma tarefa que deve ser realizada precipuamente pela corte. Bickel está interessado em demonstrar como a corte pode fazer com que os demais Poderes e também a sociedade se mobilizem, continuem o debate, redefinem seus compromissos. Mais do que decidir se uma lei deve ser declarada constitucional ou inconstitucional, a corte deve levar em conta se é o momento certo de decidir ou se há razões para esperar. Nesse sentido, o trabalho de Bickel tem o mérito de colocar a discussão sobre a legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade das leis sob um enfoque mais sofisticado do que as meras análises sobre os tipos de decisão que a corte pode dar. No entanto, o trabalho de Bickel deixa em aberto uma série de perguntas, especialmente porque a decisão de esperar está longe de ser uma análise estrita de constitucionalidade. Uma corte extremamente passiva corre o risco de tornar-se fechada, muito tímida e, nessa espera, permitir que graves injustiças continuem a ser praticadas.¹⁸¹

¹⁸⁰ Neste sentido Godoy explica, com fulcro na obra de Bickel que: “A dimensão de princípio é aquela que expressa um valor moral e a dimensão de conveniência e oportunidade, aquela que torna a decisão possível. Daí porque a corte deve buscar a acomodação prudente entre ambas dimensões ao emitir suas decisões. A função da corte, no entanto, é defender a dimensão do princípio. É essa a característica que a marca e a diferencia do Parlamento. No entanto, diante de casos controversos, o desafio da corte é defender os princípios, mas sem impor, repentinamente a toda a sociedade, um novo compromisso antes não esboçado por esses princípios.”, ou seja, a Corte Suprema ao realizar o controle de constitucionalidade, invalidando ou não a norma em discussão, o faz de acordo com um princípios já existentes, que de certo modo, denota a interpretação da tribuna sobre determinado assunto. *Ibid.*, p. 109/110.

¹⁸¹ GODOY. Miguel Gualano de. **DEVOLVER A CONSTITUIÇÃO AO POVO**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. f. Dissertação de doutorado (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015. p. 111/112. apud cf. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 117.

Em que pese os avanços trazidos por Bickel, muitas foram as lacunas deixadas, e é partindo delas que o professor norte-americano Cass Sunstein, desenvolve e aprofunda sua teoria, denominada minimalismo judicial.

Segundo sua pesquisa, seria possível identificar quatro posturas/padrões adotados no debate hermenêutico-constitucional. O denominado “*Constitutional Personae*”¹⁸² classificava os juízes em heróis, soldados, burkeanos e mudos. Sem adentrar de modo aprofundado, o que se observa como sendo mais frequentemente nas Supremas Cortes, é a adoção do padrão de juiz herói, isto é, juízes proativos, ressalvadas suas variações.

Com seu estudo, Sunstein objetivou demonstrar qual o melhor modelo a ser adotado, qual seja: o juiz burkeano; vez que, “não idealiza o papel do juiz, permite que ele exponha suas razões, [...], mas ao mesmo tempo demonstra respeito às diferentes concepções de bem, ao debate democrático e aos demais Poderes e instituições.”¹⁸³.

Nesta toada, o controle de constitucionalidade delineado por Cass Sunstein, ao ser exercido por juízes e cortes, se prestaria a orientar a construção de entendimentos principiológicos, de forma gradual e como reflexo de escrutínio e deliberação de todos integrantes e componentes do pacto social.

O minimalismo judicial se propõe, nesta perspectiva que “o Poder Judiciário desenvolva suas ‘virtudes passivas’, mantendo-se silente sobre questões controversas sempre que isso seja possível.”¹⁸⁴, adotando, uma, dentre duas orientações; prolatando decisões “*estreitas (narrow)*, no sentido de que o Judiciário não deve se pronunciar sobre mais do que seja necessário para solucionar o caso”¹⁸⁵, ou, “*rasas (shallow)*, no sentido de que não convém que os juízes busquem os ‘fundamentos últimos’ em cada questão, enveredando-se em controvérsias dogmáticas, políticas, empíricas ou filosóficas, sempre que isso seja dispensável”¹⁸⁶,

¹⁸² Ibid. apud cf. SUNSTEIN, Cass. *Constitutional Personae*. (23 de setembro de 2013). Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2292027>. p. 01. E explica Godoy quanto aos padrões que os juízes heróis seriam aqueles mais dispostos a invalidar leis e atos normativos (talvez coubesse aqui chamá-los de ativistas); os juízes soldados seriam aqueles mais deferentes aos poderes políticos; os juízes burkeanos aqueles a favor de pequenas mudanças; os juízes mudos aqueles que preferem, de alguma forma ou por meio de algum instrumento processual, não decidir. p. 112/113.

¹⁸³ Ibid., p. 119.

¹⁸⁴ SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 225.

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ Ibid.

isto é, sustenta que as decisões devem estar pautadas em “acordos incompletamente teorizados”¹⁸⁷. Assevera Godoy:

Ao exercer de forma mais produtiva as virtudes passivas da corte o minimalismo demonstra seu respeito à pluralidade de valores da sociedade, mostra-se permeável ao debate público, reconhece as limitações naturais de juízes e cortes. Defende, assim, uma atuação limitada, contida, que reduz os ônus da decisão judicial ao não forçar os juízes a adotarem e defenderem teorias abrangentes. O juiz minimalista não se compreende como o detentor da última palavra, mas, ao contrário, compreende sua atuação como mais uma peça necessária na engrenagem do debate público, na acomodação de conflitos e expectativas. Sua decisão não extingue o debate e nem torna impossível a busca por diferentes decisões posteriores ou a possibilidade de continuação do debate e de reversão da decisão. Ao invés disso, prefere decidir um caso de cada vez, segundo as particularidades apresentadas em cada situação, oferecendo decisões que não deem sentidos completos a questões fundamentais, mas que possibilitem novos debates e favoreçam a democracia deliberativa.¹⁸⁸

Sustentam os minimalistas que, aos magistrados adotarem posturas mais comedidas e pragmáticas, isso para além de simplificar o processo decisório, reduz sobremaneira o “risco de resistências e reações sociais às decisões judiciais – o chamado efeito *backlash*.”¹⁸⁹; incentivando e promovendo, por conseguinte, a deliberação e debate público, corolário da democracia.

Nessa acepção, o minimalismo de Sunstein ao recorrer a acordos teóricos incompletos além de fortalecer a democracia, reduzir o custo político de desacordos duradouros ou permanentes, promove o progresso e evolução moral da sociedade.

¹⁸⁷ Clarifica Miguel Godoy que o recurso dos acordos teóricos incompletos tem a vantagem de fazer um uso construtivo do silêncio, (engendrado por Alexander Bickel) – sobre algo que seja incerto, que possa resultar falso ou gere muitos conflitos – possibilitando aprendizados e correções futuras, ajudando a otimizar o tempo e os custos. Os acordos teóricos incompletos promovem ainda dois importantes fundamentos da democracia: tornam possível a vida coletiva e permitem que cada cidadão mostre aos demais respeito e reciprocidade mútuos. Os juízes não precisam escolher um único princípio ou dotá-lo de máximo conteúdo, mas podem recorrer a uma definição minimamente compartilhada, evitando antagonismos desnecessários. Acordos incompletos também reduzem o custo político de desacordos duradouros ou permanentes. Se em uma discussão ou decisão deixa-se de se levar em conta certas teorias abrangentes, os discordantes ou perdedores não saem tão prejudicados. Eles apenas perdem menos. Dessa forma, as partes vencidas podem aceitar as obrigações legais decorrentes da decisão, ainda que discordem dela, sem ter que renunciar às suas convicções ou ideais. Por fim, os acordos incompletos privilegiam a busca por progresso e evolução moral em uma sociedade. Ao invés de definir de forma terminativa o conteúdo de princípios fundantes da sociedade, eles permitem que esses princípios sejam sempre redefinidos e ressignificados. GODOY, Miguel Gualano de. **DEVOLVER A CONSTITUIÇÃO AO POVO**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. f. Dissertação de doutorado (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015. p. 120/121.

¹⁸⁸ GODOY, Miguel Gualano de. **DEVOLVER A CONSTITUIÇÃO AO POVO**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. f. Dissertação de doutorado (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015. p. 120.

¹⁸⁹ SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 226.

Entretanto, segundo tese desenvolvida pelo jurista, ainda que se valorize as virtudes passivas dos juízes, isso não significa dizer que a adoção deva se apresentar de modo único e imperativo, eis que diversas discussões constitucionais exige-se o desenvolvimento de uma teoria constitucional mais arrojada.

Almeja-se com a implementação de uma postura minimalista o realce e a promoção do debate democrático, via escrutínio público, sempre que possível e desejado.

Por resguardar a democracia deliberativa, os direitos sociais e a liberdade de expressão, Sunstein defende que determinadas teorias substantivas devem ser respeitadas e observadas, pois entende que a defesa de uma, não implica a desconsideração da outra, ou seja, “não abre mão de um compromisso substantivo, e, portanto, da possibilidade de uma decisão maximalista, quando estão em jogo as pré-condições da democracia ou a necessidade de se reduzir o custo da incerteza para casos e litigantes futuros.”¹⁹⁰.

Deste modo, conferindo maior prevalência as virtudes passivas dos magistrados e das cortes, permite-se maior diligência na aproximação e no distanciamento quando da realização da hermenêutica constitucional para prolação de decisões judicial a eles apresentadas. Elucida Sunstein:

Em sua forma processual, o minimalismo judicial consiste em um esforço para limitar a amplitude e profundidade das decisões judiciais. Assim entendido, o minimalismo tem virtudes distintas, especialmente em uma sociedade heterogênea na qual pessoas razoáveis frequentemente divergem. Quando juízes carecem, e sabem que carecem, de informações relevantes, o minimalismo é uma resposta apropriada. Às vezes, o minimalismo judicial é uma resposta razoável ou mesmo inevitável para o problema prático de obter consenso dentro do pluralismo.¹⁹¹

Em outras palavras, para os minimalistas a justiça deveria pautar-se nas leis elaboradas pelo legislativo, deixando de lado interpretações próprias dos magistrados sobre a melhor resolução em um caso concreto ou na sociedade.

O tribunal, portanto, estaria adstrito a solucionar casos concretos, que em tese, não abordariam fundamentos abstratos e conceitos abrangentes, ou seja, almeja-se

¹⁹⁰ GODOY, Miguel Gualano de. DEVOLVER A CONSTITUIÇÃO AO POVO: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. f. Dissertação de doutorado (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015. p. 123. Apud. SUNSTEIN, *Cass. One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 57.

¹⁹¹ SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999. p. 5.

chegar a um consenso acerca de questões mais simples ou ainda, a minimizar os custos na busca pelo acordo. Pautado em aspectos pragmáticos, abrandando-se a possibilidade de erro judicial e outorgando aos poderes políticos, a tarefa de solucionar questões fundamentais sociais, em respeito àqueles que não compartilham do entendimento que seria exibido pelo tribunal. Ocorre que, não é esta a postura que se tem observado nas Supremas Cortes (objeto de estudo do último capítulo deste trabalho), mas ao contrário, profere-se com uma frequência cada vez maior, decisões com amplas teorizações e construções demasiadamente abrangentes.

3.3 PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO

A Magna Carta de 1988, além das questões anteriormente abordadas, contribuiu significativamente para a explosão da litigiosidade constitucional no país. Ressalta-se como resultado dessa expansão da litigiosidade no Brasil, o protagonismo exercido pelo Judiciário, que coloca-se em evidência na arena política abandonando postura de neutralidade para atuar positivamente, influenciando e atraindo responsabilidades políticas, bem como, direcionando para si a crise do sistema representativo.

Dentro de um contexto pós-positivista, também chamado Neoconstitucional, em que o corpo coletivo passa a atuar mais incisiva e efetivamente na defesa dos seus direitos, o protagonismo redirecionado ao Poder Judiciário, lhe confere em razão disso, maior relevância face aos demais poderes estatais (Legislativo e Executivo).

Como é sabido, no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal classifica-se como rígida. Em razão dessa classificação, atribuiu-se ao texto constitucional a função de parâmetro para a realização do controle de constitucionalidade das demais normas existentes, pautado no princípio da supremacia da Constituição, isto é, as normas constitucionais são consideradas como de maior relevância no mundo jurídico. E é inserido neste contexto que se realiza o Controle de Constitucionalidade, também chamado Judicial Review.

Hodiernamente, essa atuação judicial proeminente, tem sido objeto de estudo pelas filosofias do direito, bem como, de algumas teorias do direito.

Neste íterim, imperioso realizar a análise à luz da hermenêutica jurídica, a problemática acerca da postura adotada pelos Tribunais, quando pertencentes de um Estado Democrático de Direito. Dentro do papel reservado à jurisdição constitucional,

destacam-se duas teorias do direito - não necessariamente opostas, mas que em certo ponto se contrariam -, que direcionam a postura do Judiciário brasileiro, quais sejam, a do procedimentalismo e a do substancialismo.

O que diferencia cada uma dessas duas principais correntes, diz respeito a atividade realizada pela jurisdição no processo de interpretação dos dispositivos constitucionais responsáveis pela promoção dos direitos fundamentais.

Ultrapassando a contextualização e generalidade acima exposta, passa-se a realizar análise pormenorizada destas duas vertentes da expansão da jurisdição constitucional.

Mormente, imperioso tecer algumas considerações acerca do chamado procedimentalismo, viabilizando a análise de como essa vertente concebe a jurisdição constitucional como garantidora dos princípios democráticos, auxiliando na compreensão e quiçá na solução da tensão existente entre a jurisdição constitucional e o princípio democrático.

Explica Cambi, a partir da dicotomia apresentada por Kaus Günther, que a corrente procedimentalista separa “os discursos de fundamentação dos de aplicação”¹⁹², por este ângulo, enuncia-se duas modalidades de raciocínio, uma primeira direcionada a validade da fundamentação de uma norma geral e, uma segunda, que consiste na “justificação da pertinência da aplicação de uma norma geral”¹⁹³ em um caso concreto.

Conclui-se portanto que os discursos de aplicação e de validação representam critérios de validade a serem impostos tanto aos juízos morais quanto aos jurídicos, o que conduziria a um discurso judicial imparcial.

O procedimentalismo analisa o Controle de Constitucionalidade realizado pelo Judiciário a luz do princípio democrático. Para essa corrente, uma determinada norma será constitucional devendo ser preservada se elaborada pelo povo e se refletir efetivamente a vontade popular.

Então, se a norma percorreu uma etapa correta para sua elaboração, foi objeto de debate e análise pelo povo a partir de seus representantes, se na casa legislativa ou nas instituições onde ela deveria ter sido produzida, foi amplamente debatida, seguiu o procedimento, foi analisada pelo quórum correto, ou seja, o cenário para sua

¹⁹² CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário. São Paulo: Almedina, 2016. p. 359.

¹⁹³ Ibid., p. 359.

elaboração foi adequado e democrático, sendo aprovada e entrando em vigor, essa lei seria considerada fruto da vontade popular.

E por ser fruto da vontade popular não poderia ser retirada do mundo jurídico, pois ao fazê-lo, essa atuação do judiciário seria considerada antidemocrática.

A corrente procedimental, portanto, funda-se na defesa do procedimento, privilegiando e garantindo participação política e processos justos de deliberação. Neste sentido, discorre Estefânia Maria de Queiroz Barboza:

Para a teoria procedimentalista, os valores substantivos de uma sociedade devem ser escolhidos por meio de uma deliberação democrática, ou seja, pelos poderes representativos do povo, quais sejam o Poder Executivo e o Poder Legislativo. De acordo com esta teoria, o Poder Judiciário deve apenas garantir o exercício da democracia, não sendo possível, portanto, a possibilidade do chamado ativismo judicial, visto que a deliberação sobre os valores substantivos de uma sociedade por juizes não eleitos atentaria ao princípio democrático. A democracia procedimental surge como oposição ao ativismo judicial americano, ou seja, acusa-se o sistema de controle jurisdicional das leis para garantia da Constituição americana de antidemocrático, posto que era inaceitável a “interpretação juridicamente vinculativa, do sentido material de normas constitucionais de conteúdo vago, por um grupo de juizes não-eleitos e irresponsáveis perante os eleitores”.¹⁹⁴

Os adeptos do procedimentalismo enxergam o controle de constitucionalidade como violador das premissas democráticas, eis que atribuir a um grupo de magistrados não eleitos popularmente, impõe limites às escolhas feitas pelo corpo político através de seus representantes eleitos, em clara ofensa ao princípio democrático.

Entre os teóricos procedimentalistas, destacam-se John Hart Ely, Jürgen Habermas e Carlos Santiago Nino.

Assim, o procedimentalismo defendido por Gunther e Habermas, na busca de soluções imparciais aos conflitos morais, não se pauta em *critérios conteudísticos objetivos*, mas pretende oferecer procedimento adequado para este fim. Para essa corrente, caberia a jurisdição constitucional a correção nos desvios procedimentais na representação popular, negando conseqüentemente, legitimidade da jurisdição constitucional, quando alicerçada em análises substancialistas das normas infraconstitucionais.

¹⁹⁴ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Kátia. **Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia.** Revista Sequência, Florianópolis, n. 56, p. 153, jun. 2008.

Os procedimentalistas criticam o “*gigantismo* ou *politização* do Poder Judiciário”, pois isso comprometeria a imparcialidade judicial, debilitando a democracia representativa.

Inobstante, admita-se como papel da Jurisdição Constitucional a garantia do processo democrático e a proteção dos direitos fundamentais. Ocorre que ao tutelar os direitos fundamentais, dado que admite julgamentos substantivos por parte da Jurisdição Constitucional tanto na delimitação de quais direitos fundamentais seriam garantidores do processo democrático, quanto no julgamento e definição dos valores escolhidos e representados por estes direitos fundamentais, acaba-se por enfraquecer a teoria procedimentalista.

John Hart Ely compartilha do paradigma procedimentalista, sustentando que a defesa de interferência dos juízes inferindo valores morais e direitos a partir do texto constitucional é essencialmente antidemocrática. Ely, entende que somente seria possível permitir aos magistrados deduzir direitos de natureza processual e não substantiva, devendo assegurar o processo democrático realizado pelo Parlamento, não contendo “nenhum dever ou proibição substancial que restrinja a competência do legislador”¹⁹⁵.

Estefânia Maria de Queiroz Barboza¹⁹⁶ cita pensamento de Ely, em primeira ordem, no que toca a Suprema Corte atuar representando o povo, no lugar do Parlamento:

A noção de que valores genuínos das pessoas possam confiavelmente ser entendidos por uma elite não democrática, é às vezes mencionada em literatura como ‘o princípio de Führer’, e foi justamente Hitler quem disse ‘Meu orgulho é saber que nenhum homem público no mundo, com mais legitimidade do que eu, pode dizer que é representante do seu povo’. Sabemos, no entanto, que essa não é uma atitude restrita à elite de direita. A ‘definição Soviética’ para a democracia, como HB Mayo já escreveu, também envolve o ‘erro antigo’ em assumir que ‘os desejos do povo podem ser acertados mais precisamente por meio de métodos misteriosos de intuição aberta à elite ao invés de permitirem ao povo discutir, votar e decidir livremente.

E segundo, acerca do caráter antidemocrático do controle de constitucional das leis realizado pela Corte Suprema, que ao declarar como inconstitucional uma lei

¹⁹⁵ CAMBI, 2016, p. 363/364.

¹⁹⁶ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Kátia. **Democracia procedimental e jurisdição constitucional**. p. 6749 apud. ELY, J.H., op. cit., p. 70.

aprovada pelo povo, importaria na imposição de valores constitucionais precedentes, explicam autoras a partir de citação de Ely:

Fazer uma previsão é uma aventura arriscada para qualquer pessoa, e não há nenhuma garantia para um juiz indicado, supondo que ele seja muito melhor nisso do que o Legislativo, em declarar seus esforços inconstitucionais tomando como base suas previsões. Além disso, a referência é antidemocrática por si própria. Controlar a geração de hoje com valores de seus netos não é mais aceitável do que controlá-la com os valores dos seus avós. Um 'acelerador liberal' não é nem menos nem mais consistente com a teoria democrática do que um 'freio conservador'.

Para John Hart Ely, a função principal da jurisdição constitucional é garantir o processo democrático, afirmando que “a Constituição original foi - principalmente, eu deveria realmente dizer, demasiadamente - dedicada a preocupações relacionadas a processo e estrutura e não à identificação e preservação de valores realmente relevantes”¹⁹⁷, limitando-se a garantir o processo democrático, e conseqüentemente, vedando inserção de valores substantivos.

Infere-se do exposto, primordialmente face a postura adotada por Ely, enquanto defensor do procedimentalismo, conferindo por esta razão primazia à democracia, como forma de representação da soberania popular, argumenta necessidade de limitação da jurisdição constitucional, para que se torne possível garantir e efetivar os processos de deliberação, por meio dos quais constrói-se a opinião e a vontade dos cidadãos, sob pena de ofensa à própria democracia.

Habermas, posteriormente, critica de forma veemente a invasão política e social pelo direito, bem como, a perspectiva que enxerga na Constituição uma ordem jurídica global e concreta, defendendo que “a Constituição deveria apenas determinar procedimentos políticos para que os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, pudessem perseguir [...] o projeto de produzir condições justas de vida.”¹⁹⁸.

Ele fundamenta sua teoria no princípio da universalização, pautado na situação ideal do discurso, no qual, todos os participantes têm iguais direitos, não havendo nenhum elemento de coerção na busca de normas que possam ser aceitas por todos, respeitando-se as necessidades de cada indivíduo.

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ CAMBI, 2016, p. 361.

Pela teoria discursiva, a legitimidade do direito é expressa através do discurso opinativo e da vontade dos cidadãos, detentores de iguais direitos. Mostrando-se indispensável, nestes casos, que os cidadãos não só possuam os mesmos direitos efetivamente, mas que tenham as mesmas condições de exercício destes direitos.

Caberia aos juízes constitucionais, portanto, para Habermas, assegurar as condições do *processo democrático de legislação*, propondo “que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado a tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do Direito.”¹⁹⁹. Destarte, para o filósofo e sociólogo alemão, a democracia é procedimental e não tem como premissa a efetividade dos direitos fundamentais e sociais, mas tão só a observância a procedimento protetores do processo democrático, independentemente dos resultados que vierem a ser obtidos.

Aliás, a ideia de comunicação livre de restrições defendida por Habermas somente seria possível em sociedade nas quais se verifica distribuição simétrica de oportunidades entre todos os participantes do discurso. Todavia, tratam-se de condições irrealizáveis em sociedades atingidas por profundas desigualdades sociais, isto é, que “carecem de instituições básicas de efetivação dos direitos fundamentais.”²⁰⁰.

Deste modo, de um lado Habermas defende a deliberação democrática e racional como requisito essencial à legitimidade do direito e de outro, concorda com uma função procedimental da jurisdição constitucional, visando a assegurar o exercício da democracia. Dito de outra forma, em que pese não aceite intervenções da jurisdição constitucional nos valores substantivos de uma sociedade, aceita intervenção pontual para garantir o processo democrático de deliberação, protegendo e assegurando conseqüentemente, os direitos políticos. Sustenta Habermas:

Somente as *condições processuais da gênese democrática das leis* asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. (...) Por isso, o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal

¹⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 56.

²⁰⁰ CAMBI, 2016, p. 364.

compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição.²⁰¹

Ademais, ressalte-se que a teoria desenvolvida e sustentada por Habermas é concebida dentro de um conceito idealizado de democracia. Explicam Kátia Kozicki e Estefânia Maria de Queiroz Barboza: “[...] para aceitar racionalmente as condições do discurso deliberativo, é necessário que os atores e os cidadãos, os quais se submeterão às leis, tenham iguais condições intelectuais, como forma de se ter uma efetiva legitimidade.”²⁰².

Carlos Santiago Nino aprofunda em sua obra “*The Constitution of deliberative democracy*”, o estudo acerca da tensão existente entre constituição e democracia, seguindo a mesma tese defendida por John Hart Ely e Jürgen Habermas, divergindo somente em alguns aspectos pontuais.

Assevera que em grande medida, os Estados contemporâneos, ao saírem de regimes ditatoriais e/ou autoritários, optaram pela adoção de regimes constitucionais democráticos ainda que essa troca, por vezes, traga consigo, algumas dualidades. Explica: “as tensões aparecem quando a expansão de democracia leva a um enfraquecimento do constitucionalismo, ou quando o fortalecimento do ideal constitucional implica em restrição do processo democrático.”.

Segundo Nino, a relação entre constituição e democracia orienta-se com base na interpretação constitucional que se faz, sendo exigência de uma constituição abrangente: organização dos poderes, limitações ao processo legislativo, mecanismos jurídicos aptos a assegurar um processo político público e aberto, no qual todos os afetados pelas decisões políticas tenham igual possibilidade de participar das decisões, bem assim, obstaculizando o governo, ainda que com respaldo da maioria, viole interesses individuais defendidos pelos direitos fundamentais.

Neste sentido, pontua Estefânia Maria de Queiroz Barboza:

O que se percebe é que a teoria constitucional da democracia deliberativa de Nino é semelhante à teoria procedimental de Habermas, visto que ambas ressaltam o valor epistêmico dos processos democráticos de discussão e de decisão de questões morais, bem como entendem que cabe aos órgãos

²⁰¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, volume I, p. 326.

²⁰² BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Kátia. **Democracia procedimental e jurisdição constitucional**. p. 6755.

legislativos a competência para decisões sobre conteúdo e limites dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, por entenderem que dar tal competência a juízes e tribunais seria atuar contrariamente ao método do procedimento democrático.²⁰³

Assim como Habermas, Nino sustenta que o controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário através do instituto do *judicial review*, deveria, em verdade, ser realizado por um órgão político ou pelo próprio eleitorado. Para Nino, seria possível a atuação da jurisdição constitucional que visasse a efetivação do processo democrático, a proteção da autonomia pessoal e ainda, que garantisse a Constituição, como uma prática social.

Considere o caso no qual uma decisão democrática claramente infringe o texto – o aspecto mais saliente da convenção, segundo regras comuns de interpretação. Aquela decisão democrática pode parecer impecável do ponto de vista de elementos liberais e participativos de constitucionalismo, mas poderia ir contra o elemento que preserva as regras da lei (*rule of law*). Enquanto que nenhum direito seria violado se a decisão democrática fosse respeitada, a prática social constituída pela constituição histórica pode ser enfraquecida, e como resultado, as decisões democráticas podem ser obviamente desrespeitadas, perdendo sua eficácia. Nesta situação, o juiz pode justificavelmente intervir e invalidar a lei democrática para proteger a constituição convencional que garante eficácia às próprias decisões democráticas. Tipicamente, o juiz desta forma pode estar promovendo a constituição ideal. Portanto, até mesmo quando a invalidação constitucional de normas democraticamente outorgadas pareça enfraquecer a constituição ideal, ela em verdade preserva a possibilidade de fortalecer as dimensões ideais da complexa constituição.²⁰⁴

Em conclusão, Nino entende que alcançar a constituição ideal do poder deve ser o objetivo essencial de uma teoria jurídica de democracia constitucional, e isso só se torna possível, por intermédio da democracia deliberativa, sustenta. Mesmo assumindo que “o método democrático exige a satisfação de certas condições prévias para ter valor epistêmico, tais como liberdade de expressão e igual liberdade de participação política”²⁰⁵, afirma que o preenchimento dessas condições são responsáveis por conferir legitimidade a própria deliberação. Esses direitos, cujo reconhecimento “é requisito para que a democracia tenha valor epistêmico”²⁰⁶, constituem pressuposições para um conhecimento moral posterior.

²⁰³ Ibid., p. 6758.

²⁰⁴ NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of deliberative democracy**. New Haven: Yale University Press, 1996. p. 205-206.

²⁰⁵ Ibid., p. 221.

²⁰⁶ Ibid., p. 222.

Observa-se que em defesa da democracia deliberativa, Nino permite que a jurisdição constitucional atue adjacente ao princípio democrático, o efetivando e protegendo, ao reconhecer proteção judicial dos princípios e direitos fundamentais. Dito de outro modo, as normas garantidoras das condições procedimentais da democracia deliberativa, são, em realidade, direitos (materialmente) fundamentais, podendo por esta razão, serem aceitos pelas mais diversas doutrinas abrangentes razoáveis.

O contraponto é realizado por outro eixo analítico: o substancialismo, que diferentemente do procedimentalismo, busca resultados que venham a garantir a proteção dos direitos fundamentais, mesmo que isso importe limitação dos poderes do Executivo e do Legislativo. Desenvolve Katya Kozicki:

O Constitucionalismo tem como pedra angular os direitos fundamentais que, por sua vez, representam os valores substantivos escolhidos pela sociedade no momento constituinte, de máxima manifestação da soberania popular. São estes direitos que garantem o funcionamento da democracia, isto é, quando os direitos fundamentais impõem limites materiais aos atos do governo estão, na verdade, protegendo o povo como um todo e não apenas maiorias eventuais. E quem está incumbido de proteger estes valores é o Poder Judiciário, conforme determinação do próprio Poder Constituinte.²⁰⁷

Para a corrente substancialista, cujo maior expoente foi Ronald Dworkin, o Poder Judiciário seria detentor de uma maior discricionariedade, podendo verificar se determinada norma é ou não inconstitucional para além do mecanismo proposto pela linha procedimental. O juiz iria além, analisando a essência da norma, via confronto com os princípios constitucionais, de modo a justificar a não aplicação por um juiz de determinada norma.

Estando a norma em desarmonia com o ordenamento jurídico, e por conseguinte, contrariando a principiologia constitucional e a essência da Constituição, para a linha substancialista, o Poder Judiciário ao realizar a análise principiológica, mesmo que fruto da vontade popular é obrigação do Poder Judiciário retirar a lei do mundo jurídico se a norma em comento estiver confrontando com o texto constitucional. Clarifica Katya Kozicki:

Se a finalidade de uma sociedade “é garantir o máximo de liberdade possível para os seres humanos”, o objetivo final de uma Constituição deve ser o de

²⁰⁷ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia.** Revista Sequência, Florianópolis, n. 56, p. 156, jun. 2008.

“assegurar às pessoas uma sociedade livre e democrática”. Desse modo, a Constituição aparelha a sociedade com um governo para atingir esses objetivos. No entanto, não se pode conceber que este governo tenha poderes irrestritos. Os direitos fundamentais de liberdade atuam como limites ao poder do governo e o papel da jurisdição constitucional é justamente o de proteger esses direitos, ainda que seja contra atos do próprio governo. Não há aí qualquer caráter antidemocrático, visto que os direitos de liberdade acabam também por assegurar o processo democrático.²⁰⁸

Neste íterim, válido redarguir de que modo o substancialismo rebateria o seguinte questionamento procedimental: o Poder Judiciário, composto por pessoas não eleitas pelo povo, ao retirar do mundo jurídico algo que é fruto da vontade popular não estaria ofendendo diretamente ao princípio democrático?

Em resposta, defendem-se os substancialistas afirmando que a própria Constituição outorgou ao Poder Judiciário a função/obrigação de fazer o Controle de Constitucionalidade.

Esclarece Lenio Streck quanto à dimensão hermenêutica substancial:

O modelo substancialista – que, em parte venho subscrevendo (com uma forte dimensão hermenêutica e, portanto, *antidecisionista* e *antiativista*) – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social. É o constitucionalismo-dirigente (Canotilho) que ingressa nos ordenamentos dos países após a segunda guerra. Consequentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) passe a ter um papel de relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional.²⁰⁹

A Magna Carta como fruto da vontade popular, - e tendo sido pelo povo elaborada -, forçosamente reconheceria ao Judiciário poder para realizar o Controle de Constitucionalidade, referido controle feito pelo Poder Judiciário, portanto, não ofenderia ao princípio democrático, ao contrário, estaria concretizando a vontade popular, que quando da elaboração do texto constitucional, optou por escolher um órgão isento, técnico politicamente (mais ou menos!), para que esse órgão com isenção política realizasse o Controle de Constitucionalidade das normas.

A despeito do acima exposto, imperioso trazer à lume alguns importantes pontos defendidos na tese desenvolvida por Dworkin. Inicialmente sustenta que aos

²⁰⁸ Ibid., p. 157/158.

²⁰⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 57.

magistrados, é lícito determinar a anulação de uma decisão política, fruto de maioria legislativa, sem que isso represente violação à democracia.

De modo a auferir legitimidade aos julgamentos constitucionais articulados pelo Judiciário, Dworkin trabalha as noções de padrão, diferenciando-os entre “política” e “princípio”. Especifica Dworkin:

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.²¹⁰

Assim, somente seriam considerados legítimos, na visão do autor, os julgamentos constitucionais pautados em princípios e não em argumentos políticos – que seriam de competência intrínseca do Legislativo e Executivo. Essa diferenciação mostra-se relevante, pois é por intermédio dela que se delimita a função dos magistrados e dos legisladores.

Para Dworkin, no processo hermenêutico de interpretação das cláusulas abertas da Constituição exige-se uma leitura moral, podendo o magistrado ultrapassar a letra da lei, desde que fundamentada em argumentos principiológicos.

Reforça Adriana Ancona de Faria sobre a tese de Dworkin:

Para Dworkin, o juiz, ao decidir com base em uma concepção de direitos, não só pode como deve enfrentar um debate sobre a moral pública, assim como pode contrapor-se a decisões tomadas pelo Legislativo, se ofenderem direitos. Ou seja, mesmo entendendo que Dworkin não desenvolveu uma teoria sobre a dogmática constitucional, é preciso reconhecer que a teoria apresentada dialoga com a dogmática constitucional, na medida em que constrói um pressuposto de atuação judicial de revisão das decisões majoritárias, em favor da moralidade de dada sociedade.²¹¹

Outro importante substancialista, é o norte-americano Laurence Tribe²¹² que tece duras críticas aos fundamentos e valores procedimentalistas, segundo a qual, a

²¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

²¹¹ FARIA, Adriana Ancona de. **O ativismo judicial do STF no campo político-eleitoral: riscos antidemocráticos**. Tese de doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 24

²¹² STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 58. Apud. Tribe, L. H. **The**

Constituição restringe-se a garantir acesso aos mecanismos de participação democrática. Para Tribe, o procedimento deveria ser aperfeiçoado e complementado por uma teorias dos valores substantivos, tanto em razão da maioria dos mandatos constitucionais, quanto do significado das normas reguladoras dos processos de participação democrática.

Explica Streck à luz da tese substancialista desenvolvida por Tribe que os procedimentalistas “não parecem apreciar que o processo é algo em si mesmo valioso; porém, dizer que o processo é em si mesmo é valioso é afirmar que a Constituição é inevitavelmente substantiva.”²¹³, embasando sua afirmação indica os procedimentos do devido processo legal (baseado na dignidade da pessoa humana) e a questão de “quem vota” (princípio do *one man, one vote*), que ainda que representem procedimentos, são intrinsecamente substantivos. E conclui Streck:

Em síntese, para Tribe, circunscrever a interpretação constitucional à ideia de abertura política supõe um círculo fechado. Por isso, as teorias defensoras da Constituição como processo (como garantia de abertura e de participação) supõem um empobrecimento do papel da teoria constitucional: a Constituição pareceria estar dirigida somente aos juízes, porém não aos cidadãos nem aos representantes, em face de sua incapacidade para informar no conteúdo do debate, discussão e decisão política.²¹⁴

Em suma, destacando-se os principais pontos de aludidas teorias, infere-se que a perspectiva procedimentalista, ao tecer críticas face a invasão da política pelo Direito - o que foi denominado por Habermas como “gigantismo do Poder Judiciário” - e, conseqüentemente, ao ativismo judicial que tem por pressuposto a fundamentação principiológica moral do direito. Neste sentido, veda-se atuação ativista pelo Poder Judiciário.

Ora, são os próprios civis que refletem e decidem – no papel de um legislador constitucional – como devem ser os direitos que conferem ao princípio do discurso a figura jurídica de um princípio da democracia. [...] Os direitos políticos procurados têm que garantir, por isso, a participação em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação, de modo que a liberdade comunicativa de cada um possa vir simetricamente à tona, ou seja, a liberdade de tomar posição em relação a pretensões de validade criticáveis. [...] Iguais direitos políticos fundamentais para cada um resultam, pois, de uma juridificação simétrica da liberdade comunicativa de todos os

Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. In: The Yale Law Journal, vol. 89, 1073, 1980. p. 1065 e segs.; Ibidem, **Taking Text and Structure Seriously: reflection on free-form method in constitutional interpretation.** In: Harvard Law Review, vol. 108, n. 6, 1995.

²¹³ STRECK, 2014, p. 58.

²¹⁴ Ibid., p. 59.

membros do direito, e esta exige, por seu turno, uma formação discursiva da opinião e da vontade que possibilita um exercício da autonomia política através da assunção dos direitos do cidadão.²¹⁵

De outro lado, observa-se a linha substancialista, a Constituição é responsável por delinear condições e pressupostos fundamentais, outorgando ao Poder Judiciário, por conseguinte, uma postura mais proeminente no âmbito das relações entre os poderes estatais, o conduzindo, face a essa postura, a transcender as funções estabelecidas pelo instituto do *checks and balances*. Essa relaciona-se harmonicamente com o chamado ativismo judicial.

A principal discussão que envolve estas duas formas distintas de solucionar conflitos jurídicos, o procedimentalismo e o substancialismo, diz respeito, sobretudo, à divergência teórica sobre o papel do Poder Judiciário e da Justiça constitucional em relação ao novo trato conferido aos direitos e princípios após o advento da Constituição de 1988, tendo em vista que, a partir de então, compromissos éticos-comunitários passaram a ser cobrados de modo incisivo, o que fez gerar o debate entre os defensores de ambas as correntes. Isto porque, a compreensão de um Estado Democrático de Direito não pode estar desarticulada da noção de efetivação de direitos fundamentais, tais como justiça social e igualdade, proclamados desde a Modernidade. No entanto, a partir do momento em que os princípios ganham uma forma privilegiada no texto constitucional, passando a ser reconhecido seu caráter normativo, começam a ser interpretados como instrumentos da ação estatal, conferindo, deste modo, conteúdo material às Constituições.²¹⁶

Para a corrente substancialista, o Poder Judiciário através de seus julgamentos, reforça os direitos fundamentais e enaltece a Magna Carta como instrumento programático-vinculante.

Caminhando para uma conclusão quanto a este aspecto, o controle de constitucionalidade brasileiro é predominantemente substancial, na medida em que o Judiciário analisa o conteúdo, a substância da norma, possuindo discricionariedade para deixar de aplicar uma norma, ainda que fruto da vontade popular, quando em representar contrariedade a principiologia constitucional. Isto é, o Poder Judiciário não restringe-se somente a proceder uma análise dos aspectos formais de elaboração da lei, mas para muito além, analisa a sua substância, orientando-se pela principiologia constitucional.

²¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, volume I, p. 164.

²¹⁶ LIMA, Newton Oliveira. Substancialismo Versus Procedimentalismo: Discussões sobre a Legitimidade da Jurisdição Constitucional. *Diritto e Diritti*, Ragusa, 2009. p. 13. In: STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 13.

Muito além do que ter certeza se a lei é fruto da vontade popular deve-se tutelar, proteger e garantir a efetividade das normas constitucionais.

Por outro lado, em que pese predominantemente substancial, o procedimentalismo ao argumento da existência de uma presunção que se algo é fruto da vontade popular, como é a lei, não faria sentido que algo que é fruto da vontade popular contrarie a Constituição, também fruto da vontade do povo. Em um primeiro momento, por influência da linha procedimental, se uma lei entra em vigor presume-se que essa lei seja constitucional em homenagem ao princípio da presunção da constitucionalidade das leis.

4 DA DEMOCRACIA À AUTOCRACIA JUDICIAL: ATIVISMO EM MATÉRIA ELEITORAL

Até aqui discorreu-se sobre o surgimento e a evolução conceitual do termo “soberania”. Analisou-se também, no segundo capítulo deste trabalho, o conceito de “democracia” à luz da obra de Robert Dahl, e dos cinco critérios pelos quais um governo pode se dizer “democrático” que, segundo ele, são: participação efetiva, igualdade de voto, aquisição de entendimento esclarecido, exercício do controle definitivo do planejamento e inclusão dos adultos. No terceiro capítulo, discorreu-se sobre as predisposições do ativismo judicial, a politização do Judiciário e a judicialização da política, sob a ótica do procedimentalismo e do substancialismo.

Agora chega-se ao capítulo central desta monografia, no qual será feita uma profunda análise dos efeitos das decisões judiciais que acabaram alterando significativamente o processo democrático de representatividade popular pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal.

Partindo do estudo dos casos da verticalização das coligações partidárias, do instituto da fidelidade partidária e do financiamento da política, o último texto deste capítulo traz um alerta – estaria atualmente a democracia de partidos caminhando para uma autocracia judicial?

4.1 A QUESTÃO DA VERTICALIZAÇÃO E O EFEITO BACKLASH

Sabe-se que o processo político eleitoral, desde a sua instauração, orienta-se pela aprovação de lei regulamentadora pelo Congresso Nacional no ano anterior ao da realização das eleições, cujas disposições se somarão às de outras diretrizes eleitorais já estabelecidas na Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1996), na Lei da Eleições (Lei nº 9.504/1997), e nas Resoluções proferidas pelo Tribunal Superior Eleitoral (algumas delas, objeto de estudo e análise deste subcapítulo).

Desde o advento da Magna Carta, aventa-se, pelas funções legislativa e executiva, a necessidade da promoção de uma reforma do sistema eleitoral no concernente à fidelidade partidária (objeto de estudo do próximo subcapítulo); a adoção da cláusula de barreira; as delimitações do financiamento de campanhas e dos partidos políticos; e, ainda, as modificações no sistema partidário.

Em que pese a competência do Congresso Nacional e a legislatura sobre direito eleitoral sejam estabelecidas constitucionalmente, tem se observado hodiernamente que a reforma eleitoral vem sendo promovida, na prática, pelo Poder Judiciário, ente não investido de competência para tanto, como se demonstrará mais adiante.

Nesta senda, inicialmente, serão abordadas algumas das decisões e resoluções proferidas pelo Judiciário que - por sua natureza, forma e conteúdo, acabaram impactando o sistema político partidário, especificamente no que cinge à implementação da verticalização das coligações partidárias. Posteriormente será abordado o chamado ativismo judicial e sua principal consequência, o efeito *backlash*.

Em 2002, uma consulta realizada perante o Tribunal Superior Eleitoral originou a Resolução nº 20.993/2002, pela qual determinou-se a incidência da verticalização das coligações partidárias nas eleições que ocorreriam naquele ano para os pleitos nacional e estadual. Frente a isso, muito questionou-se a validade desta imposição à luz de preceitos constitucionais, eleitorais e legais; e quais seriam suas consequências no cenário político partidário.

Em reação a esta resolução proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral, o Congresso Nacional apresentou proposta de Emenda Constitucional visando a extirpar do mundo jurídico a previsão de obrigatoriedade da verticalização (princípio da coerência das coligações partidárias).

Para facilitar a compreensão, cumpre ressaltar que as coligações partidárias nada mais são que alianças formadas entre os partidos políticos com o fim de fortalecimento recíproco, de modo a atuar de forma conjunta e cooperativa na disputa eleitoral. Quanto ao tema, clarifica Zílio:

A coligação é uma união formal de partidos políticos, de caráter transitório, com a finalidade de participarem juntos em uma eleição. Pressupõe a convergência de vontades de seus integrantes para um objetivo comum. A coligação forma-se a partir da manifestação de vontade exarada na convenção partidária. É o ente coletivo que se origina pela autodeterminação dos convencionais dos partidos interessados. Daí que a posterior formalização do seu registro perante a Justiça Eleitoral não tem o efeito de constituir a coligação. Nesse sentido, o TSE decidiu que “*as coligações nascem do acordo de vontade das agremiações partidárias, o qual é deliberado em suas respectivas convenções*” (AgRg-Resp nº 22.107/SP – j. 11.11.2004).²¹⁷ (grifos no original)

²¹⁷ ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 145.

Na decisão do TSE que instituiu a obrigatoriedade da verticalização, por um lado, produziu em alguns a ideia do que seria o início de uma verdadeira reforma política. Para outros como os membros do Congresso Nacional e dos partidos políticos, representou uma intolerável violação da legislação eleitoral e exacerbação da função normativa/regulamentar do Poder Judiciário eleitoral.

Em reação, os congressistas apresentam uma proposta de emenda constitucional visando a extirpar do mundo jurídico a obrigatoriedade da aplicação do princípio da coerência das coligações partidárias. Os partidos políticos, por seu turno, ajuizaram ações diretas de inconstitucionalidade e realizaram diversas consultas para delinear as nuances da verticalização.

Pela regra da verticalização estabelecida na Resolução TSE nº 20.993/2002, “os partidos que lançarem (isolados ou em coligação) candidato à Presidente não podem formar coligação para as eleições estaduais (Governador, Senador, Deputados) com partido político que tenha (isoladamente ou em coligação) lançado candidato para Presidente”.

Não obstante, a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997) no capítulo das coligações, disciplina a partir do seu artigo 6º as diretrizes das negociações/alianças partidárias, o que tornou-se o cerne do debate sobre a verticalização tanto na esfera eleitoral, quanto na Suprema Corte.

Como enunciado no início deste subcapítulo, a coligação consiste na celebração de alianças entre partidos políticos diversos, para disputa eleitoral.

Antes da obrigatoriedade da verticalização, o artigo 6º, *caput*, da Lei das Eleições vedava a coligação nas eleições proporcionais entre partidos não coligados para o pleito majoritário; tendo em vista consequências como o fato de nas eleições proporcionais, a formação de coligações influenciar no quociente partidário e eleitoral, eis que representariam lista única.

Em resposta à Consulta nº 382 (Resolução nº 20.126/1998)²¹⁸ apresentada pelo deputado federal Pedro Henry, o TSE foi provocado a analisar a extensão hermenêutica prevista na LE, no que toca à disposição das coligações.

Ao proferir seu voto, o Min. Rel. Néri da Silveira ressaltou a instabilidade legislativa emergente do tema discutido, trazendo a lume as leis regentes quanto ao

²¹⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta de nº 382/DF**. Rel. Min. Néri da Silveira. Resolução nº 20.126, de 12 de março de 1998. Disponível em: < <https://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/1998/RES201261998.htm>>. Acesso em: 31 janeiro 2021.

tema “coligação partidária” assentados para as eleições gerais de 1986 (Lei nº 7.493/1986); de 1988 (Lei nº 7.664/1988); e, de 1992 (Lei nº 8.214/91), épocas em que facultava-se “aos partidos políticos celebrar coligações para o registro de candidatos à eleição majoritária, à eleição proporcional, ou a ambas, vedando, porém, coligações diferentes para a eleição majoritária e para a eleição proporcional”. Ressaltou que nas eleições a disposição muda, assegurando aos partidos a possibilidade de coligar-se, “desde que elas não sejam diferentes dentro da mesma circunscrição” (art. 6º).

Em 1996, alterou-se parcial e novamente o texto do artigo 6º da LE para admitir coligações “se celebradas conjuntamente para as eleições majoritária e proporcional, e integrada pelos mesmos partidos, ou se celebradas apenas para as eleições majoritárias”.

Por fim, nas eleições de 1998, por intermédio da Lei nº 9.504/1997, a redação do artigo 6º foi alterada, assim – *verbis*: “É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.”.

Decidiu-se por ocasião da consulta que,

Assim sendo, quanto ao item 1, respondo que, formada a coligação para Governador, a mesma coligação pode disputar a eleição proporcional para Deputado Federal ou para Deputado Estadual ou para ambos. No que se refere ao item 2, respondo que não é possível a existência de coligações diferentes entre os mesmos partidos: uma, para Governador, e outra, para Senador. A coligação única ao pleito majoritário pode ser, ou só para Governador, ou só para Senador, ou para ambos. Relativamente ao item 3, a Consulta fica prejudicada, em face das respostas aos itens 2 e 4. Quanto ao item 4, é admissível a formação de coligações diferentes dentre os mesmos partidos que compõem a coligação majoritária, quer para a eleição de Deputado Federal, quer para a de Deputado Estadual, podendo, inclusive, partido integrante da coligação majoritária disputar as eleições proporcionais, federais ou estaduais ou ambas, com candidatos próprios, não coligado a qualquer outro. Ainda no que respeita à eleição para Deputado Estadual, há possibilidade de coligações diferentes, sempre, entretanto, dentre os partidos que formam a coligação para a eleição majoritária, ou qualquer deles concorrer isoladamente, mesmo quando a coligação formada para a eleição majoritária se mantiver unida, referentemente à eleição para Deputado Federal.²¹⁹

²¹⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta de nº 382/DF**. Rel. Min. Néri da Silveira. Resolução nº 20.126, de 12 de março de 1998. Disponível em: < <https://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/1998/RES201261998.htm>>. Acesso em: 31 janeiro 2021.

A decisão proferida pelo TSE permite compreender a interpretação da norma instituidora da verticalização das coligações partidárias. A uma, a inexistência - em todas as leis analisadas no voto do Ministro Relator, de obrigatoriedade de respeito a uma coerência ideológica partidária, estando subordinada somente a celebração nas eleições majoritárias a mesma circunscrição. A duas, haveria no entendimento do colegiado eleitoral, somente duas circunscrições, quais sejam, a nacional e a estadual.

Em nova consulta, de nº 715 (Resolução nº 21.002) protocolizada pelos deputados federais Miro Teixeira, José Roberto Batochio, Fernando Coruja e Pompeo de Mattos, todos do PDT, indagou-se:

Pode um determinado partido político (partido A) celebrar coligação, para eleição de Presidente da República, com alguns outros partidos (partido B, C e D) e, ao mesmo tempo, celebrar coligação com terceiros partidos (E, F e G, que também possuem candidato à Presidência da República) visando à eleição de Governador de Estado da Federação?²²⁰

O Tribunal Superior Eleitoral responde a Consulta nº 715, por meio da Resolução nº 21.002/2002, de forma negativa:

Os partidos políticos que ajustarem coligação para eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador estadual ou distrital com outros partidos políticos que tenham, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial.²²¹

Oportuno neste momento, ressaltar os argumentos apresentados pelos Ministros, favoráveis e os contrários a verticalização.

Inicialmente, foram abordados argumentos pró-verticalização, ocasião em que o Ministro Relator da consulta nº 715, Garcia Vieira, tratou da exigência constitucional disposta no artigo 17, inciso I da Magna Carta²²² de que os partidos políticos possuam caráter nacional. E para responder negativamente a consulta realizada, sustentou:

Não podemos nos esquecer de que, como o legislador constitucional exige (art. 17, I), tenham os partidos políticos caráter nacional, e não estaduais ou

²²⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta de nº 175/DF**. Rel. Min. Garcia Vieira. Resolução nº 21.002, de 26 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2002/RES210002002.htm>>. Acesso em: 31 janeiro 2020.

²²¹ Revista de Jurisprudência do TSE, v. 13, t. 2, p. 389.

²²² 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;

municipais e isso ocorreria se permitíssemos que um partido (A), após celebrar coligação para a eleição de presidente da República com outros partidos (B, C e D) e, ao mesmo tempo, celebrasse coligação com terceiros partidos (E, F e G) que também possuem candidatos a presidente da República. É claro que os candidatos a presidente podem ser diversos e, então, ocorreria o absurdo de termos uma coligação com diversos candidatos a presidente da República.²²³

Por seu turno, o Ministro Nelson Jobim, afirmou que a não exigência da coerência das coligações partidárias esvaziaria o sentido da expressão “caráter nacional”. Pautando-se nos artigos 5º e 7º, § 1º da Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.095/1995) restringia-se à demonstração, perante o TSE, no momento do registro, do caráter nacional do partido; o que no seu entender criaria óbices à criação de coligações estaduais “assimétricas com a decisão nacional”. Ressalta ainda que tal exigência destina-se a conduzir os partidos a atenderem aos interesses da nação e do eleitorado.

Seguindo a mesma tese desenvolvida pelos ministros predecessores, a Ministra Ellen Gracie entendeu que o não atendimento e aplicação da verticalização importaria em violação ao caráter nacional exigido aos partidos políticos.

Percebe-se ter passado despercebido o fato de que apesar de a Magna Carta realmente prever o caráter nacional dos partidos, ela não estipulou qualquer diretriz a ser respeitada sobre este ditame. Neste caso, compete ao legislador ordinário fixar tais diretrizes, como assevera Braga quanto à exigência de caráter nacional:

O princípio do caráter nacional dos partidos políticos e o princípio federativo devem ser sopesados, a fim de que possam ser maximizados, ou seja, realizados na maior medida do possível. Desta maneira, levando-se em conta a previsão constitucional e a efetiva implementação de um Estado federal no Brasil, aliada à consagração do princípio da liberdade partidária, chega-se à conclusão que é inevitável um certo grau de regionalização dos partidos políticos e do sistema partidário.²²⁴

Não bastasse isso, a LPP em seus artigos 5º e 7º, § 1º também tratam do tema. O art. 5º refere-se, em verdade, à atividade partidária desenvolvida pelos partidos. O seu art. 7º, § 1º, trata da comprovação do caráter nacional no momento do registro perante o TSE.

²²³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta de nº 175/DF**. Rel. Min. Garcia Vieira. Resolução nº 21.002, de 26 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2002/RES210002002.htm>>. Acesso em: 31 janeiro 2020.

²²⁴ BRAGA. Cláudio Mendonça. **O caráter nacional dos partidos políticos na federação brasileira**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009. p. 134.

Destarte, do exame dos artigos 17, inciso I da Constituição Federal; 5º e 7º, § 1º da Lei de Partidos Políticos, é possível afirmar que as coligações partidárias não se submetem à previsão constitucional e infraconstitucional que obrigaria os partidos políticos a possuírem caráter nacional.

Um segundo argumento debatido pelos Ministros diz respeito à assimetria das coligações. No entendimento dos Ministros Jobim e Ellen Gracie, isto possibilitaria a formação de coligações partidárias em âmbito estadual entre partidos políticos adversários em âmbito nacional, como ressaltou o presidente do TSE, lembrando uma vasta gama de possíveis coligações entre trinta partidos.

Isto, conseqüentemente, conduz à argumentação combinada da noção de “parâmetro infestável” e dos conjuntos circunscricionais. Explica o Min. Néri da Silveira, quando do julgamento da Consulta nº 382, que o artigo 6º da Lei das Eleições adotou tal princípio visando a manter “fechado o círculo partidário que ampara a eleição majoritária”.

Dito de outra forma, os partidos integrantes de uma coligação majoritária, teriam liberdade para celebrar ou não coligações nas eleições proporcionais, vedando-se coligações com partidos já coligados dentro da mesma circunscrição. Seguindo a mesma linha de raciocínio, o Min. Nelson Jobim interpretou o artigo 6º como vedação às coligações assimétricas majoritárias estadual e proporcional. Sintetiza:

O TSE não admitiu interpretação do art. 6ª da Lei nº 9.504/97 que autorizasse assimetria entre a coligação majoritária estadual e as coligações proporcionais. A coligação para as eleições majoritárias se constitui na MOLDURA dentro da qual os partidos, integrantes da coligação majoritária, poderão administrar as suas conveniências para as eleições proporcionais. Combinações as mais diversas, inclusive a disputa isolada de um dos partidos, para as eleições proporcionais, são admitidas, desde que respeitada a MOLDURA decorrente da coligação para as eleições majoritárias. Chamo de MOLDURA. NÉRI chamou de PARÂMETRO INAFASTÁVEL.²²⁵

Assim, ainda que legalmente prevista a moldura, o parâmetro inafastável refere-se a circunscrição, isto é, “a questão é saber se PARÂMETRO INAFASTÁVEL é, ou não, predicado da coligação majoritária nacional em relação às coligações majoritárias e proporcionais estaduais.”

²²⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta de nº 175/DF**. Rel. Min. Garcia Vieira. Resolução nº 21.002, de 26 de fevereiro de 2002. p. 22. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2002/RES210002002.htm>>. Acesso em: 31 janeiro 2021.

Portanto, a vedação em lei prevista recairia sobre as coligações híbridas nas circunscrições nacional e estadual, eis que “como é evidente, a circunscrição nacional contém a estadual, como esta contém a circunscrição municipal. A nacional abrange a estadual, como a municipal.”, sustentou Jobim.

Como aspectos pró-aplicação da verticalização no sistema político-eleitoral, o Ministro Nelson Jobim destaca o fortalecimento dos partidos. Neste mesmo sentido, manifesta-se a Ministra Ellen Gracie:

A propósito, bem lembrou V. Exa. que a simetria entre candidaturas majoritárias e proporcionais já foi firmada na Consulta nº 382, relator Ministro Néri da Silveira, precedente que, aliás, segui para responder à Consulta nº 738, em novembro do ano passado. Mais ainda reforça esta minha convicção o fato de que, ao cidadão-eleitor, esta interpretação sinaliza no sentido da coerência partidária e no da consistência ideológica das agremiações e das alianças que se venham a formar, com inegável aperfeiçoamento do sistema político-partidário.²²⁶

Vistos *en passant* os argumentos favoráveis à verticalização apontados pelos Ministros, passa-se a análise dos argumentos em sentido contrário, igualmente manifestados pelos Ministros em seus votos.

Divergindo do Min. Rel. Garcia Vieira, o Ministro Sepúlveda Pertence inaugurou seu voto tratando da importância de se delimitar a atuação consultiva/regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral. Prosseguiu tratando do conceito de circunscrição eleitoral que, à luz do disposto no artigo 86 do Código Eleitoral²²⁷, consiste, disse, em três circunscrições distintas. Defendeu também o fato de as eleições gerais terem caráter nacional e estadual, o que não representaria dependência jurídica das respectivas circunscrições. Para aclarar a distinção territorial e jurídica do conceito de circunscrição eleitoral, ponderou Pertence:

Similarmente, na estrutura do sistema eleitoral, ninguém nega que, territorialmente, a circunscrição das eleições presidenciais – o País – compreende a das demais eleições para o Congresso Nacional e para os mandatos eletivos estaduais – que é o Estado –, assim como essa corresponde à soma das circunscrições municipais respectivas. O que, entretanto, não desmente a recíproca impermeabilidade jurídica das três circunscrições: malgrado sejam parcialmente superpostos os respectivos

²²⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta de nº 175/DF**. Rel. Min. Garcia Vieira. Resolução nº 21.002, de 26 de fevereiro de 2002. p. 48. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2002/RES210002002.htm>>. Acesso em: 31 janeiro 2021.

²²⁷ Art. 86. Nas eleições presidenciais, a circunscrição serão País; nas eleições federais e estaduais, o Estado; e nas municipais, o respectivo município. BRASIL. **Código Eleitoral**. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm>. Acesso em: 31 janeiro 2021.

territórios, demarca cada uma das circunscrições o âmbito não só espacial, mas também do colégio eleitoral de pleitos distintos. A acidentalidade da coincidência no tempo das eleições presidenciais e a das que se ferem nas circunscrições dos Estados e do Distrito Federal implica assim que ambas se passem "dentro da mesma circunscrição" para os efeitos restritivos da liberdade de coligação do art. 62 da L. 9504/97.²²⁸

Suscitou ainda o Ministro Sepúlveda Pertence que ocorreria violação ao princípio da anterioridade eleitoral constitucionalmente delineado no artigo 16, no que foi acompanhado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira; bem como, lembrou o princípio da autonomia partidária assegurado pela Magna Carta em seu artigo 17, § 1º. Tratou ainda do disposto no artigo 7, § 2º da Lei das Eleições, quanto a possibilidade de anulação de deliberação sobre a organização interna de órgão inferior por órgão superior nas eleições gerais, lembrando que se há previsão legal, é lógico redarguir de que modo poderia se extrair do artigo 6º da mesma lei, a exigência de coerência das coligações às celebradas em pleito nacional (?).

A resposta a tal questionamento parece lógica à luz dos artigos 5º e 7º da LPP, e sobretudo, da carência de fundamentação da obrigação constitucional dos partidos possuírem caráter nacional. Além do mais, a própria Carta Magna assegura aos partidos políticos autonomia, organização, estruturação e funcionamento, o que invalidaria por completo a obrigatoriedade de observância ao princípio da coerência entre as coligações partidárias.

Não bastasse isso, a verticalização violou diretamente o princípio constitucional da anterioridade eleitoral.

Posteriormente, ainda no ano de 2002, Resoluções do TSE de nºs. 21.045, 21.046, 21.047, 21.048 e 21.049 todas fruto de consulta realizadas acerca da verticalização e as modificações por ela introduzidas no cenário político-eleitoral, acabaram por relativizar o instituto (que para não alongamento, abstém-se de efetuar análise pormenorizada).

Feito o introito, passa-se a responder questionamento proposto para referido subcapítulo, consistindo na análise da atuação do Poder Judiciário, nas figuras do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal.

²²⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta de nº 175/DF**. Rel. Min. Garcia Vieira. Resolução nº 21.002, de 26 de fevereiro de 2002. p. 14. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2002/RES210002002.htm>>. Acesso em: 31 janeiro 2021.

Para iniciar a discussão sobre o tema será preciso analisar, ainda que brevemente, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade e as propostas de Emenda Constitucional ajuizadas sobre a matéria.

Em reação a Resolução do TSE responsável por instituir a obrigatoriedade da verticalização das coligações partidárias, ajuizou-se na Suprema Corte, duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 2.626 e 2.628), visando a extirpar a verticalização, bem como, declarar inconstitucional o § 1º do artigo 4º da Resolução nº 20.993 do TSE, ambas as ações não foram conhecidas²²⁹.

Em síntese, debateu-se na oportunidade quanto à possibilidade ou não de se realizar controle de constitucionalidade de referida resolução.

O argumento que preponderou no julgamento foi o de que não caberia controle de constitucionalidade da função normativa/regulamentar da Justiça Eleitoral, pois segundo entenderam os Ministros (Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Néri da Silveira, Carlos Velloso e Nelson Jobim) a verticalização não representou outra coisa que não exercício hermenêutico do disposto no artigo 6º da Lei Eleitoral. Aduziu o Ministro Celso de Mello²³⁰, em reforço a impossibilidade de controle de constitucionalidade da Resolução, tratar-se de ato de caráter meramente secundário, e que a atividade do Poder Judiciário, não se resumiria a repetição da norma regulamentada, mas justamente na realização de processo interpretativo.

Imperioso ressaltar que a Suprema Corte, com fulcro na inviabilidade de realizar o controle de constitucionalidade do tema em análise, abriu mão de julgar relevante questão político-social e de fincar limites à competência normativa e regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral. Somente dez anos mais tarde, ao julgar o RE nº 637.485/RJ²³¹ foi que a Corte Suprema firmou posicionamento pautado no princípio da segurança jurídica e da anterioridade eleitoral.

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 2.626/DF**, Rel. Min. Sydney Sanches, Rel. p/ acórdão Min. Ellen Gracie, j. 18.04.2002. ADI nº 2.828/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Rel. p/ acórdão Min. Ellen Gracie, j. 18.04.2002.

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 2.626/DF**, Rel. Min. Sydney Sanches, Rel. p/ acórdão Min. Ellen Gracie, j. 18/04/2002. ADI nº 2.628/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Rel. p acórdão Min. Ellen Gracie, j. 18/04/2002. Voto do Ministro Celso de Mello.

²³¹ “[...] II. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. ANTERIORIDADE ELEITORAL.NECESSIDADE DE AJUSTE DOS EFEITOS DA DECISÃO. Mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral devem adotar tais cautelas por ocasião das chamadas viragens jurisprudenciais na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. Não se pode deixar de considerar o peculiar *caráter normativo* dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior

Por seu turno, o Ministro Sydney Sanches, vencido no julgamento, argumentou em sentido contrário de que o objeto da impugnação via ADI não foi a Resolução nº 21.002, mas a provável inconstitucionalidade do § 1º, artigo 4º da Resolução nº 20.993 que, por seu caráter regulamentar, estaria submetida ao controle concentrado de constitucionalidade. Afirmou também que o descumprimento das determinações constantes do artigo 105 da LE²³² traz prejuízo à estabilidade e à legitimidade das eleições, traduzindo desrespeito ao princípio da segurança jurídica insculpido no artigo 16 da Constituição e inobservância ao disposto no artigo 86 do Código Eleitoral. Indo de encontro ao expendido, Sepúlveda Pertence destacou:

Em síntese, a invocação do art. 16 é adequada e põe questão constitucional, quando se assenta que houve na interpretação normativa da mesma norma, pelo TSE, em dois processos eleitorais subsequentes. E torna, então, grave a questão constitucional a indagar-se se essa inovação, que não pode ser assentada por lei, poderá ser feita em instrumento, como tantas vezes se disse aqui, que é secundário mais do que o de outro. A interpretação da lei no caso. Está prenhe da solução de questões constitucionais, levando à divisão do TSE, de tal modo imbricadas no tema da validade da norma regulamentar questionada, que não é possível reduzir esse dispositivo impugnado ao resultado de uma leitura infraconstitucional da lei ordinária.²³³

Eleitoral, que regem todo o processo eleitoral. Mudanças na jurisprudência eleitoral, portanto, têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos. No âmbito eleitoral, a segurança jurídica assume a sua face de *princípio da confiança* para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no princípio da *anterioridade eleitoral* positivado no art. 16 da Constituição. O Supremo Tribunal Federal fixou a interpretação desse artigo 16, entendendo-o como uma garantia constitucional (1) do *devido processo legal eleitoral*, (2) da *igualdade de chances* e (3) das *minorias* (RE 633.703). Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. Assim, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior. [...]”. BRASIL. **Recurso Especial nº 637.485/RJ**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3823598>>. Acesso em: 31 de janeiro de 2021.

²³² Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos. BRASIL. **Lei das Eleições nº 9.504**, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2021.

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 2.626/DF**, Rel. Min. Sydney Sanches, Rel. p/ acórdão Min. Ellen Gracie, j. 18/04/2002. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio, trouxe a lume a questão do princípio da anterioridade eleitoral, asseverando que se a Magna Carta estipula que não haverá alteração do pleito eleitoral em período inferior a um ano, não seria razoável admitir que uma resolução (ato normativo infraconstitucional) proferida pelo TSE, tenha condão de se sobrepor a uma disposição constitucional:

Ora, se a carta da República, mediante o preceito do artigo 16, impõe, quanto à lei em sentido formal e material, a anterioridade de um ano, o que se dirá relativamente a algo que tenha força de lei, como a medida provisória, e, quanto a um ato do próprio Tribunal Superior Eleitoral – cuja competência normativa está aquém até da outorgada pelo artigo 114 da Constituição Federal à Justiça do Trabalho – que venha a dispor, inovando – e não há a menor dúvida de que houve uma inovação, considerada a própria prática do Tribunal Superior Eleitoral nas eleições de 1998 – as balizas do pleito a sete meses deste.²³⁴

O voto proferido pelo Ministro possibilita concluir que houve sim inovação no sistema político eleitoral com a Resolução nº 21.002/2002, ao conferir vigência a coerência nas coligações partidárias.

Prossegue o Ministro Ilmar Galvão, na mesma linha de fundamentação, tratando do caráter nacional dos partidos políticos e da anterioridade eleitoral, concluindo que “desenganadamente exorbitou de seus limites, inovando na ordem jurídica eleitoral”, e, que houve violação ao princípio da legalidade.

Abordadas as principais argumentações favoráveis e contrárias a verticalização, passa-se a analisar a reação observada pelo Congresso Nacional, que desde o advento da verticalização apreciou diversos projetos de lei e de emenda constitucional visando a extirpar do mundo jurídico a exigência da coerência das coligações partidárias.

Iniciando com o PL nº 6.256/2002, o deputado federal Valdemar Costa Neto postulou que fosse conferido ao artigo 6º da Lei das Eleições, “interpretação autêntica”, de modo a extirpar a interpretação do TSE e, além disso, atender o princípio constitucional da anterioridade eleitoral.

No Senado Federal, foi apresentada proposta de reforma à Constituição - PEC nº 4/2002 objetivando conferir maior autonomia aos partidos políticos quando da celebração das alianças partidárias, propondo para este fim alteração na redação do

²³⁴ Ibid.

§ 1º do artigo 17 da Carta Magna. Após aprovação na CCJ e votação em plenário, a emenda foi aprovada em segundo turno.

Remetida à Câmara dos Deputados e recebida pela CCJC, alterou-se o número da PEC para 548/2002. Decorrido significativo lapso temporal, em 25 de janeiro de 2006, a PEC foi finalmente aprovada e promulgada então como Emenda Constitucional nº 52²³⁵.

Novamente o tema foi analisado pelo Tribunal Superior Eleitoral na Consulta de nº 1.185, que culminou com a edição da Resolução nº 22.161²³⁶, confirmando a vigência da verticalização para o pleito de 2006.

Em seguida, porém, promulgou-se a EC nº 52, gerando nova discussão quanto à constitucionalidade, desta vez, do seu artigo 2º. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil aventou esta matéria na ADI nº 3.685/DF²³⁷ que, por unanimidade, foi julgada procedente para declarar inconstitucional o dispositivo impugnado e conseqüentemente, conferir vigência ao princípio da coerência das coligações partidárias no pleito de 2006, em respeito aos princípios da anterioridade eleitoral, autonomia partidária e manutenção do Estado Democrático de direito. Ficaram vencidos, os Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, para quem a EC nº 52/2006 não teria ferido a segurança jurídica eleitoral (art. 16, CF), tampouco, a anterioridade eleitoral. Para o Min. Marco Aurélio, acerca do advento da verticalização, “de duas, uma: ou estivemos a responder a uma consulta, ou estivemos, naquela assentada, a legislar.”²³⁸, trazendo em seu voto outra importante questão, qual seja, uma análise quanto ao extrapolamento ou não pelo TSE da sua função normativo/regulamentar ao instituir a verticalização.

Ao entender pela procedência da ADI nº 3.685/DF, o Supremo Tribunal Federal manteve a verticalização no pleito de 2006, que não mais vigeria a partir das eleições seguintes. Além de configurado como *leading case* (neste caso restou decidido que as emendas poderiam, sim, violar o princípio da anualidade eleitoral), por mais uma

²³⁵ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 52**, de 8 de março de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc52.htm>. Acesso em: 31 janeiro 2021.

²³⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução do TSE de nº 22.161**, de 3.3.2006, rel. Min. Marco Aurélio, red. designado Min. Caputo Bastos.

²³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.685/DF**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363397>>. Acesso em: 31 janeiro 2021.

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.685/DF**. p. 302. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363397>>. Acesso em: 31 janeiro 2021.

oportunidade deixou de manifestar-se sobre a verticalização e sobretudo, sobre a limitação da função do TSE.

Depois de confirmada a verticalização, novas consultas foram realizadas, revelando a instabilidade, da posição assumida pelo STF, ora adotando postura mais severa e de enrijecimento, tal como na Resolução TSE nº 22.242²³⁹; ora a flexibilizando, tal como se deu nas Consultas TSE nºs 22.244 e 22.248²⁴⁰.

Aprovada a EC nº 52/2006, após as eleições de 2006 o presidente nacional do PSL apresentou nova consulta ao TSE sobre a verticalização das coligações partidárias sustentando o já decidido via ADI nº 3.685 que não mais haveria obrigatoriedade de obediência à verticalização.

Em resposta à Consulta nº 1.735 (Resolução TSE nº 23.200)²⁴¹, por unanimidade, o TSE reafirmou entendimento da Suprema Corte no julgamento da ADI nº 3.685/DF, declarando o fim da verticalização das coligações partidárias no ordenamento político-eleitoral.

Posteriormente, em 2017, com a promulgação da Lei nº 13.488/2017²⁴² e da Emenda Constitucional nº 97/2017, novas mudanças ocorreram no processo político-eleitoral.

Antes da EC nº 97 era permitida a formação de coligações partidárias tanto para as eleições ocorridas pelo sistema majoritário, quanto no proporcional. Com sua entrada em vigor no ano de 2020, foram vedadas as coligações para as eleições proporcionais²⁴³ e permitidas apenas as alianças para o pleito majoritário, sem obrigatoriedade de vinculação aos pleitos federal, estadual e municipal. O artigo 17, § 1º da Magna Carta ficou assim alterado:

²³⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Res. nº 22.242**, de 6.6.2006, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, red. designado Min. Marco Aurélio.

²⁴⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Res. nº 22.244**, de 8.6.2006, rel. Min. Marco Aurélio. e **Res. nº 22.248**, de 8.6.2006, rel. Min. Carlos Ayres Britto.

²⁴¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.200**, de 17 de dezembro de 2009. Rel. Min. Felix Fischer. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2009/RES232002009.htm>>. Acesso em: 31 janeiro 2021.

²⁴² BRASIL. **Lei nº 13.488, de 6 de outubro de 2017**. Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), e revoga dispositivos da Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015 (Minirreforma Eleitoral de 2015), com o fim de promover reforma no ordenamento político-eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13488.htm>. Acesso em: 31 janeiro 2021.

²⁴³ Art. 2º A vedação à celebração de coligações nas eleições proporcionais, prevista no § 1º do art. 17 da Constituição Federal, aplicar-se-á a partir das eleições de 2020.

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: [...] § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

Alterou-se também - por força da nova redação do artigo 17, § 3º²⁴⁴ da Constituição e artigo 3º da EC nº 97/2017, o acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão. Instituiu-se também a “cláusula de barreira” de modo a regulamentar o acesso aos recursos de Fundo Partidário e ao tempo de propaganda gratuita somente aos partidos que atingissem o patamar mínimo de candidatos eleitos. Explica Zílio:

De acordo com o art. 13 da LPP, tem direito a funcionamento parlamentar o partido político que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados, obtenha o apoio, no mínimo de: 5% dos votos apurados (não computados os brancos e os nulos), distribuídos em, pelo menos, 1/3 dos Estados, com um mínimo de 2% do total de cada um deles. É denominada cláusula de barreira ou de desempenho. Destaca-se que o partido que não consiga atingir esse percentual de votos determinados por lei, embora não seja automaticamente extinto, tem restrição no recebimento de valores do fundo partidário e na participação no horário gratuito, além de ser excluída sua participação nas comissões das casas legislativas.²⁴⁵

A Corte Constitucional, porém, considerou inconstitucional a cláusula de barreira em nível infraconstitucional (ADIs nº 1.351/DF e 1.354/DF), adotando como premissas que a Magna Carta “i) dá ampla e incondicional liberdade de criação dos partidos políticos (art. 17 da CF); ii) consagra o pluripartidarismo (art. 1º, V, da CF); iii) consagra o direito de representatividade das minorias (art. 58, § 1º, da CF).”²⁴⁶

²⁴⁴ Art. 17. [...] § 3º Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente: I - obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou II - tiverem eleito pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.

²⁴⁵ ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 148.

²⁴⁶ Ibid.

A cláusula foi reintroduzida no ordenamento jurídico, mas desta vez com *status* constitucional e definição dos requisitos alternativos para a sua implementação:

[...] obtenção de um número de desempenho quantitativo de votos na eleição da Câmara dos Deputados ou a eleição de um número mínimo de Deputados. Em relação ao desempenho eleitoral exigido (primeiro requisito), é exigida a obtenção de, no mínimo, 3% dos votos válidos para a Câmara dos Deputados, distribuídos em um terço dos Estados e com um mínimo de 2% dos votos válidos em cada uma delas (na redação anterior, reputada inconstitucional, era exigido 5% dos votos válidos em um terço dos Estados, com um mínimo de 2% em cada um deles).²⁴⁷

O aumento expressivo de partidos desprovidos de cunho ideológico, o desvirtuamento da finalidade política para atendimento de interesses individuais e as alterações acerca da distribuição das sobras passaram a constar da pauta de análise da Suprema Corte quanto à constitucionalidade ou não da cláusula de barreira.

Sustenta Zilio que a instituição da cláusula de desempenho pode vir a trabalhar no aperfeiçoamento do sistema político-partidário, coibindo “distorções que tenham se formado a partir de uma leitura do texto constitucional lastreado em uma dogmática jurídica que se mostrou desconexa com a realidade dos fatos”²⁴⁸.

As decisões judiciais antes referidas são exemplos de ativismo judicial em razão do chamado efeito *backlash*.

O termo *backlash* pode ser interpretado como uma reação negativa às decisões judiciais proferidas no âmbito do Poder Judiciário pelo Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior Eleitoral, nas matérias submetidas pela sociedade, partidos políticos, Poder Legislativo ou Executivo com o intuito de outorgar sentido às normas constitucionais. Leciona Katya Kozicki,

O termo *backlash* pode ser traduzido como reação, resposta contrária, repercussão. Dentro da teoria constitucional, vem sendo concebido como a reação contrária e contundente a decisões judiciais que buscam outorgar sentido às normas constitucionais. Seriam, então, reações que acontecem desde sociedade e questionam a interpretação da Constituição realizadas no âmbito do Poder Judiciário. No Brasil, penso ser o caso, especialmente, das reações populares às decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle concentrado/abstrato de constitucionalidade. O engajamento popular na discussão de questões constitucionais não apenas é legítimo dentro dessa perspectiva, mas pode contribuir, também, para o próprio fortalecimento do princípio democrático. Neste sentido: O *backlash* questiona a presunção de que os cidadãos devam concordar com decisões judiciais que falam em nome de uma desinteressada voz do Direito. (...) Em

²⁴⁷ Ibid., p. 149.

²⁴⁸ Ibid., p. 149.

nome da autonomia política do indivíduo, o *backlash* desafia a presunção de que cidadãos “leigos” devam aceitar, sem protestar, as decisões constitucionais proferidas por profissionais do Direito (POST; SIEGEL, ROE, 2007, p. 3, tradução livre).²⁴⁹

Partindo do conceito ora exposto e dos estudos das jurisprudências no que toca ao tema da verticalização das coligações partidárias, verifica-se a existência de uma profunda instabilidade institucional, posto que, no quadro em comento, o Judiciário ao decidir pela imposição da verticalização conduziu a uma reação por parte do Congresso Nacional e dos partidos políticos, que condenaram as alterações promovidas nas regras eleitorais e atuaram no sentido de alterar o texto constitucional em sentido contrário ao estabelecido pelo Judiciário.

Em contrariedade a decisão proclamada pelo TSE, o CN promulga então em 8 de março de 2006 a EC 52, inserindo no texto constitucional em seu § 1º, art. 17 a possibilidade de se formarem alianças partidárias, olvidando a então deliberação pela verticalização das coligações partidárias.

Entrementes, de acordo com os ensinamentos de Dahl as decisões políticas governamentais deveriam ser controladas por funcionários constitucionalmente eleitos pelo corpo político, ou seja, pelo povo, em homenagem ao princípio democrático, o que leva a presumir um desrespeito impingido pelo Poder Judiciário ao deliberar sobre questão afeta e de competência dos partidos políticos.

Analisada a matéria, forçoso é concluir que a decisão originadora da verticalização das coligações partidárias (Resolução nº 22.002/2002) ao dar nova interpretação à Resolução TSE nº 20.993/2002, investiu-se de força normativa, extrapolando, por conseguinte, as funções meramente consultivas do Tribunal Superior Eleitoral (art. 23 do CE).

4.2 FIDELIDADE PARTIDÁRIA E MORALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O instituto da fidelidade partidária era previsto nos artigos 35 e 152, parágrafo único da Constituição Federal de 1967²⁵⁰ até a promulgação da Emenda

²⁴⁹ KOZICKI, Katya. **Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF no 153**. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). O Direito Achado na Rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília: UnB, 2015. v. 7. p. 192-194. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo_legado1/anistia/anexos/15-12-15-direito-achado-na-rua-vol-7_web-versao-10mb-1.pdf>. Acesso em: 31 janeiro 2021.

²⁵⁰ Art. 35. “Perderá o mandato o deputado ou senador: [...] V - que praticar atos de infidelidade partidária, segundo o previsto no parágrafo único do artigo 152. [...]”

Constitucional nº 25/1985, quando foi revogada, sendo totalmente extirpada do seu texto atual.

Perlustrando o disposto no artigo 17 da Magna Carta constata-se que aos partidos políticos é assegurada autonomia no que cinge à “criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana”, observando-se o caráter nacional, a proibição de recebimento de recursos financeiros de entidades estrangeiras, a obrigatoriedade de prestação de contas à Justiça Eleitoral e o funcionamento parlamentar, em conformidade com a lei.

Cuida-se, portanto, de liberdade partidária assegurada constitucionalmente.

No que tange à autonomia partidária, sustenta Clève que referida previsão “imuniza a agremiação da interferência do legislador ordinário, mas não imuniza totalmente a agremiação contra o atuar normativo do legislador, desde que compatível com os parâmetros fixados pela Constituição.”²⁵¹.

Cabe ao legislador, portanto, querendo, estabelecer parâmetros de atuação aos partidos políticos, orientando, inclusive, a elaboração dos seus estatutos.

Deste modo, porque investidos de autonomia (por força do disposto no artigo 17, § 1º da CF), os partidos políticos podem e devem organizar, estruturar e determinar de que modo funcionarão, estabelecendo ainda, através dos seus estatutos, disposições acerca de (in)fidelidade e (in)disciplina partidárias, como verdadeiros mecanismos do imprescindível controle dos parlamentares que os integram.

Visando a facilitar a compreensão acerca de um dos pontos mais controvertidos da reforma política proposta pelo Congresso Nacional - o instituto da fidelidade partidária -, analisa-se adiante o cenário e as causas justificadoras da necessidade e da urgência de sua instituição no cenário político-eleitoral²⁵².

Art. 152. “[...] Parágrafo único. Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67emc69.htm>. Acesso em: 31 janeiro 2021.

²⁵¹ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Fidelidade Partidária**: Estudo de Caso: Juruá, 1998. p. 20.

²⁵² Para maiores informações acerca das causas que levaram a uma emergência de se tratar do tema da fidelidade partidária, verificar artigos: SANTANO, Ana Claudia. **A Fidelidade partidária**: moralização da política ou impedimento do exercício de direitos individuais; CASTRO, Carlos Fernando

São constantes e significativas as trocas de legendas por parlamentares recém-eleitos, como assinala Marconi, relevando a emergente necessidade de se tratar com maior rigor os casos de infidelidade partidária: a) conflito de natureza ideológica-programática no seu partido de origem; b) conflito de natureza pessoal no seu partido de origem; c) maximização das oportunidades eleitorais²⁵³.

É cada vez mais expressivo o não comprometimento com a ideologia do partido como causa de mudança, e para além disso, o pensamento existente na cultura brasileira de que o mandato eletivo pertence ao candidato e não à legenda pela qual foi eleito.

Sobre este assunto é importante lembrar critério estabelecido por Dahl para obtenção de uma verdadeira democracia, o *entendimento esclarecido* segundo o qual os cidadãos deverão “[...] ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências.”²⁵⁴. Ou seja, em uma democracia é necessário garantir ao povo um mínimo de informações e esclarecimentos quanto às políticas públicas, para propiciar aos eleitores a melhor escolha, critério este que se mostra de suma importância quando se fala na fidelidade partidária. Imprescindível é que o eleitor tenha acesso a todas as informações de que necessita para que possa votar de forma consciente em candidatos que possuem viés político compatível ao seu, e que o defendam, e não aqueles que mudam de partidos a seu bel prazer visando apenas a satisfação de seus interesses egoísticos.

Por direcionar as ações das instituições democráticas, tal critério acaba por restringir o acesso às informações, fator de grande relevância para o processo decisório.

Neste diapasão, André Marengo dos Santos afirma que a ausência de fidelidade partidária reforça a atuação do Executivo, na proporção em que torna necessária a utilização de recursos institucionais aptos a disciplinar, controlar e alocar a matéria, refletindo profunda assimetria entre o governo e o Legislativo.

Correa de. **(in)Fidelidade partidária** – A importância da decisão do TSE – Moralização do processo eleitoral – Registro histórico; MARTINS, Daniel Gouveia de Mello. **As origens da infidelidade partidária no Brasil**; SCHWANKA, Cristiane. **Fidelidade partidária: uma questão de ideologia ou dever de imposição pelo poder público?**. Disponível em: <<https://www.tre-pr.jus.br/o-tre/revista-parana-eleitoral/rede/temas/fidelidade-partidaria>>. Acesso em: 31 janeiro 2021.

²⁵³ NICOLAU, Jairo Marconi. **Multipartidarismo e Democracia**: Um estudo sobre o Sistema Partidário Brasileiro. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996. p. 70.

²⁵⁴ Ibid., p. 49.

Por fim, devem-se considerar, ainda, dois efeitos negativos suplementares, provocados pela migração partidária: em primeiro lugar, um incremento no custo da informação a ser adquirida pelo eleitor na atribuição do voto legislativo. Parece aceitável supor que, mesmo escolhendo, inicialmente, seu voto a partir de atributos individuais de seu candidato, com o tempo o eleitor possa relacionar candidato e partido, incorporando a legenda como um parâmetro relevante no processo de escolha. Trocas frequentes tornam esse processo mais complexo para o eleitor. Em segundo lugar, migração, no curso de legislaturas, representa uma violação na correspondência entre votos e cadeiras tal como firmada originalmente pelo voto do eleitorado.²⁵⁵

O que resta absolutamente evidente, portanto, é que a controvérsia acerca da fidelidade partidária tornou-se questão relevante e de necessária regulação.

Conforme se verificou no início deste subcapítulo, o artigo 17, § 1º da Constituição Federal estabelece que caberá ao partido político através de seu estatuto, estabelecer normas disciplinares e de fidelidade partidária²⁵⁶.

Segundo o modelo democrático representativo, o mandato é um instrumento “eminente representativo da vontade popular (deputados) e dos entes federativos (senadores).”²⁵⁷, segundo a inteligência dos artigos 45 e 46 da Magna Carta; sendo importante lembrar que nele, a representação popular se consuma por meio das eleições proporcionais, pertencendo aos partidos políticos o monopólio das candidaturas.

Partindo-se do pressuposto de que tanto a Constituição quanto o Código Eleitoral estabelecem a filiação partidária como condicionante para elegibilidade e participação nos votos de legenda, “[...] parece certo que a permanência do parlamentar na legenda pela qual foi eleito torna-se condição imprescindível para a manutenção do próprio mandato.”²⁵⁸.

Entendendo como uma espécie de disciplina partidária, ilustra José Afonso da Silva o que entende por fidelidade partidária:

A disciplina e a fidelidade partidárias passam a ser, pela Constituição, não uma determinante da lei, mas uma determinante estatutária (art. 17, § 1º).

²⁵⁵ RODRIGUES, Theófilo Codeço Machado. **A reforma política pelo judiciário**: notas sobre a judicialização da política na Nova República. Brasília: Revista Brasileira de Ciência Política, nº 28. Abril de 2019. p. 141/142. Apud. SANTOS, André Marengo dos. Regras eleitorais, deputados e fidelidade partidária. SOARES, G.A.D. (org.); RENNO, L.R. (org.). Reforma Política. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora. p. 180.

²⁵⁶ Assunto também disciplinado nos artigos 23 a 26 da Lei nº 9.096/1995, que dispõe sobre partidos políticos e regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, da Constituição Federal, de 19 de setembro de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19096.htm>. Acesso em: 31 janeiro 2021.

²⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 794.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 795.

Não são, porém, meras faculdades dos estatutos. Eles terão que prevê-las dando consequências ao seu descumprimento e desrespeito. A disciplina não há de entender-se como obediência cega aos ditames dos órgãos partidários, mas respeito e acatamento do programa e objetivos do partido, às regras de seu estatuto, cumprimento de seus deveres e probidade no exercício de mandatos ou funções partidárias, e, num partido de estrutura interna democrática, por certo que a disciplina compreende a aceitação das decisões discutidas e tomadas pela maioria de seus filiados-militantes.

O ato indisciplinar mais sério é o da *infidelidade partidária*, que se manifesta de dois modos: (a) oposição, por atitude ou pelo voto, a diretrizes *legitimamente* estabelecidas pelo partido; (b) apoio ostensivo ou disfarçado a candidatos de outra agremiação.²⁵⁹

Perpassado este breve introito histórico e conceitual acerca da fidelidade partidária, passa-se à análise do posicionamento defendido pela Cortes Eleitoral e Constitucional ao longo do tempo.

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal entendia pela inexistência da fidelidade partidária, desde o julgado do MS nº 20.927/DF. Posteriormente, em 2007, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 1.351 e 1.354, discutiu a constitucionalidade da cláusula de barreira que instituiu, à luz da disciplina do artigo 13 da LPP, exigência de atingimento de percentual mínimo de desempenho nas eleições para que não seja restringido o acesso do candidato ao fundo partidário e à participação no horário gratuito.

Entrementes, em 23 de março de 2007, no julgamento do MS nº 20.927/DF, o TSE decidiu extrapolando os limites fixados pelo STF ao argumento de estar realizando “[...] uma interpretação sistêmica da Constituição, asseverou que a mudança injustificada de partido, no sistema proporcional, importa no direito de a agremiação partidária manter a vaga originária [...]”²⁶⁰, estendendo o mesmo entendimento ao sistema majoritário – CTA nº 1.407/DF.

Posteriormente sobreveio a decisão proferida de CTA/TSE nº 1.398/DF segundo a qual, no sistema proporcional, o mandato é do partido e por esta razão, a mudança injustificada de legenda, após diplomação, culminaria na extinção do mandato parlamentar.

O Partido da Frente Liberal – PFL, hodiernamente denominado Democratas (DEM) consultou o TSE sobre se “Os partidos e coligações tem o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de

²⁵⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 409.

²⁶⁰ ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 151.

cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”. A Corte Eleitoral ao responder afirmativamente à Consulta nº 1.398/DF, editando a Resolução 22.256²⁶¹, entendeu como direito dos partidos políticos e das coligações a preservação das vagas obtidas no pleito proporcional. Em seu voto, o Ministro relator fundamentou a sua decisão em preceitos constitucionais insculpidos, inicialmente, no artigo 14, § 3º, V da Constituição que estabelece a filiação partidária como condição de elegibilidade; e ainda, a previsão constante no artigo 17, § 1º, que outorga competência aos partidos políticos para determinar normas disciplinares e de fidelidade partidária, em seus estatutos. Para além das disposições constitucionais, os artigos 108, 175, § 4º e 176 do Código Eleitoral rezam que, os votos, no pleito proporcional, pertencem as legendas, estendendo aludida interpretação ao mandato eletivo nos pleitos proporcionais.

Pautado nos supracitados dispositivos constitucionais, o Ministro relator definiu a democracia participativa brasileira como uma “partidocracia”, o que faz lembrar a distinção entre os conceitos/modelos de mandato: imperativo ou representativo e o partidário.

O mandato imperativo relaciona-se com a ideia da representação vinculada à autoridade para a representação “[...] o representante não fica vinculado aos seus representados. [...]”²⁶². Dito de outro modo, inexistente neste modelo qualquer sistema de controle de prestação de contas dos parlamentares pelos eleitores. Já para o modelo partidário, segundo ensina Orides Mezzaroba²⁶³, pertenceriam aos partidos políticos os mandatos eletivos, apresentando-se a fidelidade partidária como requisito fundamental para exercício do mandato.

A Suprema Corte referendou as decisões prolatadas pela Justiça Eleitoral em três importantes Mandados de Segurança, quais sejam, MS nº 26.602/DF (PPS), 26.603/DF (PSDB) e 26.604/DF (Democratas) de relatoria dos Ministros Eros Grau, Celso de Mello e Carmen Lúcia, respectivamente²⁶⁴²⁶⁵.

²⁶¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). **Resolução n. 22.526**. Consulta n. 1.398, Classe 5ª, Distrito Federal (Brasília). Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Consultante Partido da Frente Liberal, nacional, por seu presidente. J. 27.03.2007. Publicado no Diário da Justiça em 08.03.2007.

²⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 797.

²⁶³ MEZZARROBA, Orides. **Introdução do Direito Partidário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 157/158.

²⁶⁴ Ibid.

²⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 795/796.

No primeiro - MS nº 26.602/DF²⁶⁶, decidiu-se pela manutenção das vagas obtidas pelo sistema proporcional com os partidos políticos e coligações, ao entendimento de que a permanência do parlamentar no partido que o elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade do próprio mandato, permitindo o exercício do mandato eletivo em caso de mudanças ideológicas ou em razão de perseguições políticas.

Imperioso destacar, neste momento, algumas das fundamentações dispendidas pelos eminentes ministros quando do julgamento de referido mandado de segurança.

Em análise preliminar, rejeitou-se, por unanimidade, arguição de ilegitimidade ativa e de falta de interesse de agir do impetrante, bem como a de ilegitimidade passiva do PMDB. Por maioria, rejeitou-se, ainda, a preliminar de ausência de liquidez, restando vencido o Ministro Rel. Eros Grau, que acolhia da preliminar para o não conhecimento do *writ*.

Ainda em sede preliminar, o Ministro Relator Eros Grau, pautando-se no artigo 55 da Constituição Federal abordou as hipóteses de perda do mandato de Deputado Federal e a forma pela qual é decidida a perda do mandato. À luz do parecer da

²⁶⁶ CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. DESFILIAÇÃO. PERDA DE MANDATO. ARTS. 14, § 3º, V E 55, I A VI DA CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, RESSALVADO ENTENDIMENTO DO RELATOR. SUBSTITUIÇÃO DO DEPUTADO FEDERAL QUE MUDA DE PARTIDO PELO SUPLENTE DA LEGENDA ANTERIOR. ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA QUE NEGOU POSSE AOS SUPLENTE. CONSULTA, AO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, QUE DECIDIU PELA MANUTENÇÃO DAS VAGAS OBTIDAS PELO SISTEMA PROPORCIONAL EM FAVOR DOS PARTIDOS POLÍTICOS E COLIGAÇÕES. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MARCO TEMPORAL A PARTIR DO QUAL A FIDELIDADE PARTIDÁRIA DEVE SER OBSERVADA [27.3.07]. EXCEÇÕES DEFINIDAS E EXAMINADAS PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. DESFILIAÇÃO OCORRIDA ANTES DA RESPOSTA À CONSULTA AO TSE. ORDEM DENEGADA. 1. Mandado de segurança conhecido, ressalvado entendimento do Relator, no sentido de que as hipóteses de perda de mandato parlamentar, taxativamente previstas no texto constitucional, reclamam decisão do Plenário ou da Mesa Diretora, não do Presidente da Casa, isoladamente e com fundamento em decisão do Tribunal Superior Eleitoral. 2. A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo. 3. O instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007. 4. O abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral. 5. Os parlamentares litisconsortes passivos no presente mandado de segurança mudaram de partido antes da resposta do Tribunal Superior Eleitoral. Ordem denegada. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.602**, Rel. Min. Eros Roberto Grau, Tribunal Pleno, julgado em 04 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em: 05 fevereiro 2021.

Procuradoria Geral da República entendeu não ter havido, no caso, quebra de decoro. Caminhando para o deslinde de seu voto, sustentou que a declaração de perda do mandato parlamentar, constitucionalmente delineada, reclamam a decisão do Plenário ou da Mesa Diretora e não decisão isolada do Presidente da Casa pautada em decisão do TSE enquanto órgão de consulta.

Defendeu, ainda, que somente mediante mutação constitucional do sentido impingido ao texto constitucional, – para admitir nova hipótese de perda do mandato –, é que se poderia admitir a impetração do *writ*. E finalizou afirmando estar nítida a intenção do impetrante, “no sentido de que o Supremo Tribunal Federal crie, por via oblíqua, hipótese de perda de mandato parlamentar não prevista no texto constitucional.”, transformando, conseqüentemente, a Corte Suprema em legislador positivo via mandado de segurança.

Adentrando ao mérito, o ministro relator ressaltou a importância de o Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, atuar nos limites por ela impostos, não ultrapassando, ainda que, enquanto cidadão seu sentir seja diverso.

Deste modo, por entender não estar elencado no artigo 55 da Constituição a hipótese de perda do mandato parlamentar pleiteada no *writ*, denegou a segurança.

O Min. Menezes Direito, por sua vez, em exaustivo voto, sustentou em matéria de natureza dos mandatos parlamentares e da vinculação entre o voto e o partido político, quando se fala no sistema de representação proporcional, que a fidelidade partidária representa garantia da prática democrática consubstanciada no efetivo exercício a soberania popular através do sufrágio universal. Ressaltou, ainda, o instituto da filiação partidária como condição de elegibilidade e por esta razão, o mandato na visão do ministro, estaria obrigatoriamente vinculado ao partido político.

Ora, essa vinculação obrigatória traduz-se em tornar o mandato obtido dependente do partido político, considerando que a opção individual por este ou aquele candidato está ligada ao partido na medida em que não há candidato sem partido que lhe dê suporte e que os votos na representação proporcional estão vinculados ao partido político para a obtenção da vitória eleitoral.²⁶⁷

²⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.602**, Rel. Min. Eros Roberto Grau, Tribunal Pleno, julgado em 04 de outubro de 2007. p. 52. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em: 05 fevereiro 2021.

Defendeu também que a interpretação da Constituição deveria se dar de forma a concretizar e atender a evolução social, “há de corrigir-se com a atualização da interpretação constitucional capaz de reestabelecer aquele vínculo e com isso fortalecer a representação popular pela via do fortalecimento dos partidos políticos”.

Assim, para a interpretação constitucional, se a soberania é exercida por meio do sufrágio universal, se a representação popular é feita por meio de eleição, se para ser elegível é obrigatória a filiação partidária, os mandatos parlamentares necessariamente vinculam os eleitos aos partidos, não subsistindo a representação se houver o cancelamento da filiação ao partido pelo qual foi o parlamentar eleito.²⁶⁸

Concluiu seu voto acompanhando na íntegra o voto do Ministro Celso de Mello no que cinge ao estabelecimento de termo inicial, bem como a competência do TSE para dirimir a questão acerca da justificção para desfiliação. Acompanhou também, o voto da Min. Carmen Lúcia para conceder a ordem e determinar a Presidência da Câmara dos Deputados examine a questão.

Por seu turno, o Min. Ricardo Lewandowski, reforçou a importância dos partidos políticos na democracia representativa e para o próprio processo democrático, da fidelidade partidária enquanto condição *sine qua non* para investidura em cargo eletivo, a fim de que seja assegurada o mínimo de autenticidade à representação popular “é preciso que os que mandatários se mantenham fiéis às diretrizes programáticas e ideológicas pelos quais foram eleitos”.

Fazendo retrospecto histórico, o ministro tratou da sanção de perda do mandato por infidelidade partidária abordando a EC nº 1/69 que previa a perda do mandato, posteriormente, a EC nº 24/85 em que é suprimida as hipóteses de perda de mandato por infidelidade partidária, assegurando ampla liberdade a criação dos partidos políticos, respeito ao regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais.

Relembrou em seu voto que, pela legislação eleitoral brasileira, o filiado não precisa informar à justiça especializada o motivo pelo qual se desvinculou do partido, bastando a comunicação de sua desvinculação.

²⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.602**, Rel. Min. Eros Roberto Grau, Tribunal Pleno, julgado em 04 de outubro de 2007. p. 55. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em: 05 fevereiro 2021.

Reforçou, por fim, que o TSE excepcionou somente duas hipóteses nas quais não incidiria o princípio da fidelidade partidária, a saber, em razão de mudança significativa de orientação programática do partido ou quando comprovada perseguição política dentro do partido que abandonou, não vislumbrando deste modo, meios para que se determine a perda automática dos mandatos parlamentares, razões pelas quais, denegou a segurança.

O Min. Joaquim Barbosa reiterou o princípio basilar do estado democrático e que consubstancia o exercício do poder parlamentar, a soberania popular. Denegou a ordem por não vislumbrar no texto constitucional meios para tanto, ainda que, “comungue dos anseios generalizados em prol de uma moralidade da vida político-partidária do nosso país”, fazendo a ressalva em caso de concessão da segurança para que os efeitos operem-se *ex nunc* em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

O Min. Carlos Ayres Britto orientou sua fundamentação fazendo analogia dos partidos políticos a empresas, eis que, enquanto pessoas jurídicas são constituídas por pessoas naturais e gozam de livre filiação e desfiliação. Sob esta perspectiva sustentou que “a voluntária desfiliação não pode deixar de implicar uma perda do mandato”, como expressão de renúncia tácita não com caráter sancionatório, mas “por imperativo de elementar lógica jurídico-societária”. Entendeu pela concessão da segurança posto que presentes a liquidez e certeza do direito dos impetrantes à declaração de vacância dos cargos reivindicados.

O Min. Cezar Peluso ao tratar do sistema representativo partidário reiterou o já sustentado pelos demais ministros, isto é, que a representação popular não se efetiva sem a devida mediação pelos partidos políticos. Redarguiu:

Não há como admitir-se, perante tal ordem, que representante eleito sob suas condições possa mudar de partido levando consigo o cargo, até porque, se tivesse concorrido por outro partido, poderia nem sequer ter sido eleito, o que mostra desde logo que o patrimônio dos votos deve entender-se, na lógica do método proporcional, como atributo do partido, e não, de cada candidato.²⁶⁹

²⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.602**, Rel. Min. Eros Roberto Grau, Tribunal Pleno, julgado em 04 de outubro de 2007. p. 129. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em: 05 fevereiro 2021.

Acerca da transmigração partidária nos parlamentos observou-se que “tal prática, ganhando contornos de normalidade institucional, introduz a mentira como princípio da vivência democrática e desfaz da ética como fundamento da ação política”, entendendo ser esta, uma doença grave identificada no quadro da já instaurada crise partidária.

Assim, tem-se como remédio para a remissão da crise e para a concretização da “pureza do sistema eleitoral e parlamentar”, o instituto da fidelidade partidária.

Por fim, no que diz respeito a imposição da fidelidade partidária no sistema de representação proporcional, aduziu que,

estou convencido de que, por força de imposição sistêmica do mecanismo constitucional da representação proporcional, as vagas obtidas por intermédio do quociente partidário pertencem ao partido. Daí, aliás, a irrelevância absoluta da circunstância de já não constar, do ordenamento vigente, a reconstrução da norma jurídica nem sempre, ou quase nunca, é o resultado do processo interpretativo de texto isolado, nem sequer de enunciados textuais com sentido claro ou único, que reservaria ao interprete a tarefa pobre de a descobrir como dado objetivo e imutável oculto sob as palavras.²⁷⁰

Em seu sentir, ainda que a mudança ou desfiliação constitua ato lícito, sujeita-se as consequências que tem por finalidade “garantir a inteireza ética e jurídica da representação parlamentar”.

E, por solapar tão arraigada e nefasta prática, deve-se insistir, sem cansaço, em que os partidos, verdadeiros ‘entes intermediários entre o povo e o Estado, integrados no processo governamental’, são o *locus* do público, e o cidadão eleito para cumprir o mandato é mero particular. Mero, porque sua relevância sucumbe – e é providencial que assim o seja – diante da grandeza da função pública por exercer em proveito dos interesses do cargo, e não, da pessoa, homem ou mulher, que o ocupe.²⁷¹

Em conclusão, aderiu ao voto do Ministro Celso de Mello e da Ministra Carmen Lúcia, denegando-os nos casos de relatoria do Min. Celso de Mello e Eros Grau, e concedendo parcialmente, nos termos expostos pela Rel. Carmen Lúcia.

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.602**, Rel. Min. Eros Roberto Grau, Tribunal Pleno, julgado em 04 de outubro de 2007. p. 143. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em: 05 fevereiro 2021.

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.602**, Rel. Min. Eros Roberto Grau, Tribunal Pleno, julgado em 04 de outubro de 2007. p. 159. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em: 05 fevereiro 2021.

O Min. Gilmar Mendes reiterou parte dos fundamentos expostos pelos demais membros da Corte no sentido de defender um ajuste na interpretação da Constituição de modo a acompanhar as evoluções sociais, lastreando-se numa interpretação baseada nos valores da fidelidade partidária e da democracia participativa.

Nessa perspectiva, torno a repetir que não parece fazer qualquer sentido, do atual prisma jurídico e político, que o eventual eleito possa, simplesmente, desvincular-se dos vínculos partidários originalmente estabelecidos, carregando o mandato obtido em um sistema no qual se destaca o voto atribuído à agremiação partidária que estava filiado para outra legenda.²⁷²

Defendeu tratar-se de direito não expresso no texto constitucional, mas que decorre do regime de democracia representativa e partidária incorporado pela Constituição em seu artigo 5º, § 2º.

Neste íterim, decidiu pela concessão da segurança no MS nº 26.604/DF de relatoria da Min. Carmen Lúcia, como competência do TSE a edição de Resoluções regulatórias no que cinge a extinção dos mandatos decorrentes de filiação partidária e, até que sobrevenha referida Resolução, entendeu pela possibilidade de aplicação analógica do artigo 3º da LC nº 64/90.

A Min. Ellen Gracie seguiu na íntegra os votos proferidos pelos Ministros Celso de Mello e Carmen Lúcia.

A seu turno, o Min. Marco Aurélio acompanhou o voto proferido pelo Ministro Carlos Britto no sentido de conceder as ordens nos termos pleiteados nas exordiais dos respectivos mandados de segurança.

Por fim, salientou o Ministro Celso de Mello como marco temporal, pautando-se no princípio da segurança jurídica e em razão, de revisão substancial da diretriz jurisprudencial, o dia 27 de março de 2007.

Avançando no mesmo entendimento anterior, ao julgar o MS nº 26.603/DF²⁷³ a Suprema Corte destacou a relevância da fidelidade partidária como mecanismo apto

²⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.602**, Rel. Min. Eros Roberto Grau, Tribunal Pleno, julgado em 04 de outubro de 2007. p. 185. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em: 05 fevereiro 2021.

²⁷³ MANDADO DE SEGURANÇA - QUESTÕES PRELIMINARES REJEITADAS - O MANDADO DE SEGURANÇA COMO PROCESSO DOCUMENTAL E A NOÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - A COMPREENSÃO DO CONCEITO DE AUTORIDADE COATORA, PARA FINS MANDAMENTAIS - RESERVA ESTATUTÁRIA, DIREITO AO PROCESSO E EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO - INOPONIBILIDADE, AO PODER JUDICIÁRIO, DA RESERVA DE ESTATUTO, QUANDO INSTAURADO LITÍGIO CONSTITUCIONAL EM TORNO DE ATOS PARTIDÁRIOS "INTERNA CORPORIS" - COMPETÊNCIA NORMATIVA DO TRIBUNAL

a garantir a representatividade do poder político, deslocando os partidos para uma posição de destaque e de imprescindibilidade aos processos de poder.

Sustentou-se nos votos proferidos que a organização e o funcionamento dos partidos políticos estão submetidos a princípios constitucionais democráticos, deste modo, “a normação constitucional dos partidos políticos regula não só o processo de institucionalização destes, mas assegura o acesso dos cidadãos ao exercício do poder, na medida em que está definido aos partidos políticos o monopólio das candidaturas aos cargos eletivos.”.

Que o mandato representativo direito pessoal do titular do parlamentar eleito, mas em verdade, expressa indispensável vinculação do candidato ao partido político, segundo o qual, “a titularidade sobre as vagas conquistadas no processo eleitoral resulta de ‘fundamento constitucional autônomo’, identificável tanto no artigo 14, § 3º, V (que consagra o ‘sistema proporcional’), da Constituição da República.”.

Defendeu-se, por ocasião do julgamento que, a ruptura do vínculo partidário subverteria o sentido das próprias instituições, comprometendo sobremaneira o

SUPERIOR ELEITORAL - O INSTITUTO DA "CONSULTA" NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL: NATUREZA E EFEITOS JURÍDICOS - POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, EM RESPOSTA À CONSULTA, NELA EXAMINAR TESE JURÍDICA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - CONSULTA/TSE Nº 1.398/DF - FIDELIDADE PARTIDÁRIA - A ESSENCIALIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO PROCESSO DE PODER - MANDATO ELETIVO - VÍNCULO PARTIDÁRIO E VÍNCULO POPULAR - INFIDELIDADE PARTIDÁRIA - CAUSA GERADORA DO DIREITO DE A AGREMIÇÃO PARTIDÁRIA PREJUDICADA PRESERVAR A VAGA OBTIDA PELO SISTEMA PROPORCIONAL - HIPÓTESES EXCEPCIONAIS QUE LEGITIMAM O ATO DE DESLIGAMENTO PARTIDÁRIO - POSSIBILIDADE, EM TAIS SITUAÇÕES, DESDE QUE CONFIGURADA A SUA OCORRÊNCIA, DE O PARLAMENTAR, NO ÂMBITO DE PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO INSTAURADO PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, MANTER A INTEGRIDADE DO MANDATO LEGISLATIVO – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, NO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO, DO PRINCÍPIO DO "DUE PROCESS OF LAW" (CF, ART. 5º, INCISOS LIV E LV) – APLICAÇÃO ANALÓGICA DOS ARTS. 3º A 7º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 AO REFERIDO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO - ADMISSIBILIDADE DE EDIÇÃO, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, DE RESOLUÇÃO QUE REGULAMENTE O PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO - MARCO INICIAL DA EFICÁCIA DO PRONUNCIAMENTO DESTA SUPREMA CORTE NA MATÉRIA: DATA EM QUE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL APRECIOU A CONSULTA Nº 1.398/DF - OBEDIÊNCIA AO POSTULADO DA SEGURANÇA JURÍDICA – A SUBSISTÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E LEGISLATIVOS PRATICADOS PELOS PARLAMENTARES INFIÉIS: CONSEQÜÊNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA INVESTIDURA APARENTE - O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A RESPONSABILIDADE POLÍTICO-JURÍDICA QUE LHE INCUMBE NO PROCESSO DE VALORIZAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO - O MONOPÓLIO DA "ÚLTIMA PALAVRA", PELA SUPREMA CORTE, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. 92 PARTIDOS POLÍTICOS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. BRASIL. **Mandado de Segurança nº 26.603**, de 19 de dezembro de 2008. Trata da fidelidade partidária e da essencialidade dos partidos políticos no processo de poder. Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms26603CM.pdf>>. Acesso em: 05 fevereiro 2021.

modelo representativo e a própria soberania popular, “vulnerando a razão de ser e os fins visados pelo sistema eleitoral proporcional, tal como previsto pela ordem constitucional”.

Para além disso, a infidelidade partidária perpetrada por mandatários eleitos “mutila o direito das minorias, por violação ao sistema proporcional”. Neste diapasão a defesa do instituto da fidelidade partidária estaria a prestigiar valores eminentemente constitucionais dispostos no artigo 17, § 1º da Constituição, estabelecendo primeiro, a preservação da legitimidade eleitoral; segundo, respeito à vontade soberana dos cidadãos; terceiro, coibindo a deturpação do sistema eleitoral proporcional; quarto, a valorização e fortalecimento das organizações partidárias e; quinto, conferindo primazia à fidelidade que o Deputado eleito deve observar em relação ao corpo eleitoral e ao próprio partido pela legenda pela qual disputou as eleições.

Considerou-se legítimo o desligamento voluntário partidário nas hipóteses previstas, a saber, em caso de mudança significativa de orientação programática do partido político ou em caso de comprovada perseguição política.

No que toca a ruptura substancial da jurisprudência até então pacificada nos tribunais superiores, definiu-se como marco temporal para a aplicação da nova orientação, a data em que o TSE respondeu à CTA nº 1.398/DF, isto é, dia 27 de março de 2007, em homenagem ao princípio da segurança jurídica. Cabendo à corte especializada, a edição de resolução regulatória “para disciplinar o procedimento de justificação, em respeito ao princípio da ampla defesa”.

Os fundamentos dos votos vencidos, por seu turno, centralizam-se para o Min. Eros Grau no não conhecimento da ação visto que haveria “dúvida razoável em relação à liquidez e à certeza do direito do impetrante, por ser necessária dilação probatória em relação a ocorrência ou não de hipótese justificadora de mudança de partido”, sendo impassível de verificação via mandado de segurança.

O Min. Ayres Britto defendeu a concessão da segurança para determinar que a filiação representa condição de elegibilidade, nos termos do art. 14 da Constituição Federal, o caráter nacional dos partidos, bem como o funcionamento parlamentar necessitam da existência de parlamentares que estejam a eles vinculados, para estabelecer que nos termos do art. 17 da Constituição, existiria o dever de fidelidade partidária e que o múnus representativo tem por pressuposto a não desocupação da cadeira partidária do parlamentar eleito, para entender que a escolha ideológica do eleitor vincula-se a determinado partido, e, por fim, que a perda do mandato por

infidelidade partidária excluiria a renúncia tácita, quando verificada perseguição pessoal ou mudança no cronograma ideológico do partido, o que sustentou o ministro, não verificar-se no caso *sub judice*.

O Min. Marco Aurélio, por sua vez, defendeu não ser possível afastar a vinculação existente entre candidato e partido, seja em razão da candidatura à organização partidária ou, ainda, pelas regras estabelecidas para o pleito ou pelo cálculo para aquisição do mandato parlamentar.

Aduziu que não existiria necessidade de previsão expressa para a perda do mandato por infidelidade partidária, e a possibilidade da existência de prejuízos ao regular funcionamento parlamentar face a redução de cadeiras decorrentes dos atos de infidelidade partidária, com fulcro na Lei nº 9.096/95.

Finalmente, decidiu pela improcedência do marco temporal fixado por entender não existir tal fixação na Constituição.

Na sequência, quando do julgamento do MS nº 26.604/DF²⁷⁴, a relatora Ministra Carmen Lúcia reforçou a importância do papel ideológico das legendas e partidos políticos para a manutenção e fortalecimento do Estado Democrático de Direito, a necessidade de vinculação entre mandante e mandatário no processo político, visando a evitar eventual ruptura da equação político-jurídica estabelecida.

Decidiu a relatora Min. Carmen Lúcia pela concessão do mandato de segurança, reconhecendo parcialmente o direito líquido e certo do impetrante de ser

²⁷⁴ DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO PARTIDO DOS DEMOCRATAS - DEM CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. NATUREZA JURÍDICA E EFEITOS DA DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - TSE NA CONSULTA N. 1.398/2007. NATUREZA E TITULARIDADE DO MANDATO LEGISLATIVO. OS PARTIDOS POLÍTICOS E OS ELEITOS NO SISTEMA REPRESENTATIVO PROPORCIONAL. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. EFEITOS DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA PELO ELEITO: PERDA DO DIREITO DE CONTINUAR A EXERCER O MANDATO ELETIVO. DISTINÇÃO ENTRE SANÇÃO POR ILÍCITO E SACRIFÍCIO DO DIREITO POR PRÁTICA LÍCITA E JURIDICAMENTE CONSEQÜENTE. IMPERTINÊNCIA DA INVOCAÇÃO DO ART. 55 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DIREITO DO IMPETRANTE DE MANTER O NÚMERO DE CADEIRAS ÓBTIDAS NA CÂMARA DOS DEPUTADOS NAS ELEIÇÕES. DIREITO À AMPLA DEFESA DO PARLAMENTAR QUE SE DESFILIE DO PARTIDO POLÍTICO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL: MARCO TEMPORAL FIXADO EM 27.3.2007. MANDADO DE SEGURANÇA CONHECIDO E PARCIALMENTE CONCEDIDO. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.604**, de 03 de outubro de 2008. Trata da natureza e titularidade do mandato legislativo no sistema proporcional, bem como, dos efeitos da desfiliação partidária pelo pleito. Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 04 out. 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/MS_26604_DF_1279006175574.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAD4VJ344N&Expires=1615075164&Signature=xO2PVNV3BO7ihrM8elghZQFT_uBo%3D>. Acesso em: 05 fevereiro 2021.

reconhecido titular dos mandatos de Deputado Federal, vez que tem se entendido pelo desprovemento de deputados filiados que tenham se desligado após as eleições, por livre vontade. Isto é, a partir de 27/03/2007 na forma da resposta proferida em CTA nº 1.398, ocasião em que restou assegurado que “em qualquer hipótese e em todos os casos, o direito constitucional à ampla defesa do parlamentar (art. 5, inc. LVI).”.

Determinou o encaminhamento à autoridade coatora para apuração da situação da Deputada que em tese teria se desfilado em data subsequente ao marco temporal fixado – 23 de março de 2007 -, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

A relatora não concedeu a ordem para determinar a assunção dos suplentes posto que,

a) aquela declaração de vacância depende do exercício de prévia garantia constitucional do direito à ampla defesa dos parlamentares (arts. 5º, inc. LVI e 5, inc. II, da Constituição do Brasil). Tal é o que ficou, aliás, subentendido na resposta à Consulta n. 1.398, do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, na qual se fixaram situações que se excluem daquelas que impõem a declaração de vacância. b) porque até a data da resposta dada à Consulta n. 1.398, prevalecia jurisprudência no sentido de não haver consequências para os mutantes de partidos políticos após as eleições, pelo que, em respeito ao princípio da segurança jurídica, a certeza que lhes era dada pelo entendimento jurisprudencialmente anteriormente afirmado, do que se exclui, no caso dos autos, a litisconsorte Jusmari Terezinha de Souza Oliveria, sobre cujo pleito do Impetrante, haverá de dar prosseguimento a nobre autoridade aqui tida como coatora, resguardando-lhe o direito à ampla defesa. c) por consequência, também fica denegada a ordem quanto ao pedido de ser determinada à digna autoridade havida como coatora que convoque suplentes, uma vez que a vacância não pode ser aqui declarada na forma requerida, consoante antes fundamentado.²⁷⁵

Ficaram vencidos os Ministros Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio.

Sustentou o Ministro Eros Grau que o impetrante requereu a concessão “com fundamento não em determinado preceito constitucional, mas em resposta a uma consulta oferecida ao TSE, a declaração de vacância dos cargos de deputados federais, determinando-se a convocação dos suplentes para que tomem posse.”. Noutros termos, não vislumbrou o ministro qualquer preceito constitucional apto a

²⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.604**, de 03 de outubro de 2008. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgado em 04 out. 2008. p. 107/108. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/MS_26604_DF_1279006175574.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAD4VJ344N&Expires=1615075164&Signature=xO2PVNV3BO7ihrM8elghZQFT_ubo%3D>. Acesso em: 05 fevereiro 2021.

“retirar a afirmação da competência do Presidente da Câmara dos Deputados para fazê-lo sem prévia manifestação do Plenário ou da Mesa da Câmara, após o pleno exercício, pelos deputados de que se cuida, de ampla defesa.”.

O Ministro Lewandowski, por sua vez, defendeu não ser possível a perda automática dos mandatos parlamentares nos termos do parecer do Procurador-Geral da República, fundamentando sua decisão nos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança, do devido processo legal e da ampla defesa e do contraditório, preceitos basilares do Estado Democrático.

O Ministro Joaquim Barbosa, acompanhou o voto proferido pelo Min. Celso de Mello, divergindo na conclusão, vez que “o min. Celso de Mello defendeu que o que assegurou aos deputados a possibilidade de mudança de partido foi a jurisprudência do STF, jurisprudência essa que se encontra plenamente válida até a data de hoje.” Não entendendo viável aplicação retroativa a março de 2007.

Por seu turno, os Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, decidiram pela concessão da segurança, o primeiro, por entender estarem presentes a liquidez e a certeza do direito dos impetrantes à declaração de vacância dos cargos, já o segundo, por acompanhar o voto proferido pelo Min. Celso de Mello e a Ministra Carmen Lúcia, consignando que o argumento “de o artigo 55 não contemplar essa situação jurídica como capaz de conduzir à perda do mandato, como se de cassação se tratasse, é esvaziado por completo pelo artigo seguinte da Constituição Federal, o artigo 56”, o qual elenca hipóteses concretas em que se veda a perda do mandato parlamentar. Pugnando, por fim, por uma interpretação sistemática da Magna Carta para o fim de compreender que não se tratam de preceitos exaustivos.

Por fim, no julgamento da Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 30.380/DF²⁷⁶, o Relator - Ministro Celso de Mello reforçou o instituto da fidelidade

²⁷⁶ PARTIDOS POLÍTICOS E REGIME DEMOCRÁTICO. COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS. NATUREZA JURÍDICA, FINALIDADE E PRERROGATIVAS JURÍDICO-ELEITORAIS. AS COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS COMO INSTRUMENTOS DE VIABILIZAÇÃO DO ACESSO DAS MINORIAS AO PODER POLÍTICO E DO FORTALECIMENTO DA REPRESENTATIVIDADE DOS PEQUENOS PARTIDOS POLÍTICOS. A QUESTÃO DA SUCESSÃO DOS SUPLENTE: SUPLENTE DO PARTIDO OU SUPLENTE DA COLIGAÇÃO PARTIDÁRIA? PRETENDIDA MODIFICAÇÃO DE PRÁTICA INSTITUCIONAL CONSOLIDADA, NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL E DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, HÁ VÁRIAS DÉCADAS. POSTULAÇÃO CAUTELAR. INSTÂNCIA DE DELIBERAÇÃO QUE SE DEVE PAUTAR POR CRITÉRIOS FUNDADOS EM JUÍZO PRUDENCIAL. ADOÇÃO DA TÉCNICA DA “PROSPECTIVE OVERRULING” EM HIPÓTESES QUE IMPLIQUEM REVISÃO SUBSTANCIAL DE PADRÕES JURISPRUDENCIAIS. PRETENSÃO MANDAMENTAL QUE OBJETIVA PROMOVER VERDADEIRA RUPTURA DE PARADIGMA. AS MÚLTIPLAS FUNÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA. A QUESTÃO DA PREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS. SEGURANÇA JURÍDICA E PRINCÍPIO DA CONFIANÇA: POSTULADOS INERENTES AO ESTADO

partidária como instrumento apto a viabilizar o acesso das minorias ao poder político e ao fortalecimento da representatividade dos pequenos partidos políticos.

A Suprema Corte também ratificou o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral nos referidos Mandados de Segurança, reconhecendo o direito dos partidos e coligações ao mandato; do que decorreu a edição da Resolução TSE nº 22.610/2007, para disciplinar o procedimento para perda de cargo eletivo nos casos de infidelidade partidária (seus legitimados, prazo e competência para a sua propositura). Em que pese referida Resolução determine a incidência do princípio da fidelidade partidária para o pleito majoritário e proporcional, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.081/DF²⁷⁷ declarou inconstitucionalidade parcial dos artigos 10 e 13 da Res. nº 22.610/2007²⁷⁸, entendendo pelo descabimento da aplicação do princípio da fidelidade partidária no sistema majoritário, por violar o princípio da soberania popular²⁷⁹. Sintetizou Cambi quanto ao disciplinado em aludida Resolução:

[...] restou ressaltado: a) a filiação partidária é *condição de elegibilidade*, constitucionalmente prevista; b) a filiação do candidato ao partido político é o *único elemento* da sua *identidade política*; c) o *sistema proporcional* está ligado ao partido político, pois é, com base nos votos obtidos pela agremiação, que se calcula o número de cadeiras ocupadas na casa legislativa; em outros termos, o candidato se elege com o “patrimônio partidário de votos”; d) a obtenção e exercício do mandato, como patrimônio *particular* do eleito, fere o *princípio da moralidade*; e) a detenção do mandato pelo partido não é uma *sansão* ao candidato migrante, mas a *manutenção da representação partidária* daquela agremiação; f) o entendimento, até então vigente, de que o mandato pertencia ao candidato, firmado no âmbito do STF, era do tempo em que não se reconhecia a *força normativa* aos princípios, estando hoje superado; g) a interpretação de que a vaga é do partido não é *inovação interpretativa*, extraindo-se das normas constitucionais (art. 14, § 3º, V e art. 17, § 1º) e infraconstitucionais (arts. 2º, 108, 175, § 4º, 176 do Código Eleitoral; art. 26 da Lei 9.096/1995 e art. 11, II as Lei 9.504/1997); e, finalmente, admitiu-se que existem casos em que se justifica a *manutenção do mandato parlamentar*, quais sejam: a existência de *mudança significativa de orientação programática do partido* ou de *prática odiosa de perseguição*.

DEMOCRÁTICO DE DIREITO. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. BRASIL. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 30.380**, de 05 de abril de 2010. Tribunal Pleno, Rel. Ministro Celso de Mello. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS30380.pdf>>. Acesso em: 05 fevereiro 2021.

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.081/DF**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe de 19 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9175293>>. Acesso em: 05 fevereiro 2021.

²⁷⁸ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário. São Paulo: Almedina, 2016. p. 239.

²⁷⁹ ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 77. Ibid., p. 151.

Nessas hipóteses tem o parlamentar a prerrogativa de fazer instaurar, perante a Justiça Eleitoral, procedimento em cujo âmbito possa demonstrar a ocorrência de uma destas exceções justificadoras à perda do mandato.

Em 12 de novembro de 2008, em duas ADIs (nºs 3.999 e 4.086) nas quais foram impugnadas as Resoluções nºs 22.610 e 22.773 do Tribunal Superior Eleitoral, a Suprema Corte declarou temporariamente válidas as suas regras até que o Congresso Nacional disciplinasse o tema.

Por seu turno, aquela Corte Especializada editou a Súmula nº 67, enunciando que: “A perda do mandato em razão da desfiliação partidária não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário”²⁸⁰.

Não obstante, com a publicação da Lei nº 13.165 em 29 de setembro de 2015, o artigo 22-A foi acrescentado à Lei nº 9.096/1995²⁸¹, estabelecendo as seguintes hipóteses configuradoras de justa causa para desfiliação partidária, quais sejam: a) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; b) grave discriminação política pessoal; e, c) mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente.

Referida Lei da Minirreforma Eleitoral, como foi chamada, além de prever nova hipótese de justa causa para desfiliação partidária, extinguiu as duas hipóteses anteriormente previstas na Resolução nº 22.610 do TSE. Na hipótese do artigo 22-A inciso III, acrescentada à Lei dos Partidos Políticos, criou a chamada *janela* ao possibilitar que mudanças de partido ocorram durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente. Sobre o tema, Zilio explica que referida “janela” somente se aplica às eleições de mesma categoria²⁸².

Sobre o tema, pondera Clève:

²⁸⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Súmula nº 67**. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-tse-no-67>>.

Acesso em: 05 fevereiro 2021.

²⁸¹ BRASIL. **Lei nº 9.096**, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <[²⁸² Zilio parte do exemplo de eleições municipais para clarificar que: “\[...\] a troca partidária do exercente de mandato municipal para concorrer uma eleição estadual ou federal, mesmo no prazo de 30 dias antes da data de filiação, acarreta a perda do mandato, pois esse dato não se consumou “ao término do mandato vigente” – como exige a cláusula de justificativa.”. ZILIO, 2020, p. 155.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19096.htm#:~:text=1%C2%BA%20O%20partido%20pol%C3%ADtico%2C%20pessoa,fundamentais%20definidos%20na%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal.>>. Acesso em: 05 fevereiro 2021.</p></div><div data-bbox=)

Ao que parece, ainda que o instituto da fidelidade partidária tenha reafirmado sua relevância para o sistema jurídico, porquanto o Congresso Nacional editou *lei* disciplinando a temática, é possível afirmar que o Legislador optou por estabelecer mecanismos – a exemplo da “janela” – autorizando mais maleabilidade à transmigração partidária. Contudo, vale repisar, a flexibilidade permitida não afasta, em razão dos requisitos a serem preenchidos para fruição dessa prerrogativa, a regra da fidelidade do partido que elegeu determinado parlamentar. Cumpre verificar, agora, o que dirá o Supremo Tribunal Federal, quando e se provocado, a propósito da compatibilidade da “janela” criada pela nova lei com as exigências constitucionais da democracia representativa, particularmente na situação dos mandatos eletivos conquistados pelo sistema proporcional.²⁸³

Nos casos de desfiliação partidária, portanto, competirá ao Tribunal Superior Eleitoral o processamento e julgamento de ações relativas a mandatos federais (Presidente da República, Senador e Deputado Federal); e aos Tribunais Regionais Eleitorais, o julgamento de todos os demais mandatos (Governador, Deputado Estadual, Prefeito e Vereador), conforme dispôs o artigo 2º da Res. nº 22.610/2007 do TSE²⁸⁴.

Por fim, cabe trazer a lume a alteração promovida no artigo 17 da Constituição, com a inserção do § 5º, disciplinando que ao eleito por partido que não preencher os requisitos previstos no § 3º deste artigo é assegurado o mandato e facultada a filiação, sem perda do mandato, a outro partido que os tenha atingido, não sendo essa filiação considerada para fins de distribuição dos recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e de televisão. Portanto, permite-se ao candidato a manutenção do mandato mesmo aos filiados cujo partido político não tenha atingido as porcentagens previstas na cláusula de desempenho.

Faculta-se, para além da manutenção do mandato, a realização de nova filiação partidária ainda que para a mesma legenda que tenha atingido a cláusula de barreira. Conclui Zilio que referida disposição criou “[...] uma hipótese constitucional de justa causa para a troca de partido político (desde que o eleito seja originário de um partido que não atingiu a cláusula de desempenho para outro que a tenha alcançado).”²⁸⁵.

²⁸³ CLÈVE, Clemerson Merlin. CLÈVE, Ana Carolina de Camargo. **A evolução da fidelidade partidária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In Direito Eleitoral contemporâneo: 70 anos da democratização pós-ditadura Vargas e da reinstalação da Justiça Eleitoral. TRT-PR, 2016. p. 28.

²⁸⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 22.610**, de 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2007/RES226102007.htm>>. Acesso em: 05 fevereiro 2021.

²⁸⁵ ZILIO, 2020, p. 156.

A discussão sobre a fidelidade partidária e a constitucionalidade ou não da regulamentação emitida pelo Tribunal Superior Eleitoral, como se viu no início deste subcapítulo fora por três vezes ratificada pela Corte Suprema, culminando com a edição da Res. nº 22.610/2007.

O cerne da questão reside em compreender se a imposição da fidelidade partidária pelo STF pode ser interpretada como atuação judicial excessiva em relação a um dos principais atores do processo democrático - o partido político; ou se houve uma necessária “moralização da política” em fortalecimento de um princípio constitucional (?).

Sobre o tema, José Afonso da Silva lembra que a Magna Carta “não permite a perda do mandato por infidelidade partidária. Ao contrário, até o veda, quando, no art. 15, declara vedada a cassação de direitos políticos, só admitidas a perda e a suspensão deles nos estritos casos indicados no mesmo artigo.”²⁸⁶.

Partindo desde posicionamento é que se discute a constitucionalidade ou não das decisões proferidas pelo Tribunal Superior Eleitoral. Afinal, se por um lado sustenta-se que a perda do mandato por infidelidade não está elencada nas hipóteses do artigo 55 da Constituição, por outro, entende-se não ser ela possível, por pertencer o mandato ao partido e não ao candidato eleito.

Amadino Teixeira Nunes Junior, pautado na doutrina de Thales e Camila Cerqueira, defende a inconstitucionalidade das decisões que instituíram a perda do mandato por infidelidade partidária,

entendendo que o Tribunal Superior Eleitoral, com a chancela do Supremo Tribunal Federal, teria usurpado a função de legislar, própria do Legislativo, não apenas por criar hipótese de perda de mandato reservado à Constituição, como também por instituir ritos processuais e hipóteses de justa causa por resolução, extrapolando os limites juridicamente aceitáveis.²⁸⁷

Conclui o referido autor que tanto o TSE quanto o STF exorbitaram no exercício de suas competências, imiscuindo-se em atividade reservada ao Poder Legislativo:

Para Thales e Camila Cerqueira (2008), o Tribunal Superior Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal não se limitaram ao seu dever funcional de atuar: para solucionar a questão da fidelidade partidária no Brasil, há tempos

²⁸⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 409.

²⁸⁷ NUNES JUNIOR, Amadino Teixeira. **Ativismo judicial no Brasil**: O caso da fidelidade partidária. Revista de Informação Legislativa, Ano 51, Número 201, 2014. p. 122.

aguardada pela Reforma Política e Eleitoral, fizeram as vezes dos legisladores, numa invasão indevida de atribuições que constitucionalmente não são suas e, ainda pior, que, a rigor, deveriam ser exercidas pelo Legislativo.²⁸⁸

Elenca Amadino como principais consequências da instituição da perda do mandato em razão da infidelidade partidária: i) redução do troca-troca entre partidos; ii) reaproximação do sistema partidário e o sistema eleitoral – o que contribui para um aumento na representatividade no sistema político; iii) fortalecimento da identidade partidária, e, iv) sedimentação da atuação proeminente no TSE e no STF “ao positivarem os contornos do instituto da fidelidade partidária, haja vista que disciplinaram uma matéria de grande apelo entre a população brasileira, diante da omissão do Legislativo.”²⁸⁹.

Diante do exposto, conclui-se que ao atuarem como verdadeiros legisladores positivos quanto à questão da fidelidade partidária, o Poder Judiciário - nas figuras do TSE e do STF -, atuou com nítido ativismo na esfera constitucional e ordinária, invadindo a competência do Legislativo, violando, conseqüentemente, o sistema de freios e contrapesos insculpido no artigo 2º da Magna Carta. E por mais que se almeje há tempos, alterações no processo político-eleitoral, estas só devem ocorrer por processo que respeite o princípio da harmonia entre os poderes e com ampla participação da sociedade, e não apenas segundo a vontade de agentes estatais.

Em outros termos, eventual omissão por parte do Poder Legislativo não justifica nem autoriza o Poder Judiciário a extrapolar a sua competência que, segundo delimita a Constituição, restringe-se à mera interpretação e aplicação do direito em situações de litígio *inter partes*, sem investir-se no papel do legislador.

A propósito, assevera Tavares: “percebe-se que algumas decisões da Justiça Constitucional geram insatisfação no espaço político-partidário, na mídia e no Governo, chegando, por vezes, a deflagrar uma situação mais séria de crise institucional.”²⁹⁰.

Novamente, ressalta-se, à luz da teoria democrática desenvolvida por Dahl, o *locus* adequado para deliberação e decisão deve se dar através da atuação dos funcionários constitucionalmente eleitos pelo povo, isto é, pelo Poder Legislativo, e

²⁸⁸ Ibid., p. 122.

²⁸⁹ Ibid., p. 123.

²⁹⁰ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 9.

não pelo Poder Judiciário, sob pena de se ofender a um dos princípios mais caros ao Estado Democrático, o da separação de poderes.

Depreende-se, portanto, que a Resolução TSE nº 26.610/2007, regulamentou matéria de grande importância e relevo para a sociedade brasileira em razão de inércia injustificada do Legislativo em instituir uma profunda Reforma Política e Eleitoral; e numa nítida usurpação de poderes constitucionais, culminou por disciplinar matéria atinente ao processo civil eleitoral (estabelecendo ritos para cassação de mandatos, atribuindo competências à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público Eleitoral, fixando prazos, delimitando os legitimados ativos e estabelecendo hipóteses de justa causa para perda de mandato), como outrora observado, tutelado por uma pressão moralizante sobre a política nacional.

4.3 O FIM DO FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS POR EMPRESAS

A existência de um Estado Democrático de Direito depende da existência de partidos políticos cujos representantes eleitos sejam responsáveis por dar voz à vontade popular. Assim como em qualquer outra atividade humana, também a política depende de recursos para a sua viabilização.

Ana Cláudia Santano, em importante estudo sobre o financiamento da política, sustenta que quando se fala em financiamento dos partidos políticos, de pronto, surgem dois problemas centrais: primeiro, a desigualdade econômica; e segundo, a dependência econômica a que os partidos políticos e candidatos submetem-se frente às fontes financiadoras.²⁹¹

Este polêmico tema representa, hodiernamente, um dos maiores entraves quando se fala em democracia, como assevera Santano quando comenta o desvirtuamento das fontes de financiamento,

as modificações legislativas são constantes e os partidos, sob o pretexto de dar uma solução ao problema em concreto tendem em maior medida, a aumentar suas fontes de financiamento do que de fomentar a igualdade de oportunidades para o acesso às funções públicas, ou mesmo proteger a livre formação de opinião dos eleitores, evitando que grupos econômicos poderosos exerçam influência nas políticas estatais ou que atores políticos sejam independentes na sua atuação.²⁹²

²⁹¹ SANTANO, Ana Cláudia. **O Financiamento da Política**: Teoria geral e experiências do direito comparado. Curitiba: Ed. Íthala, 2016. p. 37/38.

²⁹² Ibid., p. 40.

Ou seja, os recursos obtidos para fins políticos assumem posição não só relevante, mas decisiva no jogo democrático e por esta razão, torna-se imprescindível a sua regulação visando a conferir proteção aos partidos políticos e dar vigência e efetividade ao princípio da igualdade de oportunidades no âmbito eleitoral.

Muito se vem debatendo sobre as fontes de financiamento da política, principalmente a fonte dos recursos quando provenientes de empresas privadas. Esta é a próxima temática a ser estudada.

Nas democracias modernas, as doações representam o meio mais comumente utilizado e o ponto de maior polêmica no financiamento da política. Afinal, a depender do contexto em que ocorrem, quando efetuadas por empresas privadas acabam por fomentar o jogo de interesses políticos, propiciando um elo de ligação com a corrupção, quer pela possibilidade de alguma forma de influência na agenda política, quer ainda pela eventual troca de favores entre o doador e a legenda agraciada.

No país, os crescentes escândalos de corrupção como o chamado “mensalão” e posteriormente, os fatos evidenciados pela “Operação Lava Jato”, evidenciaram que as empresas privadas investiam nas campanhas eleitorais visando a futuras benesses públicas²⁹³.

Contudo, é inegável que o cenário político brasileiro necessitava (e, ainda necessita) de reparos. Obviamente que tais providências devem ser de muitas ordens, desde econômica quanto ética. Porém, algumas destas medidas de melhora e aperfeiçoamento – principalmente no que tange ao sistema de financiamento da política – deveriam vir por via legislativa. A relação indiscutivelmente negativa entre os grandes doadores (*big donors*), majoritariamente grandes corporações, e as candidaturas vencedoras nas urnas exigia uma postura mais contundente por parte da instituições. Isso ocorreu através de dois canais: o julgamento da ADI 4.650 pelo Supremo Tribunal Federal; e a Lei 13.165/15, responsável pela última reforma política.²⁹⁴

O intenso debate que se seguiu sobre a participação das pessoas jurídicas no processo eleitoral alcançou grande destaque desde o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.560, promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; na qual pugnou-se pela declaração de inconstitucionalidade de

²⁹³ RODRIGUES, Theófilo Codeço Machado. A reforma política pelo judiciário: notas sobre a judicialização da política na Nova República. Brasília: **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº 28. Abril de 2019. p. 147/148.

²⁹⁴ PEREIRA, Rodolfo Viana. SANTANO, Ana Cláudia. **Como sobreviver na selva**: fontes alternativas de financiamento de campanhas eleitorais. Brasília: ABRADep, 2016. p. 39.

normas constantes nas leis nºs 9.096/1995 e 9.504/1997²⁹⁵ no que cinge ao financiamento de campanhas eleitorais por empresas privadas.

Imperioso trazer à lume, ainda que por brevidade, os fundamentos jurídicos abordados na peça inaugural da referida ADI e os fundamentos da decisão da Suprema Corte para viabilizar algumas conclusões acerca do assunto em comento.

O Conselho Federal da OAB questionou na referida ação direta de inconstitucionalidade as Leis nºs 9.096/95 e 9.504/97, defendendo a evidente vinculação entre o sucesso das eleições à realização de boas campanhas; e, por esta razão, a necessidade de expressivo investimento econômico que seria responsável por colocar em cheque a própria democracia. Sustentou ainda que a “excessiva infiltração do poder político nas eleições” conduz à desigualdade política, afastamento de pessoas detentoras de recursos não tão expressivos e excessiva vinculação entre doadores e destinatários, com favorecimento de empresas em contratos e licitações, acentuando sobremaneira a corrupção após o pleito.

Visando a estabelecer limites e restrições ao financiamento privado, o Conselho Federal da OAB abriu a discussão partindo dos princípios republicano, da igualdade e da democracia, ao sustentar que a existência de relação de dependência entre o processo eleitoral e o poder econômico acaba por modificar o próprio funcionamento do regime democrático. Nesta senda, enalteceu o dever atribuído ao legislador de disciplinar o financiamento das campanhas eleitorais de modo a coibir o abuso do poder econômico, dando atendimento à determinação expressa do texto constitucional; postulando o afastamento das pessoas jurídicas do financiamento das campanhas e no que diz respeito às pessoas naturais, o estabelecimento de novos critérios delimitando as doações, inibindo, via de consequência, o alargamento da desigualdade econômica, com fundamento na violação do princípio da igualdade previsto nos artigos 5º, *caput* e 14, *caput* da Constituição Federal; ressaltando que “em um sistema democrático, vigora o princípio da igualdade política: onde todos devem ter iguais possibilidades de participar do processo político e de influenciar na formação da vontade coletiva.”. Quanto ao princípio democrático, enfatizou a necessidade de estabelecer uma igualdade política e o princípio do “*one man, one vote*” justificador do princípio majoritário; pois sem isto, deturpa-se a democracia transformando-a em aristocracia, ou seja, em um governo de elites. Afirma ainda que

²⁹⁵ A íntegra da petição inicial pode ser encontrada em: <<https://www.oab.org.br/arquivos/4650-1977686879-1794267.pdf>>. Acesso em: 06 fevereiro 2021.

- “o princípio democrático não se compatibiliza com a disciplina legal da atividade política que tenha o efeito de atribuir um poder muito maior a alguns cidadãos em detrimento de outros”²⁹⁶; e discorre sobre o princípio republicano disposto no artigo 1º da Magna Carta, ressaltando a responsabilidade jurídico-política dos agentes públicos pelos atos que praticam e que podem abalar profundamente referido princípio, especialmente quando se trata do financiamento de campanhas do atual sistema político-eleitoral. Defendeu ainda a aplicação do princípio da proporcionalidade para fazer frente à deficiência estatal:

A violação à proporcionalidade, na sua faceta de proibição à proteção deficiente, é manifesta no caso, diante da constatação de que as normas legais impugnada não protegem de maneira suficiente a igualdade, a democracia e o princípio republicano – princípios de capital importância na ordem constitucional brasileira. E, sob a perspectiva dos interesses constitucionais em conflito, o que se perde por força desta deficiência em proteção estatal não é minimamente compensado pelas vantagens obtidas em razão da tutela insuficiente.²⁹⁷

Após breves comentários acerca do controle de constitucionalidade e suas idiossincrasias, trouxe a lume a discussão sobre o ativismo no exercício da jurisdição, justificando a intervenção do Supremo Tribunal Federal quando está em jogo diretamente o próprio regime democrático; buscando uma maior imparcialidade do Judiciário para julgar questões envolvendo os representantes eleitos pelo povo, bem assim, a proteção da parte vulnerável no processo político. Ao final, requereu a procedência da ação para o fim de:

e.1 - seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 24 da Lei 9.504/97, na parte em que autoriza, *a contrario sensu*, a doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, **bem como a inconstitucionalidade do Parágrafo Único do mesmo dispositivo, e do art. 81, caput e § 1º do referido diploma legal;**

e.2 - seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 31 da Lei nº 9.096/95, na parte em que autoriza, *a contrario sensu*, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos; **e a inconstitucionalidade das expressões “ou pessoa jurídica”, constante no art. 38, inciso III, da mesma lei, e “e jurídicas”, inserida no art. 39, caput e § 5º do citado diploma legal;**

e.3 - seja declarada a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, do art. 23, § 1º, incisos I e II, da Lei 9.504/97, autorizando-se que tais preceitos mantenham a eficácia por mais 24 (vinte e quatro) meses, a fim de se evitar a criação de uma “*lacuna jurídica ameaçadora*” na disciplina do limite às doações de campanha realizadas por pessoas naturais e ao uso de recursos próprios pelos candidatos nestas campanhas;

²⁹⁶ Ibid., p. 17.

²⁹⁷ Ibid., p. 23.

e.4 - seja declarada a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, do art. 39, § 5º, da Lei 9.096/95 - com exceção da expressão “e jurídicas”, contemplada no pedido “e-2”, *supra* - autorizando-se que tal preceito mantenha a eficácia por mais até 24 meses, a fim de se evitar a criação de uma “*lacuna jurídica ameaçadora*” na disciplina do limite às doações a partido político realizadas por pessoas naturais.

e.5 - seja instado o Congresso Nacional a editar legislação que estabeleça (1) limite *per capita* uniforme para doações a campanha eleitoral ou a partido por pessoa natural, em patamar baixo o suficiente para não comprometer excessivamente a igualdade nas eleições, bem como (2) limite, com as mesmas características, para o uso de recursos próprios pelos candidatos em campanha eleitoral, no prazo de 18 (dezoito) meses, sob pena de atribuir-se ao Eg. Tribunal Superior Eleitoral - TSE a competência para regular provisoriamente a questão.²⁹⁸

Em 06 de setembro de 2011, o Ministro Relator Luiz Fux determinou aplicação do rito sumário previsto no artigo 12 da Lei nº 9.868/99 ante a relevância da matéria e seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica; bem como a intimação dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para prestarem informações. Ato contínuo, determinou que a AGU e a PGR se manifestassem sobre a controvérsia e em 2013, realiza-se audiência pública.

Ao decidir, em extenso voto, o ministro relator ressaltou inicialmente a existência de uma crise de representatividade no país, reforçada pelo descrédito atribuído às instituições públicas reforçado por “patologias crônicas ainda entranhadas na democracia brasileira”. Lembrou o ministro a inexistência de disciplina constitucional para o financiamento das campanhas políticas e de limites para as doações, ficando a cargo da legislação infraconstitucional a disciplina da matéria até a superveniência de legislação específica.

Trouxe a lume a legitimidade da atuação do Poder Judiciário, especificamente, da Corte Constitucional, para apreciar temas atinentes ao processo democrático, dentre eles o financiamento de campanhas e a delimitação da extensão do seu controle de constitucionalidade, a fim de que não ocorra interferência indevida na competência dos demais poderes; e ainda, afronta à definitividade dos pronunciamentos da Suprema Corte.

Contrariando o sustentado pelas presidências da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o ministro relator fundamentou:

Exatamente porque matérias intimamente ligadas ao processo eleitoral aumentam consideravelmente as chances de manipulação e parcialidade no seu tratamento pelos órgãos eleitos por este mesmo processo, justifica-se, a

²⁹⁸ Ibid., p. 35/36.

meu sentir, uma postura mais expansiva e particularista por parte do Supremo Tribunal Federal, em detrimento de opções mais deferentes e formalistas. Creio que, ao assim agir, a Corte não amesquinha a democracia, mas antes a fortalece, corrigindo pelo menos algumas de suas naturais disfuncionalidades.²⁹⁹

Prossigui enfatizando que a inexistência de tratamento específico na Carta Magna sobre a matéria informa a ideia de que a “Constituição não encerra uma ordem-fundamento em sentido quantitativo” responsável por estabelecer deveres, imposições ou obrigações ao legislador, mas sim, “que o constituinte conferiu uma competência decisória autônoma ao legislador para tratar da temática”. Isto é:

A Constituição, a despeito de não ter estabelecido regras impondo ou proibindo diretamente um dado modelo de financiamento de campanhas, forneceu uma moldura que traça limites à discricionariedade legislativa. É dizer: o constituinte procedeu à escolha de questões fundamentais (e.g., princípio democrático, o pluralismo político ou a isonomia política) que norteiam o processo político, e que, desse modo, reduzem, em alguma extensão, o espaço de liberdade do legislador ordinário na elaboração de critérios para as doações e contribuições a candidatos e partidos políticos. Ressalte-se, por oportuno, que com isso não se pretende advogar uma leitura puramente procedimental da Constituição de 1988, de vez que, como bem destacam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, tal adesão implicaria um paradoxo, notadamente em virtude do caráter profundamente substantivo de seu texto, pródigo em normas de cunho valorativo (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 226). Aqui se sustenta justamente o oposto: em razão de sua densidade normativa, os princípios materiais paradigmas retiram a liberdade total do legislador ordinário para disciplinar o tema.³⁰⁰

Nesta senda, aduz como dever da Corte a promoção de diálogos interinstitucionais, sem que seu pronunciamento represente uma imposição engessadora da atividade legiferante.

Quanto à inconstitucionalidade ou não do financiamento por pessoas jurídicas destacou que a interferência econômica na esfera política contraria diretamente o regime democrático, e redarguiu que eventual exclusão do financiamento por pessoas jurídicas não ensejaria “consequências sistêmicas sobre a arrecadação de recursos”, eis que ainda contariam os partidos políticos com outras fontes de financiamento.

²⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650**. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>. Acesso em: 06 fevereiro 2021.

³⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650**. Rel. Min. Luiz Fux. p. 42/43 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>. Acesso em: 06 fevereiro 2021.

Ao final, o Ministro Relator Luiz Fux entendeu pela procedência do pedido, declarando inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, do art. 24 da Lei nº 9.504/97, no trecho que autoriza, *a contrario sensu*, a doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, bem como do art. 24, parágrafo único, e do art. 81, *caput*, e § 1º, da Lei nº 9.507/94. De igual modo, assim declarou em relação ao disposto no artigo 31 da Lei nº 9.096/95, na parte em que autoriza, *a contrario sensu*, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos. Votou também pela declaração de inconstitucionalidade das expressões “*ou pessoa jurídica*”, constante no art. 38, inciso III, e “*e jurídicas*”, inserta no art. 39, *caput* e § 5º, todos os preceitos da Lei nº 9.096/95. Julgou improcedente o pedido declaratório sobre os critérios de doação de pessoas naturais e do uso próprio de recursos pelos candidatos, declarando a constitucionalidade do art. 23, § 1º, I e II, da Lei nº 9.504/97 e do art. 39, § 5º, da Lei nº 9.096/95.

Acompanhou o relator o Ministro Joaquim Barbosa, divergindo somente quanto à modulação de efeitos, por entender que se o Congresso Nacional quisesse, já teria regulado a matéria em tempo hábil, mas optou por não fazê-lo; e por entender que a fixação de prazo ao Congresso Nacional acaba por desmoralizar a atuação da Corte Constitucional, como se observou no julgamento do Fundo de Participação dos Estados, em que o Congresso manteve-se silente e inerte.

De igual modo, o Ministro Dias Toffoli acompanhou o ministro relator ressaltando a emergência da sistematização do financiamento eleitoral estadual por entender também que a participação das pessoas jurídicas no financiamento das campanhas acabaria por apequenar a participação da própria cidadania, afetando diretamente o processo democrático eleitoral. Afirmou ainda que o voto exterioriza a soberania popular, devendo os atores sociais, isto é, os eleitores, os partidos políticos e os candidatos, participar diretamente do financiamento. Pugnou pela fixação de “um teto para os gastos com as campanhas eleitorais de cada qual dos cargos em disputa, de forma a garantir-se maior igualdade, lisura e equidade no processo eleitoral”³⁰¹.

Por seu turno, o Ministro Barroso discorreu sobre o princípio da separação de poderes e da própria concepção do que se denomina democracia. Destacou a

³⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650**. Rel. Min. Luiz Fux. p. 94. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>. Acesso em: 06 fevereiro 2021.

ascensão institucional do Judiciário como guardião das regras do jogo democrático, dos direitos fundamentais, exercendo papel relevante no cenário político e social dos brasileiros. Reforçou ainda que discussões de cunho político devem ser promovidas pelo Poder Legislativo, no Congresso Nacional, e que ao não fazê-lo, caminha-se para regimes autoritários:

E digo eu, em uma democracia, política é gênero de primeira necessidade e, portanto, o Poder Legislativo é o fórum por excelência, a meu ver, da tomada das grandes decisões políticas. E acho que a ideia de que é possível substituir a política, seja pela judicialização, seja pela tecnocracia, é um equívoco autoritário e pretensioso. [...] Eu repito, falo isso e penso isso porque considero que não há democracia sem um Poder Legislativo forte, dotado de credibilidade e capaz de fazer o debate político necessário para o país. De modo que, verdadeiramente, depois da ascensão do Executivo e da ascensão do Judiciário, esta é a hora e a vez do Poder Legislativo no Brasil se reinventar.³⁰²

Defendeu a inconstitucionalidade, não absoluta das normas impugnadas, por entender que o modelo, tal como se apresentava, embora seja capaz de desequilibrar o pleito, não obsta que o Congresso confira a ele nova formatação, compatibilizando a participação das pessoas jurídicas em homenagem ao princípio da igualdade, bem como, limite a sua atuação. Sugere: a empresa que doar não pode celebrar contrato de nenhuma natureza com o Governo; participar de nenhuma licitação pública nem ter qualquer tipo de relação com o Poder Público, em homenagem, conseqüentemente, aos princípios republicano e democrático. Ressalta a importância do Supremo Tribunal Federal não se imiscuir em competências do legislativo; sendo seu papel a defesa das regras do jogo democrático, a preservação dos direitos fundamentais, dos direitos políticos, e, do papel contramajoritário atribuído à Corte Constitucional. Em colaboração ao diálogo institucional proposto ao Congresso, tece breves considerações sobre o sistema eleitoral vigente apresentando duas propostas de barateamento das eleições, que estão postas em discussão no Parlamento e poderiam vir a tornar o sistema eleitoral verdadeiramente autêntico, democrático e republicano. E finaliza, enfatizando,

O centro das discussões políticas brasileiras não pode e nem deve ser o Supremo Tribunal Federal. [...] Tem alguma coisa errada numa democracia

³⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650**. Rel. Min. Luiz Fux. p. 123/124. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>. Acesso em: 06 fevereiro 2021.

em que o debate jurídico no Supremo tem mais importância do que o debate político no Congresso Nacional, até porque a judicialização excessiva tem um componente antidemocrático: é que, para participar do debate aqui, é preciso ter acesso a um fórum específico, é preciso ter acesso a uma linguagem específica. É uma forma excludente de debate público nós resolvermos os problemas aqui. É por esta razão que precisamos fortalecer o Poder Legislativo: para devolver essas discussões para o Poder que é constitucionalmente competente para desempenhar esse papel.³⁰³

De outra parte, votando pela improcedência do pedido, o Ministro Teori Zavascki ressaltou que o poder econômico pode e faz mal à democracia, e que no entanto, ao mesmo tempo mostra-se indispensável ao seu exercício e à manutenção do próprio regime democrático. Ressaltou, mais, que a Constituição não traz disciplina específica sobre a matéria, limitando-se a vedar o abuso de poder econômico apto a afetar a normalidade e legitimidade das eleições.

Ante a inexistência de disposição constitucional, defendeu como dever e prerrogativa do legislador infraconstitucional a árdua tarefa de estabelecer “disciplina normativa das fontes de financiamento dos partidos e das campanhas, em moldes a coibir abusos e a preservar a normalidade dos pleitos eleitorais”, cabendo ao Judiciário somente fazer o controle de legalidade de tal disciplina.

Sustentou ainda, que a decisão de proibir a participação das pessoas jurídicas no financiamento da política seria deveras simplista, por representar um retorno ao *status quo ante*, onde tão logo optou-se pela vedação na participação das pessoas jurídicas observou-se - à época do governo Collor, aumento expressivo de abuso, gastos e corrupção eleitoral.

Defendeu em seu voto, que o óbice da interferência econômica no pleito não se deve a deficiência na norma, mas em seu sistemático descumprimento, apresentando como solução a ampliação de mecanismos de controle e de sanções que imponham efetiva observância. Afirmou:

Portanto, o antídoto para os gastos excessivos de campanha eleitoral não é declarar a inconstitucionalidade das fontes de financiamento, cuja eliminação formal provavelmente seria imediatamente substituída por suplementação informal e ilegítima, como mostram os exemplos históricos. A solução mais plausível será a imposição de limites de gastos, acompanhada de instrumentos institucionais de controle e de aplicação de sanções, em casos de excessos. E a definição dos limites adequados é questão que não encontra resposta imediata nas normas constitucionais. Cumpre à lei dispor

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650**. Rel. Min. Luiz Fux. p. 133. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em: 06 fevereiro 2021.

a respeito, como, aliás, está previsto no art. 17-A da Lei 9.504/97, introduzido pela Lei 11.300/2006.³⁰⁴

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, sustentou não se poder intitular de democráticos os sistemas políticos nos quais não possibilita a participação do cidadão na tomada de decisões legislativas, em razão da interferência do poder econômico; e finaliza, sustentando que o financiamento por pessoas jurídicas “importa em ofensa aos mencionados princípios constitucionais a disciplina legal a autorizar o financiamento eleitoral e de partidos políticos por pessoas jurídicas privadas”. No que cinge às pessoas naturais, mostrou-se “favorável ao exercício, desde que presentes restrições mais significativas e critérios lineares”.

O Ministro Ricardo Lewandowski, disse que o financiamento da política gera um desequilíbrio no processo político eleitoral, e que a democracia deve ser regida pelo princípio do *one man, one vote*, conferindo-se igual peso e valoração aos votos dos cidadãos. Ressaltou que no artigo 14, § 9º a Magna Carta atribui dever de proteção à legislação infraconstitucional de normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Por sua parte, o Ministro Gilmar Mendes aderiu à divergência, ressaltando a inexistência de previsão constitucional expressa vedando a participação das pessoas jurídicas no sistema eleitoral, sendo atribuída à legislação ordinária a tarefa de regulamentar a matéria.

Após tecer considerações sobre a experiência internacional quanto aos modelos de financiamento de campanhas eleitorais da França, Estados Unidos e da Alemanha, abordou a questão partidária relacionando-a ao financiamento da política, prognosticando a ocorrência de possível confusão entre partidos e o Estado, sustentando “que os partidos devem situar-se entre o Estado e a sociedade, representando a vontade desta na formação da vontade daquele.”, situação a ser evitada.

O ministro fez também um retrospecto histórico e trouxe ao debate duas questões centrais e imprescindíveis à análise do tema, que são: o período em que se

³⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650**. Rel. Min. Luiz Fux. p. 151. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>. Acesso em: 06 fevereiro 2021.

deu o *impeachment* do presidente Collor e o período dos escândalos ocorridos durante a “Operação Lava Jato”, lembrando que embora distintos, ambos se relacionam quando se trata do controvertido tema do financiamento da política e seus reveses. Lembrou que durante o período Collor, com o relatório da CPI do esquema “PC Farias”, época em que a legislação proibia a doação de pessoas jurídicas aos partidos e campanhas eleitorais, ainda assim vultuosas quantias foram destinadas aos partidos ilegalmente, por empreiteiras e grandes empresas.

Ante a tal constatação, mostrou-se evidente à época a necessidade e urgência em se regulamentar e limitar as doações advindas de pessoas jurídicas. Ou seja, verificou-se que a vedação não necessariamente impediu o fluxo de recursos de empresas, mas *a contrario sensu*, acabou por incentivar, promover e até mesmo fomentar a prática do chamado “caixa 2” e investimentos ilegais. Redarguiu o ministro que ao invés de buscar a melhoria da regulamentação legislativa, advoga-se pelo resgate do impedimento outrora instituído, comprovadamente ineficaz.

No que toca à Operação Lava Jato, o Ministro contextualiza a corrupção de um dos principais partidos brasileiros – o dos Trabalhadores (PT) que, segundo revelou a investigação muitas das mais famosas empreiteiras³⁰⁵, corrompiam os agentes

³⁰⁵ Entre as empresas cujos contratos com a Petrobras estão sendo investigados na operação policial por fraude à licitação e formação de cartel, estão a UTC Engenharia S.A., a Andrade Gutierrez S.A., a Construtora Queiroz Galvão S.A., a Construtora OAS Ltda., a Construtora Norberto Odebrecht S.A., a Odebrecht Óleo e Gás S.A. e a Engevix Engenharia S.A. Todas elas realizaram grandes doações ao PT e às campanhas de seus candidatos em 2014. Ao PT, as empreiteiras doaram os seguintes valores, em 2014: “A UTC doou ao PT o montante de **R\$ 10,8 milhões**. A Construtora Andrade Gutierrez S.A. realizou doações no valor total **R\$ 14.680.000,00 (catorze milhões, seiscentos e oitenta mil reais)**. A Construtora Queiroz Galvão S.A. doou **R\$ 10,8 milhões**. A Construtora OAS Ltda. fez doações que somam **R\$ 11.406.000,00 (onze milhões, quatrocentos e seis mil reais)**. A Construtora Norberto Odebrecht S.A. fez doações ao PT que totalizam **R\$ 2,3 milhões**. A Odebrecht Óleo e Gás S.A. doou o valor global de **R\$ 2 milhões**. A Engevix Engenharia S.A. Fez doações no montante de **R\$ 3,6 milhões**”. [...]Ou seja, só no ano eleitoral, temos um total de **R\$ 55,586 milhões** em doações ao partido. E as doações não se limitavam aos anos de eleições gerais. Mesmo em anos em que não havia pleitos, o fluxo de recursos ao Partido manteve-se intenso. No período de 2010 a 2014, OAS, Andrade Gutierrez, Queiroz Galvão, UTC, Camargo Corrêa, Engevix, Norberto Odebrecht Brasil e Norberto Odebrecht doaram ao PT a soma de **R\$ 171.946.000,00 (cento e setenta e um milhões, novecentos e quarenta e seis mil reais)**. E esses recursos circularam para abastecer as campanhas eleitorais. O Diretório Nacional do PT, no período de agosto a outubro de 2014, doou **R\$ 13.655.000,00 (treze milhões, seiscentos e cinquenta e cinco mil reais)** à conta da candidata Dilma Rousseff. Aos candidatos, comitês ou diretórios regionais que concorriam nos estados, o valor do repasse tendo como doador originário uma das empresas investigadas foi da ordem dos **R\$ 53 milhões**. Diretamente à campanha presidencial da candidata Dilma Rousseff, as empreiteiras investigadas doaram o valor total de **R\$ 47,5 milhões**. (destaques no original) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4.650/DF**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>. Acesso em: 06 fevereiro 2021.

públicos para possibilitar contratos com a Petrobrás em fraude às licitações, em que parte dos valores retornariam ao PT em forma de doações.

Depois de tratar brevemente dos modelos de prestação de contas à Justiça Eleitoral – anual e de campanha eleitoral, defendeu que somente será possível reformar o modelo de financiamento de campanha com concomitante modificação do sistema eleitoral, partidário, da legislação eleitoral e ainda, uma reestruturação dos órgãos de fiscalização do processo eleitoral – nas figuras da Justiça Eleitoral e do MPE – de modo a viabilizar e conferir efetividade no controle dos recursos arrecadados.

Concluiu, portanto, ser equívoco “trocar o fracasso atual pelo fracasso pretérito, o que se percebe é que a própria mudança parece parte do projeto de perpetuação do poder, não mediante gestões eficientes, mas por meio do desequilíbrio da concorrência eleitoral.”.

Em síntese, o argumento central do seu voto recai na ausência de políticas institucionais que possibilitem efetivo controle de recursos arrecadados e dos gastos durante a campanha eleitoral. Não entendeu configurada ofensa às normas constitucionais impugnadas, afirmando que: “O que se pretende é manipular a Suprema Corte para aplicar um golpe no processo democrático-eleitoral brasileiro, à revelia do Congresso Nacional, que tem resistido a tais investidas.”.

Em aparte, o Ministro Celso de Mello uniu-se à divergência para entender que os abusos no modelo eleitoral vigente, decorrem da ausência de fiscalização, quer de pessoas jurídicas, quer de pessoas físicas.

Acompanhando o relator a Ministra Rosa Weber afirmou estar presente “densidade normativa suficiente a viabilizar o controle de constitucionalidade” dos preceitos ora impugnados. Redarguiu que “a influência do poder econômico culmina por transformar o processo eleitoral em ‘jogo político de cartas marcadas’, odiosa pantomima que faz do eleitor fantoche, esboroando a um só tempo a cidadania, a democracia e a soberania popular.”.

De todo o exposto, depreende-se que o julgamento da ADI nº 4.650 pela Corte Suprema é reflexo do atual discurso moralizador da política intensificado pelo aumento exponencial de escândalos de corrupção política envolvendo os partidos e pagamentos de propina, como os observados durante a Operação Lava Jato.

Referida ação constitucional promoveu, em síntese, intenso debate hermenêutico de princípios constitucionais como o princípio democrático, republicano

e de igualdade, tendo em vista que a Constituição de 1988 não trata em seu texto uma linha sequer acerca da temática; ou seja, não prevê o financiamento específico das campanhas e nesta senda, a decisão de vedar a participação de empresas no financiamento da política não parece ser a mais acertada para o fim a que se destina, qual seja, o de coibir o abuso e interferência do poder econômico no processo democrático de representatividade popular. Corrobora este posicionamento Ana Cláudia Santano, ao afirmar que

É natural que, diante de problemas muito complexos, como costumam ser os vinculados ao financiamento irregular de partidos e à corrupção, vozes se ergam na direção de uma solução geralmente simplista e pouco reflexiva, indicando um “culpado” para a situação. Neste caso, as doações vindas desde as pessoas jurídicas estão sendo sinalizadas como uma das principais “culpadas” pela corrupção política em muitos sistemas democráticos.³⁰⁶

E finaliza apontando duas consequências imediatas à proibição,

Com a proibição das pessoas jurídicas de realizar doações para partidos e candidatos, dois efeitos podem ser causados de imediato, [...] um deles é, sem dúvida, a interrupção abrupta dessa transferência de recursos para os partidos, deixando-os em uma situação bastante delicada para arcar com os seus compromissos, seu sustento e suas campanhas, ou sem alternativas, já que, como demonstrado, Brasil e Espanha contam muito com poucas opções de arrecadação de recursos. O outro é que, sem ter como afrontar tais custos, com a escassez de dinheiro e com a ausência de medidas objetivas em prol da diminuição do custo da vida política, os partidos não titubearão antes de recorrer às vias irregulares de financiamento. Isto porque a proibição de pessoas jurídicas não está sendo acompanhada por medidas de fomento de doações por pessoas físicas (no caso brasileiro) – como poderia ser o abatimento fiscal de valores –, nem de medidas de fiscalização (no caso espanhol), comprometendo diretamente a transparência e formando um ambiente muito propício para o denominado “caixa 2”, ou o financiamento não declarado. [...] Outra consequência frente à falta de fontes de arrecadação será o aumento do financiamento público de partidos e campanhas, como a única solução possível para manter os partidos ativos.³⁰⁷

Sobre os dois primeiros efeitos apontados pela autora, impossível é concluir de modo diverso. O que se tem por desencadeamento é o aumento do descrédito nas instituições políticas e a corrupção que se procurava inibir. Já sobre a terceira, dito de outro modo, estar-se-ia a promover a realocação do centro de dependência, isto é, “os partidos deixem de depender dos recursos econômicos das empresas e passem

³⁰⁶ SANTANO, 2016. p. 73.

³⁰⁷ Ibid., p. 77/78.

a depender dos recursos públicos [...] causando uma lenta e constante estatização das agremiações partidárias”³⁰⁸.

Após o julgamento da ADI nº 4.650 e aprovação da Lei nº 13.165/2015, proibiu-se doações lícitas de pessoas jurídicas e passíveis de fiscalização sem se preocupar em estabelecer meios inibitórios às doações ilícitas e não declaradas. Ou seja, tolheu-se por absoluto toda e qualquer participação de empresas, mesmo as sem fins lucrativos, o que destoava do contexto democrático hodierno.

Por fim, ressalta-se a dificuldade de controle e a ineficácia de vedações rígidas como a aprovada (tendo em vista que o mesmo que se deu no período Collor e frente a sua ineficácia, alterou-se a legislação). Dessa maneira, entende-se ser mais efetivo um aumento da transparência – beneficiando não somente o Estado no controle da finança dos partidos, mas também possibilitando aos cidadãos acesso a todas as informações atinentes às doações ao partido, conferindo maior esclarecimento e impactando positivamente o momento decisório perfectibilizado pelo voto, do que vedar certa parcela de atores da esfera pública deliberativa.

Defende-se aqui, em que pese a necessária reforma política, que a proibição não foi a mais eficaz para a implementação do regime realmente democrático.

Na conclusão deste subcapítulo, almeja-se a clarificar se o financiamento de campanhas por empresas representa ativismo procedimental ou substancial.

Para tanto, mostra-se imperioso retomar, ainda que por brevidade (pois o tema já foi estudado detidamente no capítulo 3.2 deste trabalho), a diferença entre os conceitos e sua relação com o julgado.

Entende-se por judicialização da política aquilo que “ocorre em junção do comportamento interno ordinário do Poder Judiciário”³⁰⁹, sendo identificada através dos procedimentos judiciais geradores de consequências jurídico-políticas. Em verdade, o que se observa é uma transmutação na atuação do judiciário, que passa a instituir direitos e por esta razão o lócus político desloca-se do legislativo e centraliza-se no Poder Judiciário, explica Vânia Siciliano Aieta.

Corrobora neste sentido, Viana, ao afirmar que,

Além da sua desenvoltura na assunção de papéis políticos, ocupando lugares vazios deixados pelo legislativo, o STF se tem comportado como uma

³⁰⁸ Ibid., p. 78.

³⁰⁹ AIETA, Vânia Siciliano. **Criminalização da Política**: a falácia da “judicialização da política” como instrumento democrático. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. p. 54.

agência de legitimação da judicialização da política, tal como se atesta nos seus julgamentos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade.³¹⁰

E especificadamente no que concerne ao financiamento empresarial de campanhas eleitorais, a questão mostra-se ainda mais complexa quando se observa que para além do embate travado entre Legislativo e Executivo, deve-se incluir na discussão a atuação do Poder Executivo.

De outro viés, a politização do judiciário, como já dito, corresponde à conduta comissiva ou omissiva voltada a influir no processo decisório que pertenceria exclusivamente à arena política. Em outros termos, a politização do Judiciário consiste em uso, pelo magistrados, de sua posição funcional para interferir nos atos a serem praticados pelo Executivo e Legislativo; o que perfectibiliza-se através de sua conduta externa.

Neste diapasão, perlustrando todo o exposto denota-se que a Magna Carta apesar de não optar por um modelo determinado de financiamento dos pleitos eleitorais, vedou expressamente no artigo 14, §§ 9º e 10º à influência do poder econômico, como algo a ser protegido quando da fixação das hipóteses de inelegibilidades. Deste modo, a Lei nº 9.504 ao autorizar em seu artigo 23, a doação por empresas para financiamento das campanhas eleitorais estaria confrontando o texto constitucional.

Poder-se-ia sustentar, ainda, violação aos princípios da igualdade insculpido no *caput* dos arts. 5º e 14º da Constituição Federal, democrático e também republicano estabelecido no *caput* do artigo 1º da Constituição.

No que diz respeito ao primeiro princípio, a violação se dá na medida em que ao permitir que pessoas detentoras de maior poderio econômico, tenham uma maior facilidade de influir nos resultados eleitorais, deliberações e políticas públicas, em outros termos, a violação verifica-se na exacerbação das desigualdades políticas e sociais existentes.

Ainda, reza o princípio da igualdade que deve ser conferido a todos, iguais possibilidades para participar do processo político e, não só, mas também a

³¹⁰ WERNECK VIANNA, Luiz (2008). O terceiro poder na carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. In: Oliven; Ridenti; Marçal Brandão. (Org.). A Constituição de 1988 na vida brasileira. 1 ed. São Paulo: Aderaldo & Rothschild: ANPOCS. p. 106. Apud. RODRIGUES, Theófilo Codeço Machado. **A reforma política pelo judiciário**: notas sobre a judicialização da política na Nova República. Brasília: Revista Brasileira de Ciência Política, nº 28. Abril de 2019. p. 152.

possibilidade de influenciar na formação da vontade coletiva, tal como preconizou Dahl ao estabelecer os critérios para existência de um regime democrático.

Quanto a violação ao segundo princípio – o democrático –, sustenta-se atribuição de igual valor ao voto de cada cidadão, consubstanciado no princípio *one man, one vote*. Assim, não encontra compatibilidade no texto constitucional, modelo de financiamento que confira maior poder de alguns cidadãos em face dos demais.

O regular funcionamento democrático, pressupõe a existência de instrumentos aptos a promover um mínimo de distanciamento entre o poder político e o capital de modo a evitar subversão da política a fins puramente econômicos.

E por fim, quanto ao terceiro princípio – o republicano – que preconiza a responsabilidade jurídico-política dos agentes públicos, atuação voltada ao público e a necessária existência de separação entre o público e privado estaria a ser violado, na medida em que, o financiamento por empresas importaria em pontuais doações e valores expressivos ou por estreitas relações firmadas entre o governo e grandes empresas, tal como se verificou no caso das empreiteiras envolvidas na Operação Lava Jato.

Aprofundando um tanto mais o tema, cumpre esclarecer se esse ativismo se deu de forma substancial ou procedimental. Para isso, retoma-se brevemente o já estudado no subcapítulo 3.3.

Como já explicado anteriormente no chamado substancialismo, o Poder Judiciário seria detentor de uma maior discricionariedade, podendo verificar se determinada norma é ou não inconstitucional para além do mecanismo proposto pela linha procedimental. O juiz iria além, analisando a essência da norma, via confronto com os princípios constitucionais, de modo a justificar a não aplicação por um juiz de determinada norma. Defende-se, portanto, que ao Poder Judiciário é admitida a análise principiológica e a retirada da lei do mundo jurídico, se incompatível com o texto constitucional.

O procedimentalismo analisa o Controle de Constitucionalidade realizado pelo Judiciário à luz do princípio democrático. Para esta corrente, uma determinada norma será constitucional, devendo ser preservada, quando elaborada pelo povo, refletindo efetivamente a vontade popular. Funda-se na defesa do procedimento, privilegiando e garantindo participação política e processos justos de deliberação. Sintetiza Streck:

As posturas *procedimentalistas* não reconhecem um papel concretizador à jurisdição constitucional, reservando para esta apenas a função de controle das “regras do jogo” democrático; já as posturas *substancialistas* reconhecem o papel concretizador e veem o Judiciário com um *locus* privilegiado para a garantia do fortalecimento das democracias contemporâneas.³¹¹

Com esta distinção em mente, conclui-se que a decisão em comento representa claro ativismo substancial, na medida em que, parte de um processo hermenêutico de interpretação de cláusulas abertas da Constituição – os princípios democrático, republicano e de igualdade – à guisa de se estar concretizando direitos fundamentais, na verdade acaba por se substituir ao Poder Legislativo, a quem estaria incumbida a tarefa de disciplinar a matéria.

Perlustrando o exposto, parece não ser aconselhável promover a reforma do sistema eleitoral via decisões judiciais, posto que estas acabam por gerar instabilidade e profunda insegurança jurídica; ao contrário da qualidade dos debates travados no Parlamento, em suas comissões e audiências públicas, além de representar evidente usurpação de competência constitucionalmente centralizada na figura do Poder Legislativo em muito extrapola os limites constitucionais, vez que, seu texto nada estabelece quanto a (im)possibilidade de doações por empresas privadas, limitando-se a vedar, como dito anteriormente, à influência do poder econômico sobre os pleitos, nos termos do art. 14, § 9.

4.4 AUTOCRACIA JUDICIAL?

Os casos aqui estudados permitem concluir que o preceito de que só cabe à lei instituir direitos e deveres (artigo 5º, II da Constituição Federal) por vezes é afastado com maior ênfase na seara eleitoral; e que o Poder Judiciário, nas figuras do Tribunal Superior Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal vêm decidindo *contra legem et constitutionem*, em desafio ao espírito da norma idealizada pelo legislador constitucional ao esculpir na atual Carta Magna³¹².

A Justiça Eleitoral por decidir matérias sensíveis à toda a coletividade, dá ensejo a inseguranças jurídicas que, pela sua importância, acabam sendo revistas pela Corte Suprema, já que promovem alterações na aplicação da legislação eleitoral

³¹¹ STRECK, 2014. p. 52.

³¹² FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **Da democracia de partidos à autocracia judicial**: O caso brasileiro no divã. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2020. p. 301.

por vezes às vésperas do pleito, modificando significativamente as regras do jogo democrático.

Para melhor compreender a atuação da Justiça Eleitoral e as decisões por ela proferidas, imperioso é trazer à lume, ainda que brevemente, o histórico das suas funções típicas e atípicas no seio do Poder Judiciário.

A Justiça Eleitoral, cumulativamente, exerce funções *administrativas, judicantes*³¹³, *regulamentares* e *consultivas*.

De pronto é possível identificar o entrelaçamento destas funções que, segundo Roberta Gresta, é explicável pela sensibilidade em se promover a delimitação das competências da Justiça Eleitoral partindo das fronteiras entre a cidadania e a estatalidade:

...no caso do processo eleitoral, a instituição constitucional à qual se atribui precipuamente a competência decisória não se encontra no âmbito da estatalidade, mas, sim, da cidadania. A formação de mandatos eletivos, na democracia, é o modo pelo qual o eleitorado adjudica a cidadãos específicos o *status* de agentes públicos, incumbindo-lhes do desempenho das funções estatais de governo e representação. Constitui, portanto, ato de exercício do poder político-jurídico. [...] Os limites do controle-garantia sobre o processo de formação de mandatos eletivos demarcam mais que a esfera de interação recíproca entre órgãos estatais; demarcam as fronteiras entre a cidadania e a estatalidade. Para que não ocorra um avanço, ilegítimo, sobre o espaço de atuação da cidadania, os órgãos de controle do processo eleitoral não podem praticar ato para o qual não são competentes ou tampouco ato em desconformidade com o traçado formal e conteudístico da competência recebida.³¹⁴

A *atividade normativa* da Justiça Eleitoral está presente no seu poder regulamentador que segundo pondera Frederico Franco Alvim - “trata-se de função estranha aos demais órgãos de administração judicial, que confere ao Tribunal Superior Eleitoral uma destacada nota de particularidade.”³¹⁵. Esta função normativa possibilita, por exemplo, ao TSE “expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código” com supedâneo no artigo 23, IX do Código Eleitoral, e “todas

³¹³ Define Zilio: “A atividade administrativa da Justiça Eleitoral se revela através da organização e administração do processo eleitoral (*lato sensu*). Assim, é a atribuição da Justiça Eleitoral a administração do cadastro de eleitores, procedendo aos atos de alistamento e transferência, revisão do eleitoral, designação de locais de votação, criação de seções eleitorais e Zonas Eleitorais, nomeação e convocação de mesários e escrutinadores. [...] A atividade julgadora da Justiça Eleitoral ocorre através da resolução de conflitos na esfera especializada, precipuamente através do julgamento das ações eleitorais – seja no aspecto cível ou penal.”. ZILIO, 2020. p. 65.

³¹⁴ GRESTA, Roberta Maia. **Teoria do Processo Eleitoral Democrático**: A formação dos mandatos a partir da perspectiva da cidadania. 2019. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 126/127.

³¹⁵ ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p.69.

as instruções necessárias à execução desta Lei, ouvidos previamente, em audiência pública, os delegados dos partidos participantes do pleito”, segundo a inteligência do artigo 105 da Lei das Eleições e, de igual modo, o artigo 61 da Lei dos Partidos Políticos.

Trata-se, portanto, de meio para concretização das normas que, dado seu caráter subsidiário, encontra limites na legislação da qual são acessórias.

Deste modo, infere-se que o poder regulamentar exercido pela Justiça Eleitoral tem por natureza o princípio da legalidade constitucionalmente delineado; e que suas regulamentações têm por finalidade a especificação do processo executório e o desdobramento das minúcias do contexto legal dos atos legislativos.

Estabelece a Constituição Federal em seu artigo 22, I, competir privativamente à União legislar sobre “direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”; e, sendo privativa esta competência, não pode ser delegada a qualquer outro ente federativo.

Na prática, ocorre a inobservância desta competência privativa, notadamente em anos eleitorais, quando o Tribunal Superior Eleitoral, ao argumento de estar cumprindo as suas funções, costuma ultrapassar os limites do seu poder regulamentador e conferir novos contornos ao pleito eleitoral.

O fato de o Regimento Interno do TSE prever que qualquer de seus acórdãos pode se transformar em ato regulamentar (Res. nº 23.308/10³¹⁶) evidencia claro ânimo de inovar a ordem jurídica; isto sem perder de vista a não submissão das suas resoluções à previsão da anualidade aplicável à legislação eleitoral, conforme prevê o artigo 105 da Lei das Eleições.

Constata-se que tal competência não tem previsão constitucional, mas na Lei das Eleições, no Código Eleitoral e na Lei dos Partidos Políticos.

Portanto, o que se denota na prática é a realização de uma atividade “de natureza legislativa enfeixada nas atribuições da Justiça Eleitoral”³¹⁷.

Sobre as chamadas Resoluções do TSE, Frederico Franco Alvim esclarece:

³¹⁶ Resolução responsável por alterar o § 3º do artigo 25 do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, que dispõe sobre a lavratura de acórdãos e resoluções do Tribunal. Passando a contar com a seguinte redação: “§ 3º Os feitos serão numerados, e as decisões serão lavradas sob o título de acórdão, reservando-se o termo resolução àquelas decisões decorrentes do poder regulamentar do Tribunal e nas hipóteses em que o Plenário assim o determinar, por proposta do Relator.”. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2010/RES233082010.htm>>. Acesso em: 06 fevereiro 2021.

³¹⁷ FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **Da democracia de partidos à autocracia judicial**: O caso brasileiro no divã. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2020. p. 310.

Malgrado desempenhem papel de relevo no aperfeiçoamento do processo eleitoral, as resoluções possuem atuação reduzida, uma vez que encontram as seguintes limitações: (a) *limitação de caráter material*: como possuem *status* de lei ordinária, não podem tratar de matérias que a Constituição reserve a lei complementar, como as referentes a inelegibilidades e organização da Justiça Eleitoral; (b) *limitação de caráter lógico*: consistente no fato de que, não obstante revistam-se de força de lei, seu caráter regulamentar não permite que possam contrariá-la; (c) *limitação de caráter político*: traduzido na proibição de que a Corte Superior, substitua a função acometida pela Constituição ao Poder Legislativo, sob pena de violação ao princípio republicano; e (d) *limitação temporal*: por terem de ser expedidas até o limite máximo de 5 de março do ano eleitoral.³¹⁸

Ainda que esta opinião encontre alguns entusiastas na doutrina, o fato é que esta função regulamentar, de natureza “quase legislativa”, carrega em si algum grau de usurpação de competência, máxime quando ao invés de limitar-se a regulamentar e explicitar os conteúdos da legislação eleitoral, acaba por alterar as regras do jogo democrático, causando intensa insegurança jurídica.

Outro ponto digno de nota é o da impossibilidade de submissão das resoluções do TSE ao controle de constitucionalidade, pois em caso de extrapolação dos limites previstos no artigo 105 da Lei das Eleições, estar-se-ia diante de uma hipótese de ilegalidade e não de inconstitucionalidade³¹⁹. Como consequência, depreende-se que a excessiva proatividade da Justiça Eleitoral acaba por influir e alterar significativamente o jogo democrático, como acentua Marcelo Ramos Peregrino Ferreira citando Vitor Marchetti, explicando os efeitos desta atuação excessiva:

O modelo de governança eleitoral conferiu tanta força e blindagem ao organismo eleitoral que este foi capaz de reformar as regras do jogo

³¹⁸ ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 70.

³¹⁹ Sobre este ponto, explica Alvim que por se tratar de ato normativo secundário, restam hierarquicamente subordinadas às leis as quais venham a regulamentar, sendo este ponto, objeto de discussão travada na ADI n. 2.628/DF: **“Ação Direta de Inconstitucionalidade. [...] Ato Normativo Secundário. Violação Indireta. Impossibilidade do controle abstrato de constitucionalidade. Tendo sido o dispositivo impugnado fruto de resposta à consulta regularmente formulada por parlamentares no objetivo de esclarecer o disciplinamento das coligações tal como previsto pela Lei 9.504/97 em seu artigo 6º, o objeto da ação consiste, inegavelmente, em ato de interpretação. Saber se esta interpretação excedeu ou não os limites da norma que visava integrar, exigiria, necessariamente, o seu confronto com esta regra, e a Casa rem rechaçado as tentativas de submeter ao controle concentrado de legalidade do poder regulamentar. Precedentes: ADI 2.243, Rel. Min. Marco Aurélio, ADI 1.900, Rel. Min. Moreira Alves, ADI 147, Rel. Min. Carlos Madeira. Por outro lado, nenhum dispositivo da Constituição Federal se ocupa diretamente de coligações partidárias ou estabelece o âmbito das circunscrições em que se disputam os pleitos eleitorais, exatamente, os dois pontos que levaram à interpretação pelo TSE. Sendo assim, não há como vislumbrar, ofensa direta a qualquer dos dispositivos constitucionais invocados. Ação direta não conhecida. Decisão por maioria.”** (grifos e destaques no original). ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 71.

competitivo, afetar as preferências partidárias e interferir nas estratégias competitivas mesmo por meio de um instrumento jurídico bastante precário: as consultas.³²⁰

E conclui, Ferreira, que as Resoluções do TSE,

vestidas de normatividade exorbitante, transformaram-se de poder regulamentar necessário, para um poder normativo e excessivo protagonizado pelo mesmo ente que há de aplica-las, por meio do exercício da jurisdição eleitoral, em flagrante desrespeito à regra de antanho trazida por Montesquieu sobre as consequências da cumulação desenfreada de poder em um órgão determinado.³²¹

Por outro lado, ainda uma segunda função atípica da Justiça Eleitoral merece destaque: a “consulta”. Dada a sua natureza “quase legislativa” esta também dá origem a várias alterações na legislação eleitoral.

A “consulta” tem por objetivo o esclarecimento de dúvidas sobre o entendimento da Corte Superior Eleitoral sobre determinada matéria; e conforme explica Zilio, a razão justificadora das consultas se deve às “alterações na composição das Cortes Eleitorais, por força dos mandatos bienais, com possibilidade de oscilação no entendimento pretoriano”³²².

O Código Eleitoral estabelece como competência privativa do TSE “responder sobre matéria eleitoral às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político” (art. 23, XII do CE); e, dos TREs “responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas, em tese, por autoridade pública ou partido político” (art. 30, VIII do CE).

Segundo Alvim, para que as consultas sejam reputadas válidas, é necessário o preenchimento de três requisitos legais: a) do consultante; b) a veiculação de matéria eleitoral; e, c) a ausência de ligação com o caso concreto”³²³.

A seguir, destacam-se alguns pontos dignos de maior atenção: primeiro, a vagueza que permeia os requisitos retro citados; segundo, a inexistência de vinculação legal, ainda que as respostas objeto das consultas sejam constantemente

³²⁰ MARCHETTI, Vitor. O “Supremo Tribunal Eleitoral”: a relação entre STF e TSE na governança eleitoral brasileira. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 161/178, out./dez. 2011. Apud. FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **Da democracia de partidos à autocracia judicial**: O caso brasileiro no divã. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2020. p. 315.

³²¹ Ibid.

³²² ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 65/66.

³²³ ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 71.

utilizadas em fundamentação de decisões judiciais; terceiro, a possibilidade de antecipação de interpretação da legislação das eleições a serem realizadas; e, quarto, o desrespeito da regra da anualidade prevista no artigo 16 da Constituição Federal³²⁴.

Como se percebe, as únicas restrições a tal instituto são de natureza processual, recaindo sobre a legitimidade ativa do consultante. Afinal, o pedido de consulta deve ser realizado por autoridade federal (presidente, procurador-geral eleitoral, governadores, senadores, deputados federais, membros do tribunais regionais eleitorais) ou por partidos políticos; e possui limitação material, pois devem ser feitas sem conexão com casos concretos, a fim de que as respostas do tribunal sejam abstratas e generalizadas.

Adverte Marcelo Ramos Peregrino Ferreira sobre o uso indiscriminado das consultas:

A Justiça Eleitoral possui e faz uso de competências que nenhum órgão do Poder Judiciário nacional ostenta: a antecipação, em procedimento sumário, sem a participação de terceiros, de conteúdos sobre os quais poderia se debruçar, sob a forma de apreciação de um caso específico, convertendo a consulta em meio de subversão da jurisdição. E veja-se que se cuida de matéria figadal importância para República, as eleições, o poder em estado bruto de transformação. E muito embora o objeto e os meios de atuação sejam sem precedentes, poucos são os mecanismos de contenção legal ou jurisprudencial do eventual abuso desses imensos poderes centralizados no ordenador das eleições.³²⁵

A função consultiva e regulamentar extrapola, portanto, as funções típicas do Poder Judiciário Eleitoral.

Alguns casos já estudados informam o confronto e o desvirtuamento do modelo constitucionalmente delineado destas funções atípicas da Corte Especializada, demonstrando clara turbação do “modelo legiferante nacional fundado na força da criação do direito pela estrutura partidária”³²⁶.

Na sequência, será examinado o postulado da separação de poderes/funções, para que se torne possível verificar a compatibilidade das funções atípicas desempenhadas pela Justiça Eleitoral com os ditames constitucionais.

Como já visto, a noção de separação de poderes engendrada por Montesquieu visava a materialização da desconcentração por meio da divisão do poder central em

³²⁴ FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **Da democracia de partidos à autocracia judicial**: O caso brasileiro no divã. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2020. p. 316/318.

³²⁵ Ibid., p. 322/323.

³²⁶ Ibid., p. 324.

três funções. O Legislativo seria o poder responsável pela feitura das leis; o Executivo, responsável pela execução destas leis e a promoção das políticas públicas nelas definidas; e, por fim, o Judiciário, seria o responsável pelo julgamento das leis.

Neste modelo, o Judiciário, diferentemente dos poderes Legislativo e Executivo, é o único desconstituído de representação política. No Legislativo elegem-se deputados, senadores e vereadores; e, no Executivo, Presidente, Governadores e Prefeitos. Já o Poder Judiciário é composto por membros escolhidos através de concursos públicos.

Neste sentido, a interdependência criada entre as três funções presta-se a limitação e fiscalização mútua, o chamado sistema de *checks and balances*, responsável por afastar o abuso do poder sem freios e, conseqüentemente, evitar a tirania. Resume Montesquieu:

Não há liberdade, ainda, se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se fosse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos particulares.³²⁷

Portanto, a separação idealizada por Montesquieu pauta-se na delimitação dos poderes do Estado a fim de conferir legitimidade à Lei, e é nisto que recai a imperiosidade de sua observação por parte do aparato institucional.

Ocorre que com a universalização dos direitos humanos paulatinamente positivados nas Constituições que seguiram este modelo, foi sendo afastado o paradigmático formalismo jurídico anterior, onde se previa somente normas procedimentais e distribuição de competências, para se inserir no texto constitucional também conteúdo substancial que extravasa as funções do Judiciário, permitindo o denominado ativismo judicial, de sorte a fazer frente à imensa gama de direitos constitucionalmente positivados e tutelados.

A complexidade da discussão aumenta quando se fala no mecanismo de *judicial review*, ou controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário.

³²⁷ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Helena Barbosa. São Paulo: Cultura, 1945. v. I, p. 206.

O ambiente é claramente de tensão redobrada com as novas atribuições do Poder Judiciário. Aquela distinção clássica da separação de poderes sofre em indefinição e, ao mesmo tempo, agigantam-se as atribuições judiciais de guardar a Constituição, mesmo da afronta da maioria, mesmo do presente em relação ao passado (pela barreira das cláusulas pétreas e como Ulisses preso no mastro para resistir ao canto das sereias), de novidades que contradigam o disposto no documento original. O desequilíbrio daquelas funções, em favor do Poder Judiciário se faz sentir, muito em razão da força histórica do Estado Constitucional.³²⁸

Infere-se que a inexistência de parâmetros aptos a limitar a atuação do Poder Judiciário torna a política passível de judicialização, outorgando às Cortes Constitucionais o papel de verdadeiros atores no processo de alteração das regras da competição democrática.

O ativismo judicial em matéria eleitoral mostra-se ainda mais preocupante, dada a sua conotação de interferência indevida na formação da vontade estatal, com repercussão direta na política. Exemplo desta intromissão é o controle de constitucionalidade do financiamento da política estudado anteriormente (no capítulo 4.3), quando decidiu-se pela inconstitucionalidade do financiamento das campanhas por pessoas jurídicas. Para além de repercutir diretamente nos contornos políticos do País, o ativismo representa um desequilíbrio do poder político ainda mais nocivo do que a interferência na vida comum.

Há uma desorganização da feição do Poder que passe neste ambiente de subversão de funções, não mais a ser exercido pelos partidos políticos organizados, como intermediários da Sociedade com vistas às eleições livres, mas por juízes e tribunais munidos de certa retórica sobre a sua “neutralidade de independência político-partidária”, como se arrogava Carl Schmitt, sobre o novel papel do Presidente do Reich.³²⁹

Feitas estas considerações, há ainda que se confrontar as novas delimitações conferidas ao Poder Judiciário com o conceito de democracia para, de igual modo, verificar as suas conformidades com os ditames constitucionais.

Estabelece a Constituição Federal em seu artigo 1º, parágrafo único, que todo poder emana do povo, em concretização ao princípio democrático. Dada a sua relevância, não só a Constituição positivou em seu texto a vontade popular como cerne do Estado Democrático, mas também a Declaração Universal dos Direitos do

³²⁸ FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **Da democracia de partidos à autocracia judicial**: O caso brasileiro no divã. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2020. p. 332.

³²⁹ Ibid., p. 335.

Homem (artigo XXI), o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Carta Interamericana.

Sustenta Mezzaroba que a democracia relaciona-se à liberdade como condição para autodeterminação política “concebida fundamentalmente como forma de participação ativa do sujeito na formação da vontade coletiva.”³³⁰.

Nesta senda, o conceito de democracia contrapõe o de autocracia, e sobre essa distinção afirma Norberto Bobbio:

Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais *procedimentos*. Todo grupo social está obrigada a tomar decisões vinculatórias para todos os membros com o objetivo de promover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente. Mas até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide). Por isto, para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos.³³¹

Deste modo, o exercício da soberania popular perfectibiliza-se através de representantes eleitos, transformando-se em “supremacia parlamentar” na qual os partidos passam a representar e intermediar os interesses sociais. O modelo oposto é a autocracia – do grego, *autokrates*; *autos*, significando “por si”; e, *kratos*, “poder” – , isto é, um governo por si próprio.

Um governo tido autocrático não leva em consideração a importância da política do processo deliberativo e democrático ou da própria legitimação das decisões, pois isto decorre do próprio ato do governante, como explica Ferreira ao conceituar “autocracia”, partindo do relatório V-DEM:

“qualquer significativa e substancial piora na escala da democracia liberal. É uma questão de grau e um fenômeno que pode ocorrer tanto em democracias como em autocracias. Então autocratização é um termo guarda-chuva que cobre tanto a erosão em países democráticos (*democratic backsliding*), quebra da democracia, bem como a piora das condições em países com eleições autoritárias. Semanticamente, significa o oposto de democratização,

³³⁰ MEZZAROBA, Orides. **Introdução do Direito Partidário Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 154/155.

³³¹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1997. p. 17.

descrevendo qualquer movimento de distanciamento de uma democracia integral.”³³²

A principal diferença entre governos autocráticos e democráticos é que este último privilegia o debate das mais distintas fontes, o que traz como consequência a imposições de decisões como fruto de deliberação coletiva, com ampla participação cidadã, tal como preconizou Dahl em sua obra: “Sobre a Democracia”. Defende o Autor que para se atingir um sistema plenamente democrático, a participação efetiva deveria conferir a todos os membros oportunidades iguais e efetivas para fazer com que os outros conheçam as suas opiniões, conforme estudado com profundidade no subcapítulo 2.3 deste trabalho.

Neste contexto, os partidos políticos, além de imprescindíveis ao Estado e às instituições, conferem legitimidade ao poder constituído via participação cidadã, representando a ascensão das camadas mais populares ao poder ou, como diz Leibholz, o que garante ao povo “existência política”³³³.

É a soberania popular quem confere legitimidade aos atos governamentais e à intervenção estatal na vida privada. Como assevera Habermas³³⁴ em sua obra “Direito e Democracia entre facticidade e validade”, pelo princípio da soberania popular o poder político não apenas emana do povo, mas é fruto do “poder comunicativo dos cidadãos”, concretizado através do Parlamento³³⁵.

Por sua vez, assevera Elival da Silva Ramos:

Não se pode deixar de registrar mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o que tanto pode ter o produto de legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de

³³² Democracy Facing Global Challenges, V-DEM Annual Democracy Report 2019, University of Gothenburg. Disponível em: < https://www.v-dem.net/media/filer_public/99/de/99dedd73-f8bc-484c-8b91-44ba601b6e6b/v-dem_democracy_report_2019.pdf>. Apud. FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **Da democracia de partidos à autocracia judicial: O caso brasileiro no divã**. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2020. p. 332.

³³³ Marcelo Ramos Peregrino. **Da democracia de partidos à autocracia judicial: O caso brasileiro no divã**. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2020. p. 342.

³³⁴ HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 172/173 e 213/2014.

³³⁵ Marcelo Ramos Peregrino partindo da obra de Gerard Leibholz explica que o processo legislativo “enuncia a grande vantagem dos debates parlamentares e dos compromissos ali firmados”. Pois entende-se que através de conflitos e compromissos firmados quando da feitura da lei é que se permite “o atingimento de uma ‘maior equanimidade’, uma vez que expostos e debatidos, à exaustão, os interesses em contradição” é que se ganha em qualidade na composição dos interesses conflitantes ao elaborar a lei. FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **Da democracia de partidos à autocracia judicial: O caso brasileiro no divã**. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2020. p. 345.

controle de constitucionalidade), quando o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.³³⁶

Neste contexto, além de obstaculizar a atuação do Poder Legislativo, o ativismo judicial fere severamente a liberdade política, segundo a qual “os cidadãos podem participar das leis, por meio de instituições e procedimentos que asseguram um cenário pluralista e aberto de debate, de modo a influenciar e, verdadeiramente, constituir a vontade do Estado”³³⁷.

A Justiça Eleitoral, segundo vem demonstrando a história, transvestiu-se de poder moderador ocultando sua veia autocrática e atuando, no mais das vezes, com protagonismo exacerbado e quase nenhuma neutralidade, ao argumento de mediadora e moderadora do processo eleitoral; culminando por discipliná-lo de modo anômalo e não raro, por razões escusas.

Nesta conjuntura, o Poder Judiciário acaba por deixar de exercer as suas funções constitucionais para exercer atividade legislativa, rompendo a autonomia até então existente entre o Direito e a Política, pautado na interpretação principiológica da “vontade única do sentimento de justiça, moralidade, republicano ou qualquer outro valor do juiz constitucional”³³⁸.

Os julgados analisados neste trabalho evidenciam o protagonismo perpetrado pelo Poder Judiciário sem que isso representasse defesa ou efetivação dos direitos políticos. De modo contrário, deu origem pura e tão somente a uma anômala substituição dos postulados delineados na Constituição Federal pela vontade dos magistrados. Adverte Jorge Reis Novais:

sob pena de violação dos seus limites funcionais, a eventual decisão judicial de invalidação da decisão política dos titulares do poder político só é legítima quando, por um lado, se baseia nos valores substantivos constitucionais – os direitos fundamentais – e, por outro, pode ser fundamentada segundo parâmetros jurídicos objetivos e não enquanto formulação e concretização de uma política alternativa à do legislador democrático, para que o juiz constitucional careceria da necessária legitimidade.³³⁹

³³⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros Dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 129.

³³⁷ FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **Da democracia de partidos à autocracia judicial**: O caso brasileiro no divã. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2020. p. 346.

³³⁸ Ibid., p. 349.

³³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: Trunfos Contra a Maioria; Coimbra: Coimbra, 2006. p. 59.

O Judiciário Eleitoral, na figura do Tribunal Superior Eleitoral, além de proferir decisões ativistas, tornou-se ator central no processo eleitoral, ao estabelecer quais serão os candidatos passíveis de votação, e ainda, dentre os escolhidos, quais deles efetivamente exercerão os mandatos para os quais foram eleitos; e isto porque compete-lhe também o julgamento das ações de impugnação de mandatos e registros.

Dito de outro modo, as decisões que deveriam ser tomadas em observância e respeito à soberania popular passam, na prática, a serem objeto de casuísmos patrocinados por “órgãos de classe, Tribunais de Contas e, em última análise, pelo Poder Judiciário”³⁴⁰.

Nos julgados analisados citou-se a título exemplificativo as alterações promovidas pelo Poder Judiciário, a inadmissão da cláusula de desempenho, a verticalização das coligações partidárias, o fim do financiamento das campanhas por pessoas jurídicas - alteração ocorrida em desacordo com previsão constitucional.

Em que pese tratar-se de medidas visando a diminuição do custo com financiamento da política, aumento da representatividade e combate à corrupção, mostram-se elas ineficientes, culminando por restringir direitos políticos e aumentar a insegurança jurídica, por afastamento da previsibilidade – posto que o pleito é orientado de acordo com a orientação e composição da Corte Eleitoral.

Tudo isto informa uma profunda desconfiança por parte do Judiciário tanto nas leis quanto da política a justificar tamanha atuação proativa no âmbito eleitoral. Na prática, esta interferência demasiada acaba promovendo verdadeira crise de representatividade que, ao invés de ser sanada no *locus* adequado – o Parlamento e com a participação dos cidadãos, realiza-se “por força autocrática da judicatura”³⁴¹.

Há, igualmente, um deslocamento do centro de produção da vontade estatal que deixa o seio conflituoso e necessário do paradigma da democracia de partidos, materializado pelo Parlamento e pela Lei, para se fixar nas decisões do Poder Judiciário, em burla direta do processo dialógico do Legislativo.³⁴²

Quanto às alterações promovidas pelo Judiciário, o Ministro Gilmar Mendes do STF pontuou quando do julgamento da ADI nº 4.560/DF:

³⁴⁰ FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **Da democracia de partidos à autocracia judicial**: O caso brasileiro no divã. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2020. p. 351.

³⁴¹ Ibid., p. 352.

³⁴² Ibid., p. 354/355.

O que houve, portanto, foi a absorção de um projeto de poder, defendido por um partido que já se confundia com o Estado brasileiro, por parte da sociedade civil organizada, no caso pela OAB. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil adotou a proposta e a apresentou ao Supremo Tribunal Federal. [...] Essa colocação tem a virtude de ressaltar que a jurisdição constitucional não se mostra incompatível com um sistema democrático, que imponha limites aos ímpetos da maioria e discipline o exercício da vontade majoritária. Ao revés, esse órgão de controle cumpre uma função importante no sentido de reforçar as condições normativas da democracia.³⁴³

À vista disso, depreende-se que o modelo autocrático de judicatura não possui poder popular e que as decisões políticas de maior relevância para o corpo coletivo deixam de ser formadas, partindo de um compromisso de conflito de interesses para ser estabelecido “nos gabinetes e sob as togas ilustradas dos tribunais, ao argumento da distância salutar da política para salvar a democracia da *manipulação* e *parcialidade* dos órgãos eleitos, egoístas destinatários das leis por si elaboradas.”³⁴⁴. Dentro deste cenário, exclui-se o povo do processo de formação das leis e verdadeiramente anula-se, via de consequência, o cerne de um Estado Democrático de Direito, assim como a soberania popular.

Em conclusão, esta inserção do Poder Judiciário no jogo político culmina por mitigar a qualidade das decisões judiciais, eis que ao invés da construção de uma jurisprudência sólida, inequívoca e conforme com o texto constitucional, passa a ocupar-se de conjunções políticas e da abrangência de cada decisão na nova função representativa.

Nesta conjuntura, lamentavelmente, os tribunais transformam-se em Parlamentos, seus juízes em candidatos e o conjunto de decisões uma Babel sem meada, numa fragmentação débil, frágil e caprichosa, de acordo com as circunstâncias políticas que levam em consideração “pedidos de vista”, julgamentos de acordo com o colegiado “do dia” e uma manipulação grosseira da pauta de julgamentos.

³⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650**. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>. Acesso em: 06 fevereiro 2021.

³⁴⁴ FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **Da democracia de partidos à autocracia judicial**: O caso brasileiro no divã. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2020. p. 356.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Visou o presente trabalho de conclusão de curso, reforçar e auxiliar na compreensão da convergência dos aparatos institucionais de um Estado tido democrático. Centrou-se para este fim, como elementos imprescindíveis ao exercício da soberania popular, no estudo dos partidos políticos e na análise da atuação das Cortes Constitucional e Eleitoral em prol dos postulados democráticos.

No primeiro capítulo, discorreu-se acerca do surgimento e evolução conceitual do termo “soberania”; analisando as diversas teorias desenvolvidas sobre o seu significado até o momento da legitimação do seu conceito como “soberania popular”. Analisou-se os direitos políticos constitucionalmente delineados como instrumentos aptos a garantir a participação política dos eleitores no processo eleitoral e, por fim, estudou-se detidamente o conceito de democracia e os critérios exigíveis em um governo democrático à luz da obra de importante cientista político, Robert A. Dahl.

Concluiu-se nesta primeira parte que, a soberania popular – observados os sistemas majoritário e proporcional – além de positivada no texto constitucional em seu art. 1º; bem como, tendo sido estabelecidos os instrumentos pelos quais se efetiva (artigo 14 da CF); representa a fonte legítima de poder e limitação de atuação do Estado, cuja materialização ocorre por intermédio do sufrágio, que desencadeia a transmissão de mandatos temporários aos representantes eleitos, devendo estes, atuar representando os interesses e promovendo a defesa dos direitos do povo.

Partindo da obra de Dahl, estudou-se a importância da *demokratia*, o surgimento do sistema de *check and balances* e da repartição de poderes de modo a limitar a atuação estatal, além de possibilitar aos entes federativos, fiscalização mútua.

Ponto imprescindível deste capítulo inicial recai no estabelecimento de cinco critérios elencados pelo autor, como indispensáveis para uma efetiva democratização, que são: participação efetiva, igualdade de voto, aquisição de entendimento esclarecido, exercício do controle definitivo do planejamento e inclusão dos adultos.

Para Dahl, tal qual sustentou-se neste trabalho, as decisões políticas governamentais devem ser controladas por funcionários constitucionalmente eleitos pelo corpo político, isto é, pelo povo, e não por magistrados não eleitos e que não representam a vontade popular.

Evidenciou-se, ainda, por meio do estudo desta obra, a importância dos textos constitucionais aos governos democráticos na medida em que proporcionam

estabilidade às instituições políticas, protegendo direitos fundamentais das majorias e das minorias, assegurando a neutralidade do processo seletivo e responsabilizando os líderes políticos pelas decisões tomadas, assegurando uma justa representação e o consenso informado. Além disto, garantem eficácia e competência ao governo para tratar de problemas e questões importantes dos cidadãos; transparência, abrangência, flexibilidade e, ao satisfazer os demais critérios, afere a legitimidade e a lealdade entre os cidadãos e as elites políticas.

Neste sentido, imperiosa se mostra a promoção da compreensão esclarecida segundo a qual, o cidadão deve ter iguais e efetivas oportunidades de conhecer políticas alternativas e pertinentes, bem como suas consequências, face a complexidade que as questões políticas assumem com o passar dos anos. É somente por meio da capacitação do cidadão que este consegue se envolver de forma inteligente na vida política.

Noutros termos, é através do entendimento esclarecido que se garante ao povo, em um regime democrático, um mínimo de informações e esclarecimentos quanto às políticas públicas, para que consigam os eleitores deliberar sobre as melhores opções.

Tendo sido referida temática objeto de discussão no julgamento da ADI-MC 839/DF, ocasião em que a Corte Suprema entendeu ser de suma importância a promoção da educação do povo para a democracia, bem como o fornecimento de meios para o esclarecimento dos eleitores a cada pleito ou consulta, de modo a despertar no corpo coletivo a consciência do dever cívico e do seu direito inalienável: “a educação para a democracia, não pode, ademais, ser obra, apenas, das campanhas eleitorais ou dos momentos de consulta popular em geral.”.

Neste sentido, para que um regime seja tido como democrático, Dahl reforça que não basta somente a conceituação de tais princípios democráticos na constituição do Estado, sendo necessário que as instituições proporcionem e protejam efetivamente oportunidades e direitos democráticos essenciais. Do contrário, representariam mera fachada para governos autoritários.

Sistematicamente, as vantagens do governo democrático em detrimento de qualquer outro não democrático, são: impede o governo de autocratas cruéis e perversos; garante aos cidadãos direitos fundamentais não proporcionados por governos não democráticos; assegura aos cidadãos maior liberdade individual; protege interesses fundamentais; proporciona uma oportunidade máxima para os

indivíduos exercitarem a liberdade de autodeterminação; proporciona o exercício da responsabilidade moral; promove o desenvolvimento humano de forma mais plena; promove maior igualdade política entre os cidadãos; não lutam umas com as outras e, por fim, tendem a ser mais prósperos que países com governos não democráticos.

Nesta senda, o presente trabalho defende a educação como forma de capacitar os cidadãos para exercício da vida pública, tal como sustentou Dahl ao ponderar: “[...] e a educação cívica não exige apenas a escola formal, mas também a discussão pública, a deliberação, o debate, a controvérsia, a pronta disponibilidade de informação confiável e outras instituições de uma sociedade livre.”.

Sendo lógico redarguir que caso as instituições destinadas ao fim de capacitá-los estejam fragilizadas, além do dever de reforçá-las, deve-se oferecer aos cidadãos alternativas que oportunizem o desenvolvimento de suas competências para o regular exercício de seu direito de cidadania, constitucional e infraconstitucionalmente garantido.

Observou-se que tanto mais desenvolvidas e presentes as condições para um governo democrático, em menor quantidade será exigida a intervenção do Judiciário no governo, na medida em que se favorece o desenvolvimento e a manutenção das instituições políticas democráticas. Neste viés, os partidos políticos assumem papel de relevo pois contrastam com os governos autocráticos e promovem a democratização do acesso ao poder do Estado pautados na soberania popular.

O corpo coletivo se emancipa através das agremiações pois é convocado a participar dos processos deliberativos, e, conseqüentemente, influi na formação da vontade estatal, oportunizando o exercício da responsabilidade moral – aludindo ao processo decisório que se efetiva mediante reflexão, deliberação, escrutínio e consideração das alternativas e das suas conseqüências, pautada nos princípios morais de cada componente do corpo eleitoral.

Ou seja, o regime democrático garante diversas vantagens aos cidadãos como: proteção de desmandos de governantes autoritários, usufruto de direitos individuais, ampliação da esfera de liberdade individual, garantia de participação no processo decisório acerca das leis sob as quais deverão submeter-se, reforço da autonomia moral e conseqüentemente, do desenvolvimento pessoal.

Na seara eleitoral, a tutela jurisdicional para além de representar atuação paternalista do Judiciário, representa uma pressuposição de que os tutelados

(eleitores) não possuem o devido entendimento esclarecido, a exigir essa postura jurisdicional paternal.

Por fim, concluiu-se de todo o exposto no primeiro capítulo que ressalvadas algumas exceções legais, todos os adultos sujeitam-se às leis do Estado, devendo ser considerados suficientemente capacitados para se envolver no processo democrático de representatividade popular. E referida capacitação efetiva-se através da garantia do entendimento esclarecido preconizado por Dahl, por intermédio da educação cívica.

No segundo capítulo, estudou-se a expansão da jurisdição constitucional, responsável por conferir novos contornos e delimitações aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como consequência do neoconstitucionalismo. Discorreu-se ainda sobre os conceitos de ativismo judicial, judicialização da política, politização da justiça e minimalismo judicial. Por fim, à luz da hermenêutica jurídica, para melhor compreender a problemática acerca da postura adotada pelos Tribunais, dentro do papel reservado à jurisdição constitucional, destacou-se duas teorias do direito, quais sejam, a do procedimentalismo e a do substancialismo.

O ativismo judicial é entendido no presente trabalho como um agir positivo em matérias que lhe fogem à competência, isto é, o ativismo judicial representa uma exacerbação de competência, perpetrada pelo Poder Judiciário. O que mostra-se pernicioso e nocivo aos princípios democráticos do Estado de Direito, ante a inexistência de mecanismos aptos a promover a correção de erros cometidos nos seus julgamentos. Sustentou-se, ainda, que quando este órgão decide falar em nome do povo, acaba por invalidar a própria concepção de democracia, pois sua função moderadora é vital para o avanço do Estado Democrático de Direito.

Ainda tratando do ativismo judicial e buscando estabelecer uma compreensão mais clara dessa expansão da jurisdição constitucional, partindo do texto de Ingeborg Maus almejou-se responder qual seria o limite da interpretação constitucional? E, se no cenário brasileiro, seria o Supremo Tribunal Federal o “pai” da sociedade moderna?

Nesta senda, frente à descrença política e a hiperconstitucionalização da vida brasileira, a Carta Magna de 1988, ao colocar o Supremo Tribunal Federal na arena política, fez com que este sobrepujasse a sua função moderadora, passando a exercer o que se poderia chamar de função supremocrática.

Visando a promover o fortalecimento das instituições jurídicas, bem como, do sistema representativo, enunciou-se algumas das proposições apresentadas por

Vieira, tais como a redistribuição das competências do STF, para que não atue mais como corte constitucional, tribunal de última instância e foro especializado. Apontou-se o exercício da colegialidade (decisões que reflitam, de fato, consenso fruto de debate e deliberação) pautada em três etapas de deliberação: primeira, seleção de casos discutidos em controle difuso para julgamento e, conseqüentemente, maior transparência na construção da agenda; segunda, realização de audiências públicas e sustentações orais com presença obrigatória dos ministros e a prolação de um único voto após obtenção de consenso do colegiado; terceira, maior empenho por parte dos ministros em implementar uma atuação colegiada, imparcial e comedida.

Fazendo um pequeno aparte, analisou-se a postura do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Dilma Rousseff, sob a ótica da judicialização da política que, para fazer frente as crises econômica e social, os crescentes escândalos de corrupção, precipuamente, os constatados durante a Operação Lava Jato aliado ao aumento exponencial na perda de “credibilidade e confiança popular”, tornou o processo de *impeachment* meio para atendimento das reivindicações populares. E não só, provocou, ainda, intensa instabilidade política e econômica, aliada a uma cobertura midiática voltada ao público consumidor insatisfeito com o governo posto, constituíram palco suficiente à deposição de dois presidentes da República em menos de 25 anos de regime democrático.

Concluiu-se que, quando se pensa em Estado Democrático de Direito, é fundamental associá-la à noção de separação de poderes engendrada por Montesquieu inserido em um contexto de fim do absolutismo, de modo a materializar a desconcentração por meio da divisão do poder central em três funções. Dividiu-as em legislativo: poder responsável pela feitura das leis; executivo, responsável pela execução das leis e promoção das políticas públicas definidas por lei; e, por fim, o judiciário, responsável pelo julgamento das leis.

Veja-se que o Poder Judiciário, diferentemente, do Poder Legislativo e Executivo, é o único poder desconstituído de representação política. Já no Legislativo elegem-se deputados, senadores, vereadores, etc.; e, no Executivo, presidente, governador e prefeito. Isto é, o Poder Judiciário é composto através da realização de concursos públicos.

Embora constitua-se como parte do poder central, no Brasil, o Judiciário não consiste em um espaço de representação, pois seu papel delimitado pela Magna Carta seria, em certa medida, um papel técnico: decidir se a aplicação de determinada

lei está sendo feita de forma adequada e verificando a sua conformidade com a constituição. Cabe-lhe, portanto, harmonizar o ordenamento jurídico.

Distinguiu-se, ainda, no segundo capítulo os conceitos de *politização da justiça e judicialização da política*. Se o primeiro conceito representa uma conduta comissiva ou omissiva voltada a influir no processo decisório que pertenceria exclusivamente à arena política, o segundo, por sua vez, relaciona-se ao comportamento interno ordinário do Poder Judiciário, sendo identificada através dos procedimentos judiciais geradores de consequências jurídico-políticas.

Dentro deste contexto, apresentou-se a postura defendida pelos minimalistas, fruto da teoria de Cass Sunstein, que importa aos magistrados adotarem posturas mais comedidas e pragmáticas que para além de simplificar o processo decisório, reduz sobremaneira o risco de resistências e reações sociais às decisões judiciais – o chamado efeito *backlash*; incentivando e promovendo, por conseguinte, a deliberação e debate público, corolário da democracia.

Por fim, tratou-se das teorias procedimentalista e substancialista. Em linhas gerais, para o procedimentalismo, o Controle de Constitucionalidade realizado pelo Judiciário deve se orientar pelo princípio democrático e, deste modo, uma determinada norma será constitucional devendo ser preservada se elaborada pelo povo e se refletir efetivamente a vontade popular. Pauta-se portanto, na defesa do procedimento, privilegiando e garantindo participação política e processos justos de deliberação. Para explicar referida teoria, partiu-se dos ensinamentos de John Hart Ely, Jürgen Habermas e Carlos Santiago Nino.

De outra ponta, para os substancialistas, o Poder Judiciário seria detentor de uma maior discricionariedade, podendo verificar se determinada norma é ou não inconstitucional para além do mecanismo proposto pela linha procedimental. O juiz iria além, analisando a essência da norma, via confronto com os princípios constitucionais, de modo a justificar a não aplicação por um juiz de determinada norma. O maior expoente desta teoria foi Ronald Dworkin, e foi a partir da obra dele que se procurou explicar e diferenciar a teoria substancial da procedimental.

No terceiro capítulo, o central do presente trabalho, foi responsável por apresentar a atuação da Justiça Eleitoral analisando-se as decisões judiciais afetas a produção legiferante, enunciando-se, ainda, as consequências observadas no cenário político pátrio.

Os casos estudados neste trabalho foram: a) a verticalização das coligações partidárias; b) fidelidade partidária; e, c) o fim do financiamento de campanhas por empresas, refletindo referidas decisões, na criação de normas restritivas de direitos políticos.

No primeiro caso estudado, à *prima facie* constatou-se que, em verdade, não existia até então qualquer disciplina no texto constitucional em regulamentação à verticalização, tema tão vital para o sistema eleitoral.

No que toca ao tema da verticalização das coligações partidárias, verifica-se a existência de uma profunda instabilidade institucional, posto que, no quadro em comento, o Judiciário ao decidir pela imposição da verticalização conduziu a uma reação por parte do Congresso Nacional e dos partidos políticos, que condenaram as alterações promovidas nas regras eleitorais e atuaram no sentido de alterar o texto constitucional em sentido contrário ao estabelecido pelo Judiciário.

Em contrariedade a decisão proclamada pelo TSE, o CN promulga então em 8 de março de 2006 a EC 52, inserindo no texto constitucional em seu § 1º, art. 17 a possibilidade de se formarem alianças partidárias, olvidando a então deliberação pela verticalização das coligações partidárias.

Entrementes, de acordo com os ensinamentos de Dahl as decisões políticas governamentais deveriam ser controladas por funcionários constitucionalmente eleitos pelo corpo político, ou seja, pelo povo, em homenagem ao princípio democrático, o que leva a presumir um desrespeito impingindo pelo Poder Judiciário ao deliberar sobre questão afeta e de competência dos partidos políticos.

Analisada a matéria, forçoso é concluir que a decisão originadora da verticalização das coligações partidárias (Resolução nº 22.002/2002) ao dar nova interpretação à Resolução TSE nº 20.993/2002, investiu-se de força normativa, extrapolando, por conseguinte, as funções meramente consultivas do Tribunal Superior Eleitoral (art. 23 do CE).

No segundo caso, o Supremo Tribunal Federal ao decidir três Mandados de Segurança de nºs 26.602/DF (PPS), 26.603/DF (PSDB) e 26.604/DF (Democratas) instituiu o modelo de fidelidade partidária constante da EC n. 1/1969, outorgando ao TSE competência para tratar da matéria.

O Supremo com referidas decisões redesenhou o Parlamento e exorbitou de sua competência ao tratar de matéria destinada ao processo legislativo, visando a moralizar a política. Dito de outro modo, essa atuação, por óbvio, caracterizou

excessiva atuação judicial em relação a um dos principais atores do processo democrático, o partido político, olvidando o modelo constitucionalmente delineado para criação do direito.

Em outros termos, eventual omissão por parte do Poder Legislativo não justifica nem autoriza o Poder Judiciário a extrapolar a sua competência que, segundo delimita a Constituição, restringe-se à mera interpretação e aplicação do direito em situações de litígio *inter partes*, sem investir-se no papel do legislador.

Novamente, ressalta-se, à luz da teoria democrática desenvolvida por Dahl, o *locus* adequado para deliberação e decisão deve se dar através da atuação dos funcionários constitucionalmente eleitos pelo povo, isto é, pelo Poder Legislativo, e não pelo Poder Judiciário, sob pena de se ofender a um dos princípios mais caros ao Estado Democrático, o da separação de poderes.

Depreende-se, portanto, que a Resolução TSE nº 26.610/2007, regulamentou matéria de grande importância e relevo para a sociedade brasileira em razão de inércia injustificada do Legislativo em instituir uma profunda Reforma Política e Eleitoral; e numa nítida usurpação de poderes constitucionais, culminou por disciplinar matéria atinente ao processo civil eleitoral (estabelecendo ritos para cassação de mandatos, atribuindo competências à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público Eleitoral, fixando prazos, delimitando os legitimados ativos e estabelecendo hipóteses de justa causa para perda de mandato), como outrora observado, tutelado por uma pressão moralizante sobre a política nacional.

Por fim, tratou o presente trabalho do fim do financiamento de campanhas por pessoas jurídicas.

Num primeiro momento, destacou-se a inexistência no texto constitucional de um modelo de financiamento da política, limitando-se o texto constitucional a vedar a influência do poder econômico, pura e simplesmente.

Num segundo momento, abordou-se o contexto político em que se deu a decisão proibitiva da participação das pessoas jurídicas. O STF pressionado a responder aos crescentes escândalos de corrupção no chamado mensalão e, posteriormente, com a Operação Lava Jato, restando comprovado que as empresas que patrocinavam campanhas, ganhavam licitações, viu-se “obrigado” a disciplinar a matéria, novamente, em busca de uma maior moralização da política.

Lançando mão de suas competências jurídicas, imiscuiu-se na seara política. Por ocasião do julgamento, o Min. Gilmar Mendes bem sintetizou o que estava a

representar àquela decisão ao afirmar que: “O que se pretende é manipular a Suprema Corte para aplicar um golpe no processo democrático-eleitoral brasileiro, à revelia do Congresso Nacional, que tem resistido a tais investidas”.

Em atenção as pressões moralizadoras, por intermédio de decisão simplista e ineficaz (a história não permite concluir de modo diverso) o Supremo Tribunal Federal atuou em desfavor dos direitos políticos, suprimindo uma das fontes de custeio (comumente utilizada) da política, que diga-se de passagem, foi legitimamente escolhido pelo Parlamento quando da realização da CPI, durante o governo Collor.

E por fim, tratou-se no último capítulo, das funções atípicas exercidas pela Justiça Eleitoral para compreender se a atuação cada vez mais proeminente do Poder Judiciário reflete um caminhar para uma autocracia judicial.

Concluiu-se que a Justiça Eleitoral, segundo vem demonstrando a história, transvestiu-se de poder moderador ocultando sua veia autocrática e atuando, no mais das vezes, com protagonismo exacerbado e quase nenhuma neutralidade, ao argumento de mediadora e moderadora do processo eleitoral; culminando por discipliná-lo de modo anômalo e não raro, por razões escusas.

Nesta conjuntura, o Poder Judiciário acaba por deixar de exercer as suas funções constitucionais para exercer atividade legislativa, rompendo a autonomia até então existente entre o Direito e a Política, pautado na interpretação principiológica da “vontade única do sentimento de justiça, moralidade, republicano ou qualquer outro valor do juiz constitucional”.

Os julgados analisados neste trabalho evidenciaram o protagonismo perpetrado pelo Poder Judiciário sem que isso representasse defesa ou efetivação dos direitos políticos. De modo contrário, deu origem pura e tão somente a uma anômala substituição dos postulados delineados na Constituição Federal pela vontade dos magistrados.

Partindo de todo o arcabouço doutrinário e normativo exposto neste trabalho conclui-se que não cabe à Justiça Eleitoral atuar da forma como vem atuando, não lhe cabe realizar o controle da soberania popular, o abuso de sua função judicante fere a norma fundamental e, ao abusar de suas premissas institucionais atua em caráter autocrático.

Para além disto, a imposição de uma supremacia judicial viola os princípios democráticos, pois segundo estudado em uma democracia o governo é do povo, portanto, cabe ao *demos* enquanto legítimos detentores do poder, decidir sobre

políticas públicas. Fere também, o princípio da igualdade, ao dar primazia para que os magistrados deliberem sobre questões afetas a coletividade, quando o texto constitucional preconiza a igualdade de todos, material e formal, além do dever em se promover o debate público, e o princípio republicano na medida em que outorga a um único órgão, poder para definir o significado das normas constitucionais.

E apresenta-se como resposta em contenção a adoção de postura minimalista de Cass Sunstein, onde privilegiam-se as virtudes passivas dos juízes e cortes, além de incentivar e promover o debate e ação do legislativo na concretização do Estado Democrático de Direito. Além das já citadas propostas de Vieira, visando a fortalecer as instituições jurídicas, bem como, o sistema representativo através da redistribuição das competências do STF, para que não atue mais como corte constitucional, tribunal de última instância e foro especializado.

Verificou-se, portanto, a necessidade por parte do Estado Democrático de Direito da criação de mecanismos aptos a auxiliar no desenvolvimento e manutenção do regime democrático, precipuamente, no que cinge a atuação dos Tribunais Superiores. E para além disso, a premência em se fortalecer as intuições democráticas através da criação de meios efetivos de participação popular nos processos deliberativos.

REFERÊNCIAS

- AIETA, Vânia Siciliano. **Criminalização da Política**: a falácia da “judicialização da política” como instrumento democrático. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.
- ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- ANDRADE, Luiz Gustavo de. A tutela coletiva e o rompimento com o paradigma processual liberal-individual: um instrumento de proteção dos direitos da personalidade. In: Luiz Eduardo Gunther. (Org.). **Tutela dos Direitos da Personalidade na Atividade Empresarial**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 181-204.
- ANDRADE, Luiz Gustavo de Andrade. NODA, Juliana Markendorf. O processo de *impeachment* no contexto da Justiça Constitucional Brasileira. In: ANDRADE, Luiz Gustavo; ARRAES, Roosevelt. (Org.). **Política, democracia e ativismo judicial: questões contemporâneas do Direito**. 1ed. Curitiba: Hum Publicações, 2017. p. 14-33.
- ARAS, Augusto. **Fidelidade Partidária**: A Perda do Mandato Parlamentar. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- ARGUELES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Ministocracia**: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. Novos Estudos CEBRAP. São Paulo: vol. 37, nº 1, 2018.
- AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à Ciência Política**. 13. ed. São Paulo: Globo, 2001.
- BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Kátia. **Jurisdição constitucional brasileira**: entre constitucionalismo e democracia. Revista Sequência, Florianópolis, n. 56, p. 153, jun. 2008.
- BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Kátia. **Democracia procedimental e jurisdição constitucional**. p. 6749 apud. ELY, J.H., op. cit., p. 70.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito**. Rio de Janeiro. 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Supremo Tribunal Federal, Direitos Fundamentais e Casos Difíceis**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, n. 19, 2012.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRAGA. Cláudio Mendonça. **O caráter nacional dos partidos políticos na federação brasileira**. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 839 de 1993**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=392110>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.685/DF**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363397>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650**. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.081/DF**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9175293>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 5.394/DF**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749168081>>.

BRASIL. **Código Eleitoral**. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm>.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro. **Código Eleitoral Comentado e Legislação Complementar**. Rio de Janeiro: EJE/SAD/CADOC, 2012. Disponível em: <http://www.tre-rj.jus.br/site/gecoi_arquivos/arq_071809.pdf>.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta de n. 175/DF**. Resolução nº 21.002, de 26 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2002/RES210002002.htm>>.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta de n. 382/DF, de 12 de março de 1998**. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/1998/RES201261998.htm>>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67emc69.htm>.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 52, de 8 de março de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc52.htm>.

BRASIL. **Lei das Eleições nº 9.504**, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>.

BRASIL. **Lei de n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm#:~:text=LEI%20No%209.882%20C%20DE%203%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,Art>.

BRASIL. **Lei nº 13.488, de 6 de outubro de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13488.htm>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança de n. 21.564/DF**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85552>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.602**, de 04 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.603**, de 19 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms26603CM.pdf>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.604**, de 03 de outubro de 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/MS_26604_DF_1279006175574.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAD4VJ344N&Expires=1615075164&Signature=xO2PVNV3BO7ihrM8elghZQFTubo%3D>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 30.380**, de 05 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS30380.pdf>>.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Súmula nº 67**. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-tse-no-67>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 11.243**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1495257>>.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 22.610**, de 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2007/RES226102007.htm>>.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.200, de 17 de dezembro de 2009**. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2009/RES232002009.htm>>.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário. São Paulo: Almedina, 2016.

CASTRO, Carlos Fernando Correa de. **(in)Fidelidade partidária** – A importância da decisão do TSE – Moralização do processo eleitoral – Registro histórico. Disponível em: <<https://www.tre-pr.jus.br/o-tre/revista-parana-eleitoral/rede/temas/fidelidade-partidaria>>.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Fidelidade Partidária**: Estudo de Caso: Juruá, 1998.

CLÈVE, Clemerson Merlin. CLÈVE, Ana Carolina de Camargo. A evolução da fidelidade partidária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: **Direito Eleitoral contemporâneo**: 70 anos da democratização pós-ditadura Vargas e da reinstalação da Justiça Eleitoral. TRT-PR, 2016.

COLOMBANO, Leandro Pereira. **Soberania Popular e Supremacia Constitucional**: limites do controle judicial de constitucionalidade sobre emenda à Constituição do Brasil aprovada por referendo. Brasília: TJDF, 2017.

DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001.

DAHL, Robert A. **A Democracia e Seus Críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DORST, Daeane Zulian; GAGLIETTI, Mauro José; SALVADOR, Cassio Contarato. **A Postura Proativa do Poder Judiciário: Ativismo Judicial**. Revista do Mestrado em Direito. Brasília, 2015.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jéferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos da América**. 1787. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **Da democracia de partidos à autocracia judicial**: O caso brasileiro no divã. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2020.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/>>.

GODOY, Miguel Gualano de. **DEVOLVER A CONSTITUIÇÃO AO POVO**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. f. Dissertação de doutorado (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015.

GRESTA, Roberta Maia. **Teoria do Processo Eleitoral Democrático**: A formação dos mandatos a partir da perspectiva da cidadania. 2019. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, volume I.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KOZICKI, Katya. *Backlash*: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF no 153. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). **O Direito Achado na Rua**: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília: UnB, 2015. v. 7. p. 192-194. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo_legado1/anistia/anexos/15-12-15-direito-achado-na-rua-vol-7_web-versao-10mb-1.pdf>.

LIMA, Newton Oliveira. Substancialismo Versus Procedimentalismo: Discussões sobre a Legitimidade da Jurisdição Constitucional. *Diritto e Diritti*, Ragusa, 2009. p. 13. In: STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARIN, Brunna Helouise. **O abuso do poder econômico e financiamento das campanhas eleitorais**: Projeto eleições limpas e a proposta de Dworkin. TSE - Estudos Eleitorais. Brasília, vol. 10, n. 1, p. 11/47, 2015.

MARTINS, Daniel Gouveia de Mello. **As origens da infidelidade partidária no Brasil**. Disponível em: <<https://www.tre-pr.jus.br/o-tre/revista-parana-eleitoral/rede/temas/fidelidade-partidaria>>.

MAUÉS, Antonio G. Moreira; BRITTO, Carlos Ayres. **Constituição e Democracia**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade**: O papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”. [S.l.: s.n.], 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDONÇA, José Vicente Santo de. **Ulisses e o Superego**: Novas críticas à legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade. *Revista de Direito Proc. Geral*, Rio de Janeiro, 2007.

MEZZARROBA, Orides. **Introdução do Direito Partidário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7. ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Helena Barbosa. São Paulo: Cultura, 1945. v. I, p. 206.

NICOLAU, Jairo Marconi. **Multipartidarismo e Democracia**: Um estudo sobre o Sistema Partidário Brasileiro. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996.

NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of deliberative democracy**. New Haven: Yale University Press, 1996.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: Trunfos Contra a Maioria; Coimbra: Coimbra, 2006.

NUNES JUNIOR, Amadino Teixeira. Ativismo judicial no Brasil: O caso da fidelidade partidária. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 51, Número 201, 2014.

PEREIRA, Rodolfo Viana. SANTANO, Ana Cláudia. **Como sobreviver na selva**: fontes alternativas de financiamento de campanhas eleitorais. Brasília: ABRADep, 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros Dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REIS, Luciano Elias. O novo constitucionalismo latino-americano e sua influência para a melhoria do ambiente democrático no Brasil. In: ANDRADE, Luiz Gustavo; ARRAES, Roosevelt. (Org.). **Política, democracia e ativismo judicial: questões contemporâneas do Direito**. 1ed.Curitiba: Hum Publicações, 2017, v. 1, p. 139-166.

RODRIGUES, Theófilo Codeço Machado. **A reforma política pelo judiciário**: notas sobre a judicialização da política na Nova República. Brasília: Revista Brasileira de Ciência Política, nº 28. Abril de 2019. Apud. SANTOS, André Marengo dos. Regras eleitorais, deputados e fidelidade partidária. SOARES, G.A.D. (org.); RENNO, L.R. (org.). Reforma Política. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora.

ROSSEAU, Jean-Jaques. **Do contrato social**. Tradução por Antônio de Pádua Densi (Coleção Clássicos: Filosofia/Ciências Sociais: Rousseau, vol. I). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SALGADO, Eneida Desirre. **Princípios Constitucionais Eleitorais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SANTANO, Ana Cláudia. **O Financiamento da Política**: Teoria geral e experiências do direito comparado. Curitiba: Ed. Íthala, 2016.

SANTANO, Ana Claudia. **A Fidelidade partidária**: moralização da política ou impedimento do exercício de direitos individuais. Disponível em: <<https://www.tre-pr.jus.br/o-tre/revista-parana-eleitoral/rede/temas/fidelidade-partidaria>>.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SCHWANKA, Cristiane. **Fidelidade partidária: uma questão de ideologia ou dever de imposição pelo poder público?**. Disponível em: <<https://www.tre-pr.jus.br/o-tre/revista-parana-eleitoral/rede/temas/fidelidade-partidaria>>.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivado**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, José Afonso da Silva. **Poder Constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. ***One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court***. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo Judicial e Políticas Públicas: direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia de Letras, 2018.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.