



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA – UNIFOR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

O ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL

Clarissa Fonseca Maia

Fortaleza - CE
Maio, 2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

CLARISSA FONSECA MAIA

O ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direito Constitucional – da Universidade de Fortaleza, como requisito para a obtenção do grau de mestre em Direito Constitucional, sob a orientação da Prof.^a Dr.^a Gina Vidal Marcílio Pompeu.

Fortaleza - Ceará
2010

M217a Maia, Clarissa Fonseca.
O ativismo judicial no âmbito da justiça eleitoral / Clarissa Fonseca
Maia. - 2010.
152 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2010.
“Orientação: Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu.”

1. Justiça eleitoral. 2. Democracia. 3. Ativismo judicial. 4 Poder
Judiciário.

I. Título.

CDU 342.842

CLARISSA FONSECA MAIA

O ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu
UNIFOR

Prof. Dr. Martônio Mont'alverne Barreto
UNIFOR

Prof. Dr. Luiz Alberto David Araújo
ITE

Dissertação aprovada em: 10 De Maio de 2010.

Por que me ouvires nas horas que clamei por Ti, por nunca me abandonares, por permitir a graça do espírito santo para me inspirar na feição deste trabalho; a Ti, Senhor meu Deus.

À virgem Maria, que nas minhas orações designo-a, especialmente, de Nossa Senhora do Carmo, dos Remédios e da Conceição e, sempre, de minha mãe. Agradeço pela doçura da tua presença e a constante proteção do teu manto sagrado.

Aos meus amados pais, Judas Tadeu Andrade Maia e Teresinha Lisieux Fonseca Maia, faísca primeira do amor divino. Não só lhes dedico esta conquista em virtude do amor incondicional e dos esforços sem limites para a minha educação, mas também pelo exemplo de companheirismo, dedicação, caráter e inteligência.

Aos meus irmãos, Claudio Tadeu, Leonardo e Lucas, pelo carinho, admiração e incentivo. Pela nossa união eterna. "Irmãos é preciso coragem"!

Às minhas queridas cunhadas pela amizade e ao meu sobrinho Davi, que em tão pouco tempo de existência já contaminou a minha vida de uma doçura nunca antes experimentada.

Às minhas amigas, irmãs que escolhi, todas tão especiais e verdadeiras. Arrisco-me a pecar pela omissão, mas não posso me furtar de dedicar esta conquista à Laura, Danyelle, Lorena, Iluska, Amanda, Renata, Viviane, Carol e ao meu querido amigo Yuri.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a minha orientadora, Gina Vidal Marcílio Pompeu pelo incentivo e disposição incomensurável na elaboração desta dissertação, como também por me incluir em vários de seus projetos acadêmicos, proporcionando-me o prazer de sua parceria na elaboração e apresentação de artigos científicos. Sou grata, igualmente, pelo seu carinho sincero e por sua agradável e divertida companhia fora do ambiente acadêmico. Por fim, agradeço-a por não ter desistido de mim.

Aos professores José Bastos e Núbia Maria Garcia Bastos pela revisão e sugestões metodológicas e gramaticais.

Aos professores Martônio Mont'alverne Lima e Luiz Alberto David Araujo, por terem aceito o convite de compor a minha banca de avaliação, o que muito me alegria e envaidece. Estejam certos que todas as críticas e sugestões ao trabalho serão recebidas e bem acolhidas.

Agradeço às pessoas incríveis que conheci e que tive o prazer de conviver durante o curso das disciplinas do programa de Mestrado em Direito Constitucional da UNIFOR, especialmente aos professores José Albuquerque Rocha – querido professor “Rochinha”-, Francisco Humberto Cunha Filho, Newton Albuquerque, Paulo Antônio Albuquerque e Luiz Moreira. Também sou grata aos meus colegas Ana Katarina, Andrine, Luiz, Janaína, Marina, Rodrigo Remígio, Rodrigo Vieira, Valter e Valéria.

Ao Desembargador Francisco Lincoln Araújo pela oportunidade de trabalho, pela confiança depositada e pelo enorme prazer de conviver com exemplo tão grandioso de caráter, saber e humildade.

À FUNCAP pelo incentivo financeiro.

Enfim, sou grata a minha amiga Aruza pelos calorosos debates sobre o tema da dissertação, pelas trocas de informações, pelas cobranças e incentivo para realização do trabalho.

Não há nada mais mobilizador do que o pensamento.

Longe de representar uma sombria demissão, ele é o ato em sua própria quintessência.

Não existe atividade mais subversiva do que ele.

Mais temida. Mais difamada também; e não é por acaso, não é inocente: o pensamento político.

E não é só o pensamento político. Nem de longe!

Só o fato de pensar já é político. Daí a luta insidiosa, cada vez mais eficaz, hoje mais do que nunca, contra o pensamento.

Contra a capacidade de pensar.

A qual, entretanto, representa e representará, cada vez mais, nosso único recurso.

Viviane Forrester (1997)

RESUMO

O ensaio acadêmico examina a tendência ativista do Judiciário Eleitoral, fenômeno por meio do qual se defende uma atuação mais efetiva do Juiz Eleitoral para que se possa garantir a vontade desimpedida do eleitor e dessa maneira realizar a verdade material das urnas. Observa-se os riscos do ativismo judicial, vez que este comportamento, notadamente no âmbito da Justiça Eleitoral, exorbita os limites de atribuições desta jurisdição. Inicialmente, analisam-se elementos da teoria da democracia e do constitucionalismo como necessários suportes para reflexão sobre o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, chegando-se ao estudo de hodiernas concepções de modelos de democracia nos quais se defendem diferentes formas de atuação do Judiciário. Posteriormente, descreve-se as formas clássicas de jurisdição constitucional e, ainda, o tipo híbrido adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro para então se entender em que consiste o ativismo judicial e quais ameaças este comportamento traz ao equilíbrio do Estado de Direito. Pesquisa-se, também, as principais características e funções da justiça especializada eleitoral, especialmente a sua peculiar função regulamentar, concluindo-se que a utilização desta competência pode servir de expediente para propagação do ativismo judicial, tal qual se observa na Resolução 22.610-2007 do TSE que trata sobre o processo de perda e justificação de mandato político por infidelidade partidária. Analisa-se, igualmente, a repercussão jurisprudencial da tese da moralidade como condição implícita de elegibilidade, defendida por vários juízes e Tribunais Regionais Eleitorais, que evidencia o ativismo judicial não só nos Tribunais Superiores. A dissertação provoca reflexo quanto à tendência do ativismo judicial se tornar um paradigma moderno do estado de exceção. Conclui-se, por fim, que a par da necessária atuação efetiva da Justiça Eleitoral, não pode esta agir além dos seus limites de atribuições determinadas no Estado Democrático de Direito, nem mesmo se conferir o papel de protagonista do processo eleitoral, pois esta função cabe ao eleitor.

Palavras-chave: Democracia. Ativismo judicial. Justiça eleitoral.

ABSTRACT

The academic essay examines the trend of activist Electoral Judiciary, a phenomenon by which defends a more effective performance of the Election Judge as to ensure the unfettered will of the voter and I will make the material faith to the ballot. We note the risks of judicial activism, since this behavior, especially under the Electoral Court, exceeds the limits of responsibilities of this jurisdiction. Initially, we examine elements of the theory of democracy and constitutionalism as necessary supports for reflection on the role of the judiciary in a democratic state of law came to the study of present-day conceptions of democracy models in which they advocate different ways of acting the Judiciary. Subsequently, We describe the classic forms of constitutional jurisdiction, and also the hybrid type adopted by the Brazilian legal system and then to understand what constitutes judicial activism and what threats this behavior brings into balance the rule of law. We also research the main features and functions of the justice system for elections, particularly its unique regulatory function, concluding that the use of this power can serve as a pretext for the spread of judicial activism, as we noted in the resolution 22.610-2007 that the TSE is about the process of loss and justification for partisan political mandate for infidelity. We analyze also the effect of jurisprudential theory of morality as an implied condition of eligibility, supported by several judges and the Regional Electoral Courts, which highlights the judicial activism not only in the Superior Courts. It reflects on the trend of judicial activism to become a modern paradigm of the state of exception. We conclude, eventually, that together with the necessary activeness of Elections, this can not act beyond their limits of competence, even if given the core role of the electoral process, as this function belongs to the voter.

Keywords: Democracy. Judicial activism. Electoral court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 A DEMOCRACIA E O CONSTITUCIONALISMO	21
1.1 A democracia	21
1.1.1 Democracia direta e democracia representativa	25
1.1.2 Da importância do metaprincípio da igualdade para a definição de democracia	28
1.2 O constitucionalismo.....	29
1.2.1 O neoconstitucionalismo como tentativa de superação do positivismo e do formalismo nas ciências jurídicas	31
1.3 Da tensão entre democracia e constitucionalismo.....	34
1.3.1 Democracia comunitarista e substantiva: defesa do ativismo judicial	34
1.3.2 Democracia procedimental-discursiva: defesa do princípio democrático ...	39
2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL	44
2.1 Os modelos clássicos de jurisdição constitucional	44
2.1.1 O modelo norte-americano.....	45
2.1.2 O modelo da Europa Continental	48
2.1.3 O modelo híbrido de jurisdição constitucional brasileiro	49
2.2 O ativismo judicial.....	51
2.3 Críticas ao ativismo judicial.....	57

2.3.1	Violação ao princípio da separação dos poderes.....	57
2.3.2	Déficit de legitimidade democrática da jurisdição constitucional.....	62
3	A JUSTIÇA ELEITORAL.....	67
3.1	Breve histórico das eleições no Brasil: da colônia à redemocratização.....	71
3.2	Noções gerais sobre a justiça eleitoral brasileira.....	77
3.3	Funções da justiça eleitoral	84
3.4	O ativismo judicial na Justiça Eleitoral.....	88
4	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL EMBLEMÁTICA DA JURISDIÇÃO ELEITORAL BRASILEIRA.....	95
4.1	A Resolução 22.610 do TSE e a perda de mandato por infidelidade partidária ..	95
4.1.1	Da criação de nova hipótese de perda de mandato eletivo	103
4.1.2	Da ampliação de competência da Justiça Eleitoral e da criação de prazos e ritos processuais.....	105
4.1.3	Da inobservância ao princípio da segurança jurídica e da antinomia eleitoral.....	107
4.1.4	Da ingerência em assunto interna corporis de partidos políticos	108
4.1.5	Conclusão preliminar: Resolução 22.610/2007, um exemplo típico de ativismo judicial.....	109
4.2	Indeferimento de registro de candidatura fundado em inidônea vida pregressa de candidato.....	111
4.2.1	Ponderação entre o princípio da não-culpabilidade e o princípio da moralidade na aferição da vida pregressa do candidato	115
4.2.2	Legalidade versus Moralidade	118
4.2.3	Limites de atuação do Judiciário	119
4.2.4	Ameaça aos princípios da segurança jurídica e da isonomia na livre apreciação pelo Juiz da vida pregressa de candidato	121

4.2.5 Conclusões preliminares acerca do indeferimento da ADPF n. 144 /DF: prevalência do estado legal sobre o estado moral.....	124
5 O ATIVISMO JUDICIAL COMO PARADIGMA MODERNO DO ESTADO DE EXCEÇÃO.....	126
5.1 O que é estado de exceção?.....	126
5.2 Ativismo judicial e o paradigma atual do Estado de Exceção: ponderações acerca da Resolução 22.610/2007 do TSE.....	133
CONCLUSÃO.....	138
REFERÊNCIAS.....	144
ÍNDICE ONOMÁSTICO.....	150

INTRODUÇÃO

O sistema eleitoral brasileiro caracteriza-se por ter uma Justiça Eleitoral, órgão especial do Poder Judiciário, responsável pela administração, fiscalização e regulação do processo de escolha dos representantes políticos do Estado e de resolução das questões contenciosas afeitas às eleições.

Observa-se hoje a significância da Justiça Eleitoral na administração, regulação e no controle de todo processo eleitoral, além de uma atuação jurisdicional permanente, inclusive, posterior ao certame, tudo para que se possa qualificar a democracia representativa por meio da plena e desimpedida liberdade do eleitor, materializada em um amplo direito de sufrágio e da garantia de escolha livre do cidadão.

Dentre as funções da Justiça Eleitoral, destaca-se a sua função normativa, regulada no artigo 23, incisos IX e XII do Código Eleitoral (Lei n. 4737- 65), e no artigo 105 da Lei das Eleições (Lei n. 9504-97), e manifesta na competência do Tribunal Superior Eleitoral: expedir instruções, completando o sentido do texto legal; elaborar resoluções regulando o processo eleitoral, ante a omissão legislativa; e responder consultas que lhe são formuladas, em tese, para interpretação de assunto pertinente à matéria eleitoral. Vale lembrar que a Constituição Federal de 1988 não faz alusão expressa ao poder regulamentar, contudo, entende-se que os dispositivos acima elencados do Código Eleitoral foram recepcionados possibilitando, assim, esta atuação da Justiça Eleitoral.

Embora a função normativa conferida à jurisdição eleitoral seja meramente regulatória e, como tal, subordinada à lei, atenta apenas ao disciplinamento pontual de questões inéditas e à evolução dos fenômenos sociais, observa-se em recentes manifestações do Tribunal Superior Eleitoral e de Tribunais Regionais Eleitorais um abuso desta função normativa, pois, por meio de resoluções são incluídos preceitos nunca antes previstos na legislação pertinente, tais como: restrição de direitos,

criação de prazos, normatização de sanções e inovação de institutos jurídicos.

Vê-se, portanto, que esta função normativa peculiar da Justiça Eleitoral vem favorecendo uma atuação além dos limites de competência do Poder Judiciário, haja vista que permite ao Tribunal Superior Eleitoral mais que regular administrativamente o certame, pois autoriza que por meio de Resoluções se complemente a legislação eleitoral no que for omissa e, com respostas às Consultas, se interprete o diploma legal que seja lacunoso ou obscuro.

Verifica-se, pois, que em respostas às Consultas formuladas, ou mesmo por meio de decisões, nas quais surgem pontos controversos, a Justiça Eleitoral interpreta de forma livre e criativa o direito eleitoral, com uma atuação tipicamente legiferante que sobrepuja a competência do Poder Legislativo.

Estas ingerências, favorecidas pela função normativa da Justiça Eleitoral, desenvolvem-se também nas esteiras de um fenômeno que se amplia no cenário atual. Trata-se do ativismo judicial que se revela em um comportamento protagonista do Poder Judiciário, que por meio de uma nova hermenêutica constitucional autoriza uma interpretação criativa dos preceitos legais naquilo que exigiria uma complementação legislativa, dando assim máxima efetividade e concretização a direitos.

Com este comportamento ativista, o Judiciário extrapola os limites clássicos de sua competência, invadindo os espaços dos demais poderes republicanos, notadamente do Poder Legislativo, esfera de discussão democrática por excelência.

Para compreender esta conduta do Judiciário, faz-se proeminente que se reconheça a função do Poder Judiciário na atual formulação do Estado Democrático de Direito para que assim se possa auferir se suas decisões, fundamentadas nas razões de uma criação judicial, são legítimas ou revestem-se dos argumentos falaciosos que promovem, sob esta ótica, a prevalência constante de um estado de absolutismo judicial.

O Poder Judiciário, na ideia tradicional da teoria da tripartição de poderes celebrada por Montesquieu (1993), identificada no constitucionalismo moderno com o Estado liberal, excluía-se da apreciação de questões de ordem política da sociedade, haja vista que estas matérias eram de competência dos poderes

eminentemente políticos do Estado, sobretudo, do Legislativo, onde prevalece o caráter “pulsante e inovador” (LIMA, 2006, p. 188) das tensões políticas.

Entretanto, com a ascensão do modelo de Estado Intervencionista propagado nas constituições dirigentes, evidenciou-se o escopo político da jurisdição que invocou esta função como instrumento, ao qual deveria recorrer quem se sentisse preterido nos seus direitos e garantias fundamentais.

Desta forma, embora o lugar do Judiciário na formulação do princípio da separação dos poderes, basilar do Estado de Direito, o afastasse, em primeiro plano, da apreciação de questões políticas, com o advento do modelo de Estado Social, estes assuntos não poderiam lhe ser de todo estranhos. Isto porque a função jurisdicional, tal qual formulada nos modelos atuais do propagado neoconstitucionalismo, impede que este poder se exima da apreciação de quaisquer questões de direito.

Portanto, no modelo de Estado Social, a antiga interpretação de que a força coativa das decisões judiciais se fundava, exclusivamente, no poder estatal que é concedido ao Judiciário, deu lugar ao entendimento de que, além da sua imperatividade, o que vai caracterizar este órgão é o seu reconhecimento como instrumento pacificador e promotor da justiça social.

Denota-se a superioridade do Judiciário sobre os demais poderes, pois sob a alegação de defesa dos preceitos e da efetividade de direitos fundamentais, por meio do controle de constitucionalidade e em uso da sua função normativo-integrativa, regula os atos do Legislativo, atingindo o campo de atuação das funções deste órgão eminentemente democrático. Entende-se que, a par da atuação mais ativa do Judiciário, existem limites que não podem ser ultrapassados, sob pena de comprometer a estabilidade das funções do Estado de Direito.

Desta forma, visando ao equilíbrio do Judiciário no Estado Democrático de Direito, deve-se analisar em que consiste a função jurisdicional na sua atividade interpretativo-criativa e quais os limites de ação deste poder sob esta ótica, para se assegurar a concretização do valor liberdade e da exigência de efetivação da igualdade material que tanto se espera de um Estado Social, mas com a preservação das regras, dos princípios e da segurança jurídica conquistada no Estado de Direito.

Evidencia-se na tensão entre Estado de Direito e Estado Intervencionista a necessidade de efetivação de um modelo que garanta moderação entre estes dois padrões. Para tanto, a função do Judiciário no Estado Democrático de Direito deve se afastar da redução de mero aplicador da lei representado pela imagem do “juiz boca da lei” (MONTESQUIEU, 1993), mas também não pode se identificar com a de poder supremo que atua em todas as esferas de ações do Estado, sem atenção a qualquer limite de competência.

Observa-se, pois, nos debates afeitos à questão sobre o papel e os limites de atuação do Poder Judiciário uma curiosa relação entre os elementos políticos e jurídicos do Estado que também se revelam na constante tensão entre democracia e constitucionalismo.

De um lado a democracia, apoiada no princípio majoritário, reveste as decisões políticas do Legislativo e do Executivo de legitimidade, pois fundada na manifestação dos representantes da vontade popular. Em outra quadra, a defesa da supremacia e da concretude dos princípios constitucionais se apresenta no constitucionalismo contemporâneo com uma postura mais ativa do Judiciário sob o argumento de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, sendo estes a vontade não só da maioria, mas da própria Constituição, espelho das aspirações da ordem vigente do Estado.

Revela-se, assim, a complexidade das manifestações jurisdicionais nas quais há criação livre do direito, pois ante às denúncias frequentes que as decisões de magistrados não eleitos pelo povo agem em detrimento das leis elaboradas por representantes escolhidos pelo voto popular, rebate-se com o argumento de defesa e concretização da ordem constitucional.

É neste contexto que se impõe o estudo dos limites de atuação do Judiciário, indagando-se até que ponto as deliberações políticas elaboradas pelos representantes do povo cedem lugar às manifestações jurisdicionais fundadas no princípio hermenêutico da supremacia da Constituição.

Dentre os problemas que se enfrentam com as decisões ativistas do Poder Judiciário, especialmente na seara eleitoral, destaca-se o comprometimento da validade material destas manifestações que se confrontam com a vontade da maioria manifesta nas urnas. Assim, embora fundado na vontade constitucional, o

protagonismo judicial ameaça o princípio democrático, pois pode se opor à escolha popular expressa no resultado das eleições.

A crise entre o princípio democrático e o constitucionalismo revela-se, então, ainda mais problemática tratando-se da jurisdição eleitoral, haja vista que esta justiça especializada regula o processo político de escolha dos mandatários de cargos políticos, pauta fundamental para democracia representativa.

Outra observação pertinente, que convém ser trazida ao debate, refere-se à constatação de um enfraquecimento dos Poderes representativos, em razão da composição de seus membros que muitas vezes são inábeis e despreparados para o *múnus público*, provocando uma apatia cívica e o distanciamento da sociedade do processo político.

Ante este quadro desanimador, o povo se retrai e, cada vez mais, se afasta das discussões de interesse comum, deixando falar em seu nome os supostos heróis da nova civilização, aqueles que se autodenominam senhores de notório saber capazes de extrair e interpretar, melhor do que ninguém, a vontade da Constituição: os juízes.

Com este contexto, mostra-se propício o ativismo judicial no campo da jurisdição eleitoral, razão, pois, da relevância do estudo deste comportamento. Destarte, se por um lado é necessário o fomento da atuação da Justiça Eleitoral para coibir o abuso do poder econômico e político, bem como para proteger o certame de qualquer espécie de fraude, e desta forma assegurar a verdade material das urnas, de outro, é imperativo se auferir os limites de atuação da Justiça Eleitoral, notadamente nos casos de protagonismo judicial fundados em omissão legislativa, para que assim se possa resguardar o equilíbrio das funções estatais e a observância do princípio democrático.

As constatações ora esboçadas geram inquietudes e levam a algumas reflexões: considerando que a Justiça Eleitoral possui peculiaridades próprias e que pelas matérias que lhe são afeitas traz questões políticas à apreciação do Judiciário, haja vista que a competência desta Justiça é regular o processo de escolha dos representantes políticos do Estado; considerando o poder normativo que lhe é atribuído e, por si só, já se constitui uma competência adicional desta esfera do Poder Judiciário; e considerando-se este novo momento vivido pelos órgãos

jurisdicionais, nos quais as decisões judiciais são contaminadas por elementos políticos e que induzem a uma nova visão do princípio da separação dos poderes; indaga-se: até que ponto o poder normativo conferido à Justiça Eleitoral, bem como as decisões ativistas dos Tribunais Eleitorais não comprometem a estabilidade do Estado Democrático de Direito?

Assim, com o intuito de analisar os questionamentos expostos e de estudar o atual comportamento da Justiça Eleitoral, é que se desenvolve a presente dissertação. Para a execução do que ora se pretende, buscar-se-á examinar julgados emblemáticos do Tribunal Superior Eleitoral, também verificados pelo Supremo Tribunal Federal, que demonstram, de maneira paradigmática, os excessos cometidos pelo Poder Judiciário ao praticar o ativismo judicial.

Para a execução deste ensaio acadêmico, foi utilizada a metodologia de natureza qualitativa, por meio de pesquisa do tipo eminentemente bibliográfica em livros doutrinários, revistas científicas, leis e decisões jurisprudenciais, complementada, ainda, por pesquisas na rede mundial de computadores – *internet*.

Antes de se refletir sobre o atual comportamento da Justiça Eleitoral, deve-se transcorrer um caminho que, necessariamente, passa pela teoria da democracia e do constitucionalismo, discorrendo-se também sobre o movimento denominado de neoconstitucionalismo e, nas esteiras deste, sobre a nova faceta da hermenêutica jurídica, agora transformada em hermenêutica constitucional, que permite a interpretação criativa do Juiz. São estes, pois, os propósitos do capítulo de estreia desta dissertação, que se finaliza tratando da tensão entre o princípio democrático e o constitucionalismo, refletidos em duas teorias opostas sobre a democracia: a teoria discursiva que propaga a revalorização do Legislativo através de uma maior legitimidade conferida ao processo da gênese normativa; e as teorias substantiva e comunitarista, que defendem a efetivação dos preceitos constitucionais e um neorepublicanismo ao preço de uma atuação mais política do Poder Judiciário.

No capítulo seguinte serão tratados os modelos clássicos de jurisdição constitucional, quais sejam, o norte-americano e o europeu-continental. Também será visto o modelo de jurisdição constitucional brasileiro que representa a fusão destes dois horizontes em uma fórmula híbrida de jurisdição constitucional.

Após esta análise descritiva dos padrões de jurisdição constitucional, chegar-se-á ao estudo do fenômeno do ativismo judicial, tratando-o como abuso desta atividade jurisdicional e abordando as suas críticas, especificamente no que se refere à violação ao princípio da separação dos poderes e ao déficit de legitimidade democrática das decisões ativistas.

No terceiro capítulo serão reveladas a natureza, a composição e as atividades da Justiça Eleitoral para então entender a sua peculiar função normativa. Com este intuito, buscar-se-á traçar os contornos descritivos desta jurisdição especializada, iniciando-se por um esboço histórico que reflita a evolução do processo eleitoral no ordenamento jurídico brasileiro e trate da formação da Justiça Eleitoral, e, depois, descrever as suas principais características. Em seguida, refletir-se-á sobre o fenômeno do ativismo judicial observado atualmente na jurisdição eleitoral, às esteiras de sua função normativa e de decisões dos Tribunais Eleitorais.

No quarto capítulo propõe-se uma análise emblemática da jurisdição eleitoral brasileira com o exame de duas manifestações recentes do Tribunal Superior Eleitoral, também apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, serão expostas as discussões travadas nestes Tribunais acerca da Consulta 1398, da qual derivou a Resolução 22.610/2007, que regula a perda de mandato político por infidelidade partidária.

Depois, mostrar-se-ão os debates ocorridos no julgamento do Processo Administrativo 19919 e da Consulta 1495 na Corte Eleitoral, e da ADPF 144/DF no Supremo, nos quais se agitou a tese da autoaplicabilidade do artigo 14, § 9^o, da Constituição Federal, que pregava o indeferimento de registro de candidatura de cidadãos com má conduta social, réu em processo criminal e em ação de improbidade administrativa, ainda sem trânsito em julgado, por meio de uma interpretação integrativa do Juiz eleitoral. Com as críticas a estas jurisprudências selecionadas, será evidenciada a tendência da Justiça Eleitoral de exercer o ativismo judicial. O último capítulo chama a atenção para as semelhanças da atuação ativista do Judiciário com elementos indicativos do Estado de Exceção,

¹ Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade, para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, a normalidade e legitimidade das eleições, contra a influência do abuso do poder econômico ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração pública.

chegando-se à conclusão de que este protagonismo judicial representa, na verdade, um paradigma moderno do Estado de Exceção, haja vista que permite a usurpação de poderes por um órgão estatal, ferindo, assim, o princípio da separação dos poderes e o princípio democrático.

1 A DEMOCRACIA E O CONSTITUCIONALISMO

A proposta do capítulo de estreia deste ensaio acadêmico é tratar dos elementos e características da democracia e do constitucionalismo, verificando-se onde estes conceitos se aproximam e se repelem, para, após, identificar na tensão entre eles duas perspectivas sobre a atuação do Judiciário no Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, o papel da jurisdição constitucional.

1.1 A democracia

O conceito de democracia vem sofrendo constantes mutações, refletidas nos mais diversos modelos e enfoques, o que torna o seu conceito dinâmico e marcado pelo traço da equivocidade que acompanha também o processo histórico e as diversas fases de evolução da sociedade (VIDAL, 2009, p. 62).

Entretanto, os pontos nítidos e os parâmetros institucionais que abalizam a definição de democracia permanecem os mesmos¹, embora sua prática dê lugar a diferentes apreciações, com intensidades e perspectivas variadas, mas com as mesmas virtudes e as mesmas vertigens:

Não existe ponto de ruptura entre o modelo democrático dos antigos e a idéia democrática dos modernos: mais ou menos nítidos, mais ou menos imperiosos, são os mesmos parâmetros institucionais, as mesmas exigências existenciais que estão em ação agora e no passado (GOYARD-FABRE, 2003, p. 4).

Vigora, pois, o sentido etimológico da palavra democracia, que significa o poder do povo, haja vista que se admitindo o exercício deste poder de forma direta, ou por meio de representantes, o seu motor principal sempre vai ser a participação popular.

¹ Para Simone Goyard-Fabre (2003, p. 1) é “falacioso acreditar que o transcurso dos séculos e a marcha das idéias deram origem a uma dualidade conflitiva e irreduzível entre as primeiras formas de democracia e aquelas que reinam hoje quase que por toda parte do mundo.”

Da idade clássica a hoje o termo 'democracia' foi sempre empregado para designar uma das formas de governo, ou melhor, um dos diversos modos com que pode ser exercido o poder político. Especificamente, designa a forma de governo na qual o poder político é exercido pelo povo (BOBBIO, 2007, p. 135).

Sobre a democracia, Tocqueville (2001, p.266) afirma que:

A democracia favorece o crescimento dos recursos internos do Estado; difunde o bem-estar, desenvolve o espírito público; fortalece o respeito à lei nas diferentes classes da sociedade. Todas essas coisas têm apenas uma influência indireta sobre a posição de um povo diante de outro. Mas a democracia só dificilmente poderia coordenar os detalhes de uma grande empresa, decidir-se por uma meta e persegui-la obstinadamente através dos obstáculos.

Topologicamente, a democracia é um ideal imerso no mundo político e igualmente um princípio normativo regulador, revelando-se, pois, como ponto de interseção entre a ordem política e jurídica do Estado.²

A justificativa do princípio democrático é a legitimação das formas de poder. Pretende-se que com a oitiva popular possa se criar uma ordem institucional na qual haja aceitação social às decisões estatais que reflitam a própria vontade do povo. Na mesma vertente, a legitimação do Estado decorre da aceitação social das decisões que lhe são impostas. Esta aceitabilidade confunde-se com identidade, pois serão acolhidos pela sociedade apenas os preceitos que tenham sido reconhecidos como a escolha do povo.

Conclui-se, assim, inicialmente, o caráter normativo e procedimental do princípio democrático, como maneira de canalizar os anseios do povo para a escolha das decisões do Estado e desta forma legitimá-las.

Na experiência de tornar possível a democracia, sobretudo em atenção ao seu caráter procedimental, buscam-se modos para sua concretização por meio de modelos e regras que permitam ser possível à consulta popular. Assim, ante a impossibilidade de se guiar a partir das escolhas uníssonas do povo, a democracia se norteia com a fórmula abalizada no princípio majoritário.

² Atento a este critério normativo, Kelsen afirma que o que funda a democracia será a autonomia, pois nesta, os criadores da norma serão também seus destinatários. Sobre o valor da democracia, defende o autor que esta atrelada a "filosofia relativista", uma vez que esta será a única capaz de suportar e acolher o pluralismo e a relação dialética entre a maioria e a minoria (GOYARD-FABRE, 2003, p. 313).

Trata-se da regra da maioria, medida que efetiva a democracia em virtude da impraticabilidade de se conquistar a unanimidade. Desta forma, tal qual ensina Kelsen (2000), na democracia não vigora a máxima transcendental da unanimidade, mas sim a regra prática da maioria, sendo esta o indicador político e real da democracia.

A regra da maioria é, pois, técnica de tomada de decisões coletivas que visa à ampla participação política dos cidadãos por meio de uma consulta periódica, finita no espaço e no tempo, que legitima os resultados advindos, uma vez que, escolhidos pela maioria dos consultados, mas os mantêm provisórios, haja vista serem submetidos a contínua revisão, o que nas palavras de Celso Fernandes Campilongo (2000, p. 38), “permite ao mesmo tempo a união social, bem como maximiza a liberdade individual”.

Embora atrelada à ideia de democracia, a regra da maioria com esta não se confunde. A noção de democracia é muito mais ampla e exige a convivência mútua com os interesses da minoria para que se possa permitir uma tranquilidade institucional e também um ambiente de tolerância às diferenças, de espaço às mais diversas manifestações de opiniões, e de respeito ao pluralismo de ideias. Neste sentido, são as palavras de Renato Stanzola Vieira (2008, p. 16 -17):

Ora: falar-se em ‘maioria’ pressupõe a existência - e a manutenção - de uma ‘minoria’, e a estrita obediência às regras do exercício da vontade democrática colocada em cada constituição poderá determinar em que medida a busca do bem comum obedece somente a uma vontade, ou é legitimada pelo povo como produto de procedimento aceito, no qual a convivência conflitual e perene de vontades antagônicas é respeitada e garantida.

Igualmente, alerta Kelsen (2000) que o princípio majoritário não é a supremacia absoluta sobre os direitos da minoria, pois pressupõe a existência do “direito de oposição”, de forma que todos os cidadãos, quer sejam partidários da maioria, quer sejam da minoria, possam atuar na criação da ordem jurídica. No mesmo sentido, é a atenta lição de Norberto Bobbio (2007, p. 138):

[...] existe uma forma de governo – chame-se ela democracia ou algo diverso – que se caracteriza, frente às demais, por ser o governo dos muitos com respeito aos poucos, ou dos mais com respeito aos menos, ou da maioria com respeito à minoria ou a um grupo restrito de pessoas (ou mesmo de um só), e que portanto o conceito de democracia.

Portanto, a efetiva realização de um governo democrático exige que, embora se utilizando da regra da maioria no processo de seleção de escolhas públicas, haja, necessariamente, respeito às minorias.

Destaca-se, pois, o caráter eminentemente técnico da regra da maioria, afastando a ideia finalística deste método, uma vez que esta não pode se submeter ao propósito de por si só esgotar todo o conceito de democracia sob pena de se transmutar numa “tirania da maioria” (VIEIRA, 2008, p.15).

O doutrinador italiano Giovanni Sartori (2003) trabalha a regra da maioria como princípio de aplicação limitada, afirmando que nenhum direito da maioria pode ser ilimitado, porquanto restringido pelos direitos das minorias. Assim, evita que qualquer destes grupos detenha o monopólio do poder. Decerto, um Estado para ser legítimo não se reduz à vontade da metade dos seus administrados mais um, mas sim exige o reconhecimento de suas decisões por todo o povo que o constitui.³

Cair na tentação simplista de atrelar a definição de democracia à vontade da maioria, colocando a consulta popular em prática para o povo apenas nos pleitos eleitorais, é a arma que serve os interesses liberais e transforma a democracia em falácia, pois a despeito de um governo dito democrático apenas ligado às escolhas da maioria, emancipa-se o mercado de qualquer constrangimento ou obstáculo formal de legitimidade (VIANNA et al., 1999, p. 10-11). Cria-se, assim, uma democracia figurativa, representada apenas pelos interesses da maioria nas urnas e fácil de ser manipulada.

Com efeito, no modelo de democracia que se presta aos propósitos do liberalismo, há a efusiva defesa das liberdades individuais, que vê na realização deste regime um espaço delimitado da esfera privada sem a ingerência das questões públicas. Daí surge o problema da modernidade atrelado ao liberalismo democrático.

Trata-se do excessivo apego à propriedade privada e ao individualismo, que acaba dilacerando o tecido social e maculando a própria formulação sobre a

³ Para Kelsen (2000, p. 28), a ideia do povo-sujeito, ou seja, titular do poder e legislador, é uma noção ideal que não coincide com o povo real, objeto do poder e submetido às leis. Neste diapasão, oportuna também é a reflexão pertinente se faz ao conceito de cidadania, sendo esta considerada uma virtude cívica que não se confunde com a multidão, pois o “povo-cidadão não é povo massa que a passividade torna pesado e lânguido” (GOYARD-FABRE, 2003, p. 49).

democracia, pois atinge um outro vetor de sua definição: a legitimidade. Veja-se a denuncia de Jawdat Abu-El-Haj (2008, p.169), que pontua: “Nas democracias modernas, o engajamento fora alvo de um recuo constante, enquanto a técnica passou a dominar a decisão política. Conseqüentemente, surgiram a apatia, o isolamento na vida privada e a irresponsabilidade da liderança.”

1.1.1 Democracia direta e democracia representativa

Quando criada na Grécia antiga, a democracia fora formulada como forma de governo na qual as decisões fundamentais seriam tomadas diretamente pela deliberação dos cidadãos, sem qualquer intermediação do Estado. Segundo Giovanni Sartori (2003, p. 218):

Para los griegos, democracia era aquel sistema de gobierno em el que lãs decisiones son colectivas. Por lo tanto, la Idea clásica de democracia permite que la comunidad no dejé ningún margen de independencia y no concedaninguna esfera de protección al individuo.

Como bem atesta Robert Dahl (1998, p. 109-110), dentro das escalas realizáveis de democracia, este modelo só seria possível nas sociedades menos complexas, com um reduzido contingente de cidadãos. Por esta razão que, mesmo na sua formulação inicial, considerando a população ateniense, que no seu auge chegou a ter em torno de 60 mil habitantes, o sufrágio era restringido à participação extremamente reduzida de cidadãos, com a exclusão de mulheres, crianças, escravos e estrangeiros. Sobre o assunto, as palavras de Jânio Nunes Vidal (2009, p. 63):

[...] cumpre ressaltar que a conhecida democracia da Grécia antiga ocorreu em uma sociedade profundamente dividida, em um contexto que significava, necessariamente, a exclusão participativa da maioria do povo – os escravos –, de maneira que o Estado-cidade pudesse promover um certo equilíbrio político que assegurasse a ordem dos proprietários fundiários e a manutenção do modelo escravocrata. Assim, não seria de todo incorreto afirmar-se que não houve na Grécia antiga uma verdadeira democracia. Somente no contexto de uma sociedade cindida em classes, na qual se excluía a base social escrava, seria possível traçar esta pretendida identidade entre governantes e governados.

Constatada a impraticabilidade do modelo ideal de democracia direta somada à crescente complexidade das sociedades com o aumento de contingente demográfico e à aplicação gradativa do sufrágio universal, fez-se necessária a aplicação de uma nova forma de democracia possível. Assim, surge a fórmula da democracia representativa, na qual a vontade popular não se manifesta diretamente,

mas por intermédio de instituições artificialmente criadas que traduzem “as diferentes tendências, ideais e os vários grupos de interesse do país globalmente considerado” (BOBBIO, 2000, p. 458).

Sobre a democracia representativa, Giovanni Sartori (1994, p. 294-297) aduz ser esta o modelo das democracias modernas, não porque seja perfeito, mas sim real. Portanto, afirma que a fórmula que melhor concilia os riscos das decisões aos destinatários – riscos externos – sem agravar os custos internos – custos das decisões para os próprios tomadores⁴ – é o método representativo que promove uma drástica redução no universo dos representados para um pequeno grupo de representantes, permitindo, assim, uma redução importante dos riscos externos sem agravar os custos internos. Denota-se, pois, o caráter operacional da democracia representativa.

A respeito da democracia representativa, uma reflexão é de fundamental importância: trata-se dos limites de atuação e vinculação dos representantes à vontade de seus eleitores. Sabe-se que os representantes são instrumentos de viabilização das manifestações da vontade do povo, este sim detentor da soberania popular. Neste sentido, cumpre que seja auferido até que ponto as escolhas dos mandatários estão em consonância com as dos titulares do poder de decisão.

Na atual sistemática implementada no Brasil, o representante escolhido nas eleições, ao tomar posse, se desvincula da vontade de seu eleitor, só sendo submetido a uma avaliação indireta em um próximo pleito, e somente no caso de o mandatário submeter seu nome novamente à competição.

Vê-se que, embora praticável, o modelo de democracia representativa é igualmente falível, sobretudo porque atrelado mais à questão operacional do que à validade material das decisões, pois o candidato quando eleito não se vincula à vontade dos cidadãos que o elegeram. Desta forma, a participação popular presente na fórmula de democracia representativa não se manifesta para decidir sobre questões fundamentais do Estado, mas para eleger quem deverá decidi-las (BOBBIO, 2000, p. 372).

⁴ Para Giovanni Sartori (1994, p. 289) estes dois instrumentos analíticos estão inversamente relacionados. O sucesso de um está ligado ao prejuízo do outro, ou seja, quanto maior o número de pessoas no órgão responsável pelas decisões, maior os custos internos ou custos decisórios. Ao inverso, os riscos externos diminuem à medida que o órgão decisório aumenta o número de indivíduos.

Uma preocupação que deve ser destacada como mau fruto da democracia representativa é a apatia política que este modelo provoca nos cidadãos. Decerto, na democracia representativa, o povo só é provocado a se manifestar nas eleições, não se exigindo deste uma participação, mesmo que fiscalizadora, na atuação dos seus representantes.⁵ Neste sentido, convém colacionar as palavras de Gina Vidal Marcílio Pompeu (2005, p. 122):

Essa decepção com a democracia representativa cresce em proporções geométricas em face da frustração da população com o Estado, que não lhe garante o mínimo necessário para viver, ou seja, segurança, trabalho, moradia, saúde e educação. Os cidadãos encontram-se cercados de escândalos de corrupção, aumento das desigualdades sociais, redução dos espaços públicos, insegurança generalizada que atinge todas as classes sociais, crises dentro dos partidos políticos e desconfiança da população em seus representantes, sejam do Executivo ou do Legislativo e, por fim, a negação total do acesso ao Poder Judiciário, com número de juizes, promotores e, sobretudo, de defensores públicos, insignificante diante da demanda social, ao que se alia a falta de capacitação e a idéia de um direito burocratizado.

Em virtude das falhas apresentadas pelo sistema representativo, efusiva tem sido a defesa pela fomentação dos mecanismos de participação popular, especialmente nos modelos híbridos, tal qual o brasileiro, que permite a consulta direta ao povo por meio de plebiscito, referendo e por projetos de lei de iniciativa popular.⁶

Com crédito positivo ao modelo de democracia representativa a partir da superação de um referencial individualista, Gilberto Bercovici (2005, p. 294-295) defende o seu aprimoramento não mais restringido as relações eleitorais ou intraindividuais, nem mais identificado meramente como ação individual exercida por algum participante, mas sim como forma representativa que visa à estrutura e ao funcionamento do sistema como um todo e que age conferindo legitimidade ao poder.

Em outra vertente, de maneira inovadora, Paulo Bonavides (2001, p.60) defende a implementação de uma democracia direta que entende ser possível, pois visualizada em termos relativos ao modelo de democracia direta da Grécia antiga, que sendo mais branda e flexível, não repele, em absoluto, a representação, pois mantém a formulação mista. Assim, neste novo modelo de democracia participativa,

⁵ Na experiência de democracia representativa no Brasil, soma-se como fator de desinteresse da população pelas questões políticas a credibilidade em alguns mandatários, muitos imersos em escândalos de corrupção.

⁶ Em igual sentido, Kelsen (2000, p. 47) defende na democracia parlamentar um modelo de democracia real, mas também aduz a importância da prática de referendo e de um maior controle dos eleitores sobre os seus representantes, Embora exclua a hipótese de renascimento do mandato imperativo em sua formulação tradicional.

no qual o princípio democrático é considerado direito fundamental de quarta geração, o eixo da soberania desloca-se dos corpos intermediários do Estado para o povo, “sede de autoridade moral, centralizadora e suprema”.

1.1.2 Da importância do metaprincípio da igualdade para a definição de democracia

Atento às distorções que um modelo liberal de democracia, no qual se prioriza a liberdade individual e provoca um distanciamento do cidadão das questões públicas, Robert Dahl (1998) defende a integração do princípio da igualdade como pré-requisito à execução do ideal democrático. Esta ideia de igualdade exige a presença de uma identidade de circunstâncias entre os cidadãos, que se inicia por uma adequada educação cívica e política a todos.

Assim, o autor apresenta três definições axiomáticas da democracia, da igualdade e da democratização, concluindo pela necessidade da democracia como um governo responsável por todos os seus cidadãos, só possível a partir da implementação da igualdade política, refletida na condição de todos os cidadãos terem poderes para se manifestar com relevante influência nas condutas do governo.

O trabalho de democratização entendido por Robert Dahl (2003) é constante e ascendente, refletindo-se na ampliação perene da expansão dos direitos de participação e da contestação pública. Para ele, a democracia será constituída em escalas diferenciadas. A instituição política de uma democracia em grande escala, o que denomina de poliarquia⁷, caracteriza-se pela presença de funcionários eleitos, eleições livres, justas e frequentes, liberdade de expressão, fonte de informação diversificada, autonomia para associações e cidadania inclusiva. No entanto, estes critérios só são suficientes, embora falhos, em países recentemente democratizados, pois a poliarquia ainda é materialmente incompleta.

Um modelo de democracia completo para Robert Dahl (2003) foi tratado na sua obra intitulada *How Democratic is the American Constitution?*, na qual o autor reforça

⁷ Poliarquia (1971) é o modelo de governo que Robert Dahl (2003) apresenta aos países com grande densidade demográfica, recém-democratizados, que se difere dos outros modelos existentes como a monarquia, a oligarquia, a aristocracia e mantém-se igualmente distante da democracia direta da antiguidade, bem como dos governos de sufrágio restrito. É um modelo de transição para o ideal que Dahl defende como democracia, na qual a presença do critério da igualdade é redimensionada, ampliando a sua importância.

a importância da igualdade não mais como requisito para implementação da democracia, mas como a meta suprema de uma democracia mais próxima do modelo clássico, expressado de forma principiológica.

É, pois, de suma importância a presença da igualdade para a democracia, não se refletindo meramente em igualdade de condições econômicas, mas junto a esta também o acesso à educação e à comunicação, o pluralismo político e a redução das desigualdades de rendimentos.

Observa-se que a adoção do metaprincípio de igualdade material como condição pré-existente à democracia e como qualificador de sua definição se revela, na moderna doutrina sobre a democracia, elemento integrante do princípio democrático, pois influi nos predicados da decisão manifesta pela maioria e a qualifica.

1.2 O constitucionalismo

A noção de constitucionalismo está intrinsecamente ligada à ideia de limitação de poder que surge com o Iluminismo como forma de restringir a atuação do monarca para garantir a proteção dos direitos individuais. Assim, nas esteiras das revoluções burguesas que se insurgiam contra o absolutismo, foi o constitucionalismo a bandeira levantada pelo novo movimento político que pregava a livre iniciativa e o direito de propriedade.

Contudo, mais que um movimento defendido por uma classe econômica que buscava espaço de atuação política no Estado, foi o constitucionalismo moderno uma ideologia de ruptura filosófica, histórica e cultural do homem antigo, extremamente ligado ao poder teológico, que agora passa a se manifestar com bases racionais, reconhecendo-se a partir de si mesmo e não mais na imagem de uma entidade divina.

Como bem assevera André Ramos Tavares (2006, p. 98), a partir de uma concepção racionalista e antropocentrista iniciada no século XVIII, o homem vai fixar-se no centro das atenções de uma forma que nem mesmo as “mais furiosas tradições mítico-religiosas” poderão tirar a condição de pilar do governo encampado pela razão humana.

Assim, com o processo de secularização do poder político efetivado no constitucionalismo moderno, o que definiu as leis fundamentais do Estado foi um poder mundano, de homens, que como tal não poderia ser absoluto e ilimitado, e sim contido por meio da separação dos poderes e pela observância aos direitos fundamentais, matérias necessariamente previstas na Constituição. Na lição de J.J Gomes Canotilho (1997, p. 45-46):

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

Com algumas premissas delineadas no conceito acima apresentado, pode-se caracterizar o constitucionalismo moderno, destacando-se os elementos que lhe são inerentes. Releva-se, assim, o propósito de racionalização e despersonalização do poder do Estado e para este fim faz-se necessária a existência de uma Constituição escrita, rígida, com a transcrição dos direitos fundamentais e com a organização e divisão dos poderes.

Tem-se, como característica fundamental do constitucionalismo, a ideia de Constituição como diploma legal com superioridade hierárquica no ordenamento jurídico que regula as competências dos poderes estatais – enfatizando a divisão de prerrogativas - e o respeito aos direitos fundamentais do homem. É, portanto, além da norma jurídica suprema, o documento político no qual se declaram as liberdades e os direitos individuais do cidadão e se determinam os limites dos poderes políticos do Estado. Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (1999, p. 3) definem o conceito de Constituição:

[...] Constituição como organização sistemática dos elementos constitutivos do Estado, através da qual se definem a forma e a estrutura deste, o sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos poderes, o modelo econômico e os direitos, deveres e garantias fundamentais, sendo que qualquer outra matéria que for agregada a ela será considerada formalmente constitucional.

Sendo, pois, o constitucionalismo uma ideologia, é a Constituição o documento jurídico que materializa e representa este movimento, por meio da qual serão expressos os valores de uma comunidade, bem como seu conteúdo histórico e político.

1.2.1 O neoconstitucionalismo como tentativa de superação do positivismo e do formalismo nas ciências jurídicas

O constitucionalismo moderno, inicialmente idealizado nas esteiras do positivismo e do formalismo jurídico, entendia o direito como uma forma válida com orientação formal de um querer e exigir jurídico determinado, pelo qual só poderia ser apreendido e desenvolvido por meio de quadros mentais disponíveis.

Este modo de pensar o direito tem suas influências no racionalismo e nas codificações, que realizou o ideal revolucionário burguês da França de 1789, servindo de modelo à pretensão de um direito simples, claro, sucinto e ao mesmo tempo unitário, completo e coerente, que se reflete na submissão do juiz à lei e na diminuição do seu poder criativo.⁸

Assim é que o formalismo e positivismo jurídico constituem, na definição de Wilhelm Canaris Claus (2002, p.16), o *grande lastro metodológico do século vinte* o que provocou a paralisia no desenvolvimento da ciência do direito, diametralmente oposto ao desenvolvimento da dogmática jurídica cheia de fórmulas e conceitos fechados, que tem seu ápice na *Teoria Pura do Direito* de Kelsen (1984), na qual prevalece a pureza da ciência jurídica em detrimento de qualquer sincretismo metodológico.

Em favor desta pureza científica, Kelsen vai além do positivismo do século XIX e do começo do século XX, pois visando a uma ciência coesa, sobretudo no ponto de vista metodológico, constrói um sistema unitário que propõe ser coerente, completo, independente e intrínseco, tendo sua lógica na racionalidade dedutiva do próprio ordenamento à espera, apenas, de uma revelação, sem qualquer participação criativa do sujeito cognoscente (BONAVIDES, 2006, p. 111).

O positivismo e formalismo jurídico irão se refletir no modelo de Constituição que Ferdinand Lassale (1995) define como *folha de papel do racionalismo*, na qual é a Constituição apenas uma declaração de direitos políticos, dotada de normas meramente programáticas com baixa densidade jurídica. Este modelo mostra-se impregnado pela ideologia liberal que defende o absteísmo estatal, uma vez que fincado apenas na ideia de limitação do Poder e garantia dos direitos de liberdade individual.

⁸ A derivação lógica do desenvolvimento da escola da exegese era vinculada aos ideais reacionários

Desta forma, a Constituição nessa perspectiva de Estado de Direito é entendida como Constituição do liberal-individualismo que se encerra por si mesma numa decisão fundamental do sentido da liberdade burguesa, em seus múltiplos aspectos: a liberdade pessoal, a propriedade privada, a liberdade de contratar e a liberdade de indústria e comércio, entre outras (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 46).

Em sentido contrário ao Estado de Direito liberal, o modelo de constituição implementado na metade do século XX revela-se extremamente compromissário, pois mais que o perfil político de uma sociedade, intenta um novo pacto que concilie Estado com a comunidade por meio da realização de programas sociais que visam à igualdade de condições entre os cidadãos.

Assim, com a concepção do Estado Social, há a previsão de um extenso rol de direitos elencados constitucionalmente como fundamentais que resulta na profusão de constituições longas e complexas, nas quais se buscam a efetividade não mais apenas das garantias de liberdades individuais do cidadão, com uma abstenção da ação estatal, mas também da realização de direitos de natureza prestacional que vai exigir do Estado uma atuação ativa para o respeito e cumprimento da vontade da Constituição. Veja-se, pois, a lição de Gina Vidal Marcílio Pompeu (2005, p.111):

Os textos constitucionais não mais se limitam a regulamentar as características do estado, a separação de poderes, e a inibir a sua ação contra os direitos individuais. As constituições hodiernamente são dirigentes, visam a modificar a realidade, transformá-la, obrigando o Estado a tomar certas decisões que viabilizem os direitos sociais e que garantam aos cidadãos meios de acesso a uma vida mais justa e igualitária.

Para os propósitos acima delineados, será necessária a superação do modelo de normatividade formal defendido pela ciência jurídica positivista. Torna-se, pois, imprescindível a implementação de uma pauta que valorize a Constituição com o reconhecimento da sua força normativa e do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo (2006, p. 86) ensinam que:

O Estado Constitucional contemporâneo, ao contrário, vê: (1) a supremacia da Constituição sobre a lei ordinária e, portanto, (2) a subordinação da vontade legislativa ao conteúdo de justiça constitucionalmente previsto: a Constituição não constitui um mero invólucro político e de inspiração para o sistema e nem ao menos um simples e posterior grau de formalidade, mas sim introduz um vínculo substancial à criação do direito positivo, que é (3) rígida e (4) garantida.

da Assembléia burguesa como limite de atuação e criação do direito pelo Judiciário (representado pelo "juiz boca da lei", na definição de Montesquieu). Cf. Rocha (1995, p. 167).

Há, portanto, o desenvolvimento de uma nova hermenêutica jurídica que busca a dignidade da Constituição, colocando-a como norma central do ordenamento jurídico por meio da adoção de princípios procedimentais de aplicação da lei constitucional, tais como o princípio da supremacia da constituição, da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, da interpretação conforme a Constituição, dentre outros.⁹

A relevância desta nova forma de pensar e interpretar o direito dá-se em função da autoaplicabilidade do texto constitucional que, por estar impregnada de conteúdo valorativo, não se satisfaz com os instrumentos tradicionais da hermenêutica jurídica. Destarte, os modelos clássicos de interpretação não se prestam para explicar conceitos indeterminados, normas em branco; a ambiguidade intencional das normas contratadas;¹⁰ enfim, para integrar qualquer proposição que necessite de valoração por parte do intérprete.

Ainda sobre a reformulação da teoria do direito arraigada na valorização da Constituição, tem-se o reconhecimento da normatividade dos princípios e a distinção qualitativa destes em relação às regras, defendidos pela corrente jusfilosófica denominada de pós-positivismo, a qual trabalha temas como colisão e ponderação de princípios e cobra do aplicador do direito mais que uma operação de subsunção do fato à lei (BARROSO, 2010, *on line*). Assim, autorizados por este movimento que reconhece o direito a partir de uma interpretação na qual o sujeito cognoscente não só o descobre, mas participa da sua definição, tem-se o desenvolvimento da criação judicial do direito.

Este novo comportamento do Poder Judiciário é defendido com entusiasmo pelos que se proclamam neoconstitucionalistas e pós-positivistas, entretanto, é atacado por doutrinadores que apontam a indefinição das regras hermenêuticas de interpretação constitucional e o déficit de legitimidade democrática dos juízes para agirem como legisladores positivos. Sobre o conflito, as palavras de Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo (2006, p.100):

O poder judiciário, neste quadro, configura-se como um instrumento de contrabalanceamento do poder legislativo que anula as decisões que

⁹ Para um estudo mais aprofundado sobre o tema da interpretação constitucional recomenda-se Luís Roberto Barroso (2003).

¹⁰ Na explicação de Jose Albuquerque Rocha (1995, p.120) as normas contratadas são aquelas em que o legislador implicitamente delega ao intérprete o poder de atribuir um sentido concreto ao seu conteúdo.

ultrapassam os limites de tal competência legislativa. A configuração da Constituição neoconstitucionalista, por outro lado, retira a tarefa das escolhas políticas das mãos do legislador, aumentando o poder da jurisdição. Deste modo, cria-se o risco de um assim chamado 'governo dos juízes' e, ao menos em parte, o perigo de um governo de juízes, ainda que se dissolva o possível risco da 'tirania da maioria.'

1.3 Da tensão entre democracia e constitucionalismo

Tratadas as noções gerais do constitucionalismo e da democracia, cumpre abordar a tensão entre estes conceitos, pois a partir desta irão se desenvolver as duas formas de compreender a atual função do Judiciário no Estado Democrático de Direito. Destarte, como bem atentam Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo (2006, p.80):

Constitucionalismo e democracia, entretanto, são ideais que podem, entre eles, colidir: o constitucionalismo liberal visa defender uma ampla área de relações individuais das decisões da maioria, enquanto a democracia atribui à maioria as decisões fundamentais, ampliando a esfera individual regulada pelo direito.

Com este intuito, devem-se estabelecer as premissas que defendem de um lado a supremacia da Constituição, e nesta perspectiva a sua efetivação com uma atuação ativa do Poder Judiciário, e do outro a revalorização do princípio democrático com a relevância do processo de discussão e formação do direito. É, portanto, o que se intenta pontuar nos subitens seguintes. Cumpre ressaltar que as teorias apresentadas possuem o mesmo pressuposto, pois se tratam de modelos democráticos; o que irá diferenciá-las é o seu enfoque: de um lado uma concepção procedimental, do outro uma concepção substancial.

1.3.1 *Democracia comunitarista e substantiva: defesa do ativismo judicial*

Em acusação ao regime democrático, já afirmava Platão que a democracia tendia naturalmente à anarquia. Em pensamento semelhante, Toqueville denuncia um mal enraizado na mente popular que “corrói até transformar em pó as instituições aparentemente mais promissoras e mais sólidas” (GOYARD-FABRE, 2003, p. 60).

De fato, considerando-se a formulação de governo do povo como cerne do princípio democrático, infere-se a fragilidade da essência humana e mais ainda das massas de homens que quando desprovidos de uma boa educação política, de um satisfatório acesso à informação e, sobretudo, de um forte sentimento cívico de

coletividade, satisfazem-se com a retórica ilusionista da ideia de democracia. É neste sentido, portanto, que a democracia se torna o discurso recorrente para alienação popular e serve aos propósitos do ideal liberal de mercado.

Buscando ceifar os males de uma democracia liberalista, surge a proposta alternativa de uma democracia comunitarista¹¹ que ataca, sobretudo, o individualismo e o apego à proteção da esfera privada. Não se busca com isto efetivar um modelo socialista de governo, mas sim propor uma mudança de comportamento aos cidadãos, para que saiam da sua condição de isolamento e passem a participar mais ativamente das questões públicas.

A proposta de uma democracia comunitarista inicia-se a partir de uma mudança de pensamento, agora não mais centrada em uma razão individual como no liberalismo, mas sim, nos moldes do pensamento kantiano, em um “uso público da razão”. Assim, por meio desta razão pública, promover-se-á uma cidadania real com educação e engajamento político que permitirá uma efetiva participação do povo na vida política e nas decisões fundamentais do Estado (GOYARD-FABRE, 2003, p. 298).

A democracia comunitarista tenta, pois, resgatar o espaço público com a defesa de decisões valorativas direcionadas sempre por uma razão coletiva na qual se pretende formar uma *comunidade de ideias* que se reflete em um neorepublicanismo, no qual se busca a ampliação da comunidade participativa formada por cidadãos inseridos em um contexto o mais igualitário possível. Desta forma, defendem a valorização de um espaço público em que será promovido o diálogo entre os valores comunitários e as liberdades individuais (VIDAL, 2009, p. 144).

Observa-se, assim, que a democracia comunitarista não tenta suplantar a liberdade individual em nome da razão coletiva, nem mesmo opor em um antagonismo insuperável as esferas do público e do privado, mas sim permitir o entrosamento dos dois discursos, ou seja, misturar as regras que exigem um justo público com as regras privadas que visam a um bem pessoal, prevalecendo aquelas sobre estas, haja vista fazer parte da vocação fundamental da justiça proteger pública e coletivamente os direitos dos indivíduos (GOYARD-FABRE, 2003, p. 298).

¹¹O movimento comunitarista tem seu início na década de 1980 nos Estados Unidos, em resposta ao movimento neoliberal de desestatização da economia. Como exemplos de defensores desta corrente pode-se citar Amitai Etzioni, Bruce Ackerman, John Rawl, F.I. Michelman.

Embora defenda a primazia das regras públicas sobre as privadas, o movimento comunitarista não pode ser confundido com uma tentativa de retorno ao intervencionismo do modelo de Estado do bem-estar social, pois defendem que o espaço de deliberação pública não será promovido apenas pelo Estado, mas também por várias instâncias da sociedade civil organizada, como família, igreja, organizações sociais, grupos étnicos e políticos, empresariado, etc.

Assim, o objetivo da corrente comunitarista é superar o liberalismo democrático, no qual é dada excessiva importância à esfera privada e à autorrealização pessoal. Neste sentido é a lição de Jânio Nunes Vidal (2009, p. 147)

[...] enquanto a proposta liberal relaciona-se com a idéia de Constituição-garantia (liberdades negativas), o pensamento comunitário, sem negar a importância de tais direitos e liberdades, recorre à idéia de Constituição-projeto. Nessa concepção, a Constituição – com seu sistema de direitos - significa um projeto social que deve ser compartilhados pelos indivíduos comprometidos com determinados valores. Dessa forma, os direitos fundamentais são traduzidos como liberdades positivas, enquanto participação ativa da cidadania no processo de deliberação pública.

Com os propósitos de uma democracia comunitarista, busca-se fundamentar as decisões de ativismo judicial sob o pretexto de realizar a pauta valorativa incorporada na Constituição, sendo esta reflexo dos valores compartilhados na comunidade (VIDAL, 2009, p. 148). Desta forma, defendem que a legitimidade da jurisdição constitucional não é diretamente ligada à soberania popular, mas não se divorcia desta por completo, pois é derivada, inferida do direito de autodeterminação do povo previsto no texto constitucional.

Portanto, defendem os comunitaristas uma nova forma de autodeterminação democrática que trabalha a política não como um conceito estranho e burocratizado em relação ao povo, mas sim integrante de todos os espaços de discussão além dos debates parlamentares. Nesta perspectiva é que os juízes dos Tribunais Constitucionais assumem o papel de guardiães de um neorepublicanismo que garanta esta prática de autodeterminação, atualmente dissociada do povo, pois silenciada e congelada nas rotinas parlamentares (HABERMAS, 2003, p. 344).

Em crítica ao papel do Tribunal Constitucional formulado pelos comunitaristas, Habermas (2003, p. 347) chama a atenção para as conotações excessivas que uma política deliberativa pode trazer colocando a jurisdição constitucional sob pressão permanente:

Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transformou na ‘comunidade dos intérpretes da constituição’ -, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor.

Também na defesa do constitucionalismo, quando confrontado à ideia liberal de democracia, tem-se a chamada democracia substantiva que se fundamenta em uma ordem jurídica geral de princípios fomentados com a sistemática de direito implantada pelo Estado Social que põe em pauta a realização e irradiação dos direitos fundamentais, reconhecidos além das liberdades individuais, para todas as esferas do direito.

A relevância dos direitos fundamentais alçados à condição de cláusulas pétreas da Constituição, reconhecidos juridicamente e autoaplicáveis, condiciona a vontade da maioria, vez que, quando confrontados os direitos fundamentais com decisões oriundas do processo democrático, aqueles prevalecem, pois fundados nos mais altos compromissos da comunidade.

Portanto, nesta perspectiva, os direitos fundamentais são identificados como princípios elementares da ordem e, assim, reclamam não só a observância subjetiva, mas igualmente o caráter jurídico objetivo que vincula a formação de todo o conteúdo normativo do ordenamento jurídico.

Para a teoria da democracia substantiva, a supremacia dos direitos fundamentais impõe-se, inclusive, perante o princípio da soberania popular para proteger certos núcleos de direitos de eventuais usurpações advindas de processos majoritários de deliberação, haja vista que nem sempre uma lei formulada pela vontade da maioria será uma lei justa que respeitará os direitos individuais e a vontade da minoria (DWORKIN, 2001, p. 25-32). Desta forma, a democracia não será a simples observância à regra da maioria, mas sim uma democracia constitucional na qual os direitos individuais são trunfos frente à maioria, e a esta se sobrepõe.

A pauta de realização dos direitos fundamentais reclama e guia toda atuação estatal, e o intuito de promovê-la perpassa qualquer limite anteriormente estabelecido pelo Estado liberal, inclusive a rigidez do princípio da separação dos poderes. Assim, como a democracia substantiva se assenta no desenvolvimento da teoria dos direitos

fundamentais e em virtude destes possuírem uma natureza principiológica, para sua aplicação, exige-se do intérprete uma interpretação construtiva.

Assim, as decisões judiciais coadunadas aos propósitos de uma democracia substantiva dão espaço a uma jurisdição criativa que no momento da interpretação responda e complete o sentido do princípio constitucional o qual se intenta efetivar. Sobre o assunto, cumpre abordar a lição de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco (2008, p. 94-96) que explicam e defendem a interpretação construtiva do Juiz nas seguintes proposições:

[...]
 a interpretação criadora é uma atividade legítima, que o juiz desempenha – naturalmente – no curso do processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio, que deve ser coibido porque, supostamente, estaria situado à margem da lei;
 toda compreensão se dá a partir da pré-compreensão do intérprete, que funciona como condição de possibilidade para o surgimento e desenvolvimento da compreensão;
 a compreensão de qualquer preceito jurídico depende da pré-compreensão do intérprete sobre a coisa ou o referente fundamental a que chamamos Direito, e que o legislador procura nos comunicar através dos enunciados normativos;
 toda norma só vigora na interpretação que lhe atribui o aplicador legitimado a dizer o direito;
 legislador não é autor material da lei, por virtude de cuja autoridade ela foi promulgada, mas aquele por cuja autoridade ela continua em vigor;
 o silêncio desse legislador ideal, que pode desautorizar qualquer interpretação, mas se abstém de fazê-lo, confere legitimidade à compreensão que atribuem às normas os juízes e tribunais;
 a vontade do legislador não é um ato voluntário, completamente produzido no momento em que dá origem à lei, mas uma energia que a regenera de modo contínuo, como se estivesse a (re)produzi-la numa gestação infinita;
 a interpretação jurídica não consiste em pensar de novo o que já foi pensado, mas em saber pensar até ao fim aquilo que já começou a ser pensado por outrem;
 esse fim, entretanto, não existe de fato, porque toda norma, como objeto cultural, está sempre aberta a novas interpretações;
 o sentido jurídico, sendo externo às normas, em certa medida, embora não possa contrariar de todo o seu enunciado, exige a criatividade do intérprete para se revelar completamente;
 sem o trabalho de mediação e de concretização, que se impõe ao intérprete-aplicador, este não realiza o ideal de justiça, que consiste em dar a cada um o que é seu;
 à luz do conhecimento histórico, pode-se dizer que a experiência do absolutismo e a desconfiança nos magistrados do rei foram as causas determinantes da dogmatização ou do endurecimento do princípio da separação dos poderes;
 a consolidação do Estado de Direito, em cujo âmbito tem-se mostrado eficaz o sistema de freios e contrapesos, afigura-se como razão suficiente para que se aposente essa velha camisa-de-força.

Filiando-se a esta atuação jurisdicional pautada na tese substancialista, Mauro Cappelletti (1993, p.99) defende a interpretação criativa dos Tribunais Constitucionais como forma de inclusão dos direitos da minoria, muitas vezes

suplantados pela maioria da democracia liberal, pois o processo judicial se revela mais aberto à oitiva dos grupos marginais que a arena legislativa, inacessível por seus aparelhos burocráticos.

Em contraponto, preocupando-se em limitar este comportamento criativo jurisdicional, desenvolve-se a corrente da autocontenção judicial – *self restraint* – que nega a atividade criativa do juiz e a ingerência deste poder nas questões políticas do Estado.

Nas esteiras deste movimento, Antoine Garapon (1999, p. 24) denuncia a forma como atualmente os juízes se manifestam em inúmeros setores da vida social, notadamente na vida política, tornando-se, pois, árbitro da moralidade. Assim, afirma o doutrinador que o aumento das funções conferidas ao Juiz reflete, na verdade, o desmoronamento simbólico do homem e das sociedades democráticas: “O Juiz torna-se igualmente uma referência para o indivíduo perdido, isolado, sem raízes – produzido pelas nossas sociedades -, que procura no confronto com a lei o último resquício de identidade”. E prossegue afirmando: “O prestígio contemporâneo do Juiz procede menos de uma escolha deliberativa do que de uma reação de defesa em face de um quádruplo desabamento: político, simbólico, psíquico e normativo” (GARAPON, 1999, p. 26).

1.3.2 Democracia procedimental-discursiva: defesa do princípio democrático

Visualizando a democracia sob o enfoque do procedimento pelo qual as decisões são formadas, Jürgen Habermas (2003) defende uma opção de democracia deliberativa, que legitima as decisões pela discussão pública e argumentativa e se preocupa mais com a regularidade do procedimento de debate do que com a substância das conclusões. O relevante neste modelo é a “premissa deliberativa de argumentação pública entre iguais” (VIEIRA, 2008, p. 39).

Assim, nesta perspectiva, a validade do direito esta necessariamente atrelada a observância do procedimento democrático de sua produção, o qual se qualificará com a manifestação intersubjetiva dos cidadãos na sua criação. Esta validade será operacionalizada com a adoção do princípio de discurso, institucionalizado juridicamente pela figura de um princípio da democracia, que confere legitimidade ao processo de normatização:

[...] a idéia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica.

[...]

Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção do direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo *co-originário* (HABERMAS, 2003, p. 158).

O princípio do discurso tem como pretensão operacionalizar a prerrogativa de iguais liberdades subjetivas de ação para com isto fundamentar direitos elementares da justiça, sendo esta identidade de condições o início necessário para obtenção de direitos legítimos. Assim, ensina Habermas (2003, p. 162) que o direito a igualdade e os correlatos direitos a associação e a manifestação, são o que estabelecem o código jurídico enquanto tal. “Numa palavra: não existe nenhum direito legítimo sem esses direitos.”

Observa-se, assim, quanto o modelo de democracia deliberativa trabalha e valoriza o espaço de discussão pública, compreendendo-a como uma arena na qual os indivíduos, com iguais liberdades subjetivas de ação, se associam para debater questões de interesse coletivo por meio de um processo argumentativo em que se acolhe a decisão de maior consenso.

Evidencia-se, desta forma, que pela participação ativa no processo argumentativo, as decisões oriundas terão um maior reconhecimento dos cidadãos, haja vista sua produção ter se resultado de uma conjunção de razões expostas na deliberação. Assim explica Habermas (2003, p.164):

De acordo com o princípio do discurso, podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais. 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 a 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.

No modelo de democracia discursiva, o poder do Estado que emana do povo se apresenta no procedimento intersubjetivo de debate entre os cidadãos, o qual só se tornará possível com o incremento das

formas de liberdades de opinião e de informação, das liberdades de reunião e de associação, de liberdades de fé, de consciência e de confissão, de autorizações para a participação em eleições e votações políticas, para a

participação em partidos políticos ou movimentos civis, etc. (HABERMAS, 2003, p. 165).

Habermas (2003, p. 159-161) classifica como direito fundamental por excelência “os direitos fundamentais legítimos à participação nos processos de formação da opinião e da vontade do legislador”, pois é esta condição para a identificação dos demais direitos, haja vista que a própria constituição tem uma fixação apenas relativa do conteúdo das normas constitucionais, pois seu sentido evolui em um processo de interpretação constitucional continuada.

Assim, para Habermas (2003), a Lei Magna não pode ser estática e imutável, pois é produto constante das modificações sociais, devendo guardar com a comunidade um procedimento contínuo de legitimação, por meio de todos os níveis sobre processos discursíveis de positivação do direito.

No agir comunicacional pregado por Habermas (2003), busca-se inculcar uma ética da discussão para superar o formalismo jurídico e o individualismo, vez que não se coadunam com uma sociedade pluralista, interativa e complexa.

Assim, rompe o autor com os preceitos da teoria política tradicional que formulava um imenso hiato entre representantes e representados, pois com a “política deliberativa” o agir comunicacional vai expor os atores políticos em uma relação horizontal de influência e relevância no processo democrático.

Com efeito, Habermas (2003) defende em sua teoria procedimentalista a importância de uma “ética da discussão” fundada em uma “razão comunicacional” produzida em um “espaço público autônomo e passível de ressonância”, como meio capaz de dar validade às normas jurídicas, haja vista que com a adoção deste procedimento discursivo serão estas verdadeiramente democráticas, posto que legítimas.¹²

¹²Em crítica contundente ao paradigma comunicacional proposto por Habermas, Simone Goyard-Fabre (2003, p. 324-339), dedica espaço relevante em sua obra “O que é democracia” na qual acusa a teoria procedimentalista de uma “surpreendente mistura de gêneros” com “cientificidade duvidosa”, vez que a mistura do jurídico com o político e o sociológico “não esclarece a fundação do direito, mas sim o envolve em uma opacidade. “É verdade que, dos pontos de vista econômico e político, as sociedades atuais não são mais as do tempo das Luzes em que os triunfos da razão, à sombra de um humanismo abstrato, também eram os do individualismo e do liberalismo. As sociedades atuais querem que o legislador ouça a voz dos cidadãos e responda aos anseios da opinião pública. Mas não é absolutamente certo que a verdade da democracia resida na multiplicação das ‘mesas redondas’ como lugar de discussão ou, como se diz, de ‘negociações’, e, menos ainda, na pressão dos movimentos de protestos, nas petições de todo tipo ou nos *slogans* da

Ao tratar especificamente sobre o papel e a legitimidade da jurisdição constitucional, Habermas (2003, p. 297) questiona como a interpretação construtiva pode operar no âmbito da divisão de poderes do Estado de direito, sem que a justiça invada competências legisladoras. Assim, narra que a crítica à jurisdição constitucional se apoia em três pontos: a crítica à prática de decisão do tribunal constitucional, que se apoia numa interpretação liberal do esquema clássico de divisão de poderes; a crítica à indeterminação do direito, que se orienta por princípios com a comparação entre bens; e, por fim, a crítica ao papel do tribunal constitucional, notadamente nos Estados Unidos, de renovar uma compreensão republicana não instrumental do processo político em seu todo (HABERMAS, 2003, p. 298-299).

Para Habermas (2003, p. 326), a função da jurisdição constitucional é examinar os conteúdos de normas controvertidas, notadamente no contexto dos pressupostos comunicativos e nas condições procedimentais do processo de legislação democrática, sem, contudo, intervir na deliberação substancial política de elaboração da lei que compete à esfera de discussão do legislativo. Aduz o autor (2003, p. 329) que embora os discursos jurídicos detenham uma elevada suposição de racionalidade, não podem substituir discursos políticos, vez que são nestes que residem a fundamentação da norma e a determinação de objetivos. Explica (HABERMAS, 2003, p. 324), pois, que:

[...] os argumentos legitimadores, a serem extraídos da constituição, são dados preliminarmente ao tribunal constitucional, na perspectiva da aplicação do direito – e não na perspectiva de um legislador, que interpreta e configura o sistema dos direitos, à medida que persegue suas políticas.

Assim, no que diz respeito à legitimidade da jurisdição constitucional, Habermas (2003, p. 326) defende que a legitimidade do direito, necessariamente, está atrelada às “condições processuais da gênese democrática das leis” e que, desta forma, a jurisdição constitucional deve examinar os pressupostos comunicativos e as condições procedimentais do processo de legislação democrático.

Afirma, citando Ely (HABERMAS, 2003, p. 327-329), que a jurisdição constitucional não pode se justificar no discurso paternalista que se alimenta de uma

rua. As regras de um direito erigido sobre tal base têm ademais uma precariedade perturbadora, pois as reivindicações de amanhã são imprevisíveis” (GOYARD-FABRE, 2003, p. 335).

desconfiança acerca da irracionalidade do legislador “que depende de lutas de poder e de votações emocionais”, e de uma atuação jurisdicional distanciada da política e, supostamente “com uma racionalidade superior de seus discursos profissionais”. Defende, portanto, que a pauta da jurisdição constitucional se guie para

[...] às condições da gênese democrática das leis, iniciando pelas estruturas comunicativas de uma esfera pública legada pelos meios de massa, passando, a seguir, pelas chances reais de se conseguir espaço para vozes desviantes e de reclamar efetivamente direitos de participação.

Habermas (2003, p.321) questiona igualmente o fundamento da jurisdição constitucional voltado para a realização de direitos fundamentais concebidos como bens teleológicos do direito por meio do emprego da técnica defendida por Alexy de colisão de princípios. Para o autor, “ao deixar-se conduzir pela idéia de realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária”. E prossegue:

na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos. (HABERMAS, 2003, p. 321-322).

Desta forma, a democracia-discursiva defendida por Habermas (2003) critica o “inchaço burocrático” e o “governo de juízes” que se apresentam nos modelos de democracia contemporâneos – quer seja no sistema de Estado Liberal, ou no Estado Providência – propondo, assim, a concepção processualista do Estado de direito democrático como alternativa à erosão do Estado de Direito e ao déficit de legitimidade democrática das comunidades. Afirma, portanto, que “somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito” (HABERMAS, 2003, p.326) e estas se efetivam com a dignidade do procedimento de formação da opinião e da vontade do povo, haja vista que a intersubjetividade do espaço de discussão pública é que vai caracterizar as decisões como verdadeiramente legítimas, não importando quais sejam os seus conteúdos.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL

Após dissertar sobre a democracia e o constitucionalismo - notadamente o neoconstitucionalismo -, abordar a tensão entre estes conceitos e, em consequência, analisar a atual função do Judiciário no Estado Democrático de Direito sob a perspectiva dos que defendem, de um lado, a efetivação dos direitos fundamentais por meio de uma atuação proativa deste poder, e do outro, os que confiam ao Judiciário o papel de órgão garantidor do processo discursivo da gênese normativa, cumpre, neste momento do ensaio acadêmico, que se examine a jurisdição constitucional. A jurisdição constitucional, na lição de José Adércio Leite Sampaio (2002, p. 23), revela-se como:

Uma garantia da Constituição, realizada por meio de um órgão jurisdicional de nível superior, integrante ou não da estrutura do Judiciário comum, e de processos jurisdicionais, orientados à adequação da atuação dos poderes públicos aos comandos constitucionais, de controle da atividade do poder do ponto de vista da Constituição, com destaque para a proteção e realização dos direitos fundamentais.

Desta forma, pretende-se no capítulo que se inicia abordar a noção clássica de jurisdição constitucional, descrevendo os pontos relevantes dos seus principais modelos. Após, far-se-á o estudo do ativismo judicial, tratando-o como abuso da atividade jurisdicional. Ao fim, serão expostas as suas críticas no que se refere à violação ao princípio da separação dos poderes e ao déficit de legitimidade democrática deste comportamento do Poder Judiciário.

2.1 Os modelos clássicos de jurisdição constitucional

O principal objetivo do modelo constitucional atual é assegurar o equilíbrio entre democracia e justiça. Neste sentido, a fim de que seja aplicado o que prega o texto constitucional, busca-se com a jurisdição constitucional a melhor interpretação dos valores fundamentais do Estado na resolução das lides.

Tendo em vista que a mera previsão das aspirações políticas e ideológicas de um povo em um documento escrito, formal e rígido não é bastante para garantir a efetividade dos preceitos constitucionais, intentam-se mecanismos que aprimorem as disposições constitucionais de maneira que possam efetivamente ser concretizadas no plano social. Assim, a jurisdição constitucional pretende ser uma instância imparcial regida pelos ditames da Lei Maior que busca a solução dos conflitos, funcionando como importante instrumento para a consolidação dos direitos fundamentais.

Evidencia-se, pois, uma intrínseca relação entre Constituição e jurisdição constitucional, vez que é aquela o documento jurídico que representa o ideal político de um povo, o qual será concretizado através da atividade exercida por esta. Desta forma, a jurisdição constitucional nasce como meio de defesa dos dizeres constitucionais pelo Poder Judiciário, que hodiernamente não só verifica a validade de atos normativos infraconstitucionais por meio do controle de constitucionalidade, mas também atua com uma interpretação criativa da lei, objetivando a máxima efetividade da vontade da Constituição.

Ver-se-á a seguir como surgiram e em que resultaram os modelos de jurisdição constitucional, abordando-se, inclusive, o modelo de jurisdição constitucional híbrido adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2.1.1 O modelo norte-americano

Atribui-se à doutrina norte-americana a formulação primeira do controle jurisdicional das leis, vez que também se classifica como inicial a Constituição dos Estados Unidos de 1787 nos moldes do que hoje é definida e na posição de supremacia que se encontra no ordenamento jurídico. Ensinam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco (2008, p. 1005): “O controle de constitucionalidade difuso ou americano assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional.”

Com o desenvolvimento da ideia de supremacia normativa da Constituição, revela-se a formulação de um poder estatal que ultrapassa a mera função de aplicar a lei no caso concreto, pois se exige a atuação de “guardiões da constituição” que possam garantir, além da aplicação dos dispositivos constitucionais, a efetividade e a

vontade da Constituição irradiadas para todas as relações jurídicas que, necessariamente, devem estar compatibilizadas com os valores constitucionais. Cabe, então, ao Judiciário este desiderato para o qual todo sacrifício poderá ser intentado com o objetivo de se garantir sempre a vontade da Constituição, até mesmo a invalidação de atos oriundos do poder democrático por excelência, o Legislativo.

Assim, funciona a jurisdição constitucional como meio hábil de declarar nulo toda lei e ato normativo que contrariem a Constituição, sendo esta o filtro de validade das demais normas produzidas pelo Legislativo. Presta-se, pois, esta atividade jurisdicional para frear os excessos do Legislativo comum, fazendo com que a maioria não conduza os Estados apenas com os seus desígnios, mas que respeite os direitos das minorias e a vontade do poder constituinte originário. Vejam-se as palavras de Luís Roberto Barroso (2006, p.55):

[...] A Constituição, obra do poder constituinte originário e expressão mais alta da soberania popular, está acima do poder constituído, subordinando inclusive o legislador. Se a Constituição tem *status* de norma jurídica, cabe ao Judiciário interpretá-la e aplicá-la. Ainda quando decida conflitos de natureza política, os critérios e métodos dos órgãos judiciais e das cortes constitucionais são jurídicas.

Portanto, o Poder Judiciário atua na defesa do poder contramajoritário, preservando as minorias. Até porque uma democracia não se restringe apenas a uma maioria em detrimento dos demais cidadãos: “O poder da maioria poderia levar ao aniquilamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, suprimindo os direitos das minorias e comprometendo a própria democracia” (VIDAL, 2008, p. 22).

O modelo norte-americano de jurisdição constitucional, denominado de *judicial review*, surgiu de construção jurisprudencial com o célebre julgamento *Marbury vs. Madison*, quando o então presidente da Suprema Corte americana, John Marshall, de forma inédita, afirma a incompatibilidade de uma lei federal com a Constituição, afastando, assim, a aplicação da lei inconstitucional.

O julgamento centrou-se em declarar inconstitucional a seção 13 do *Judiciary Act*, de 1789, que ampliava a competência da Suprema Corte para conhecer assuntos não elencados como de sua seara na Lei Maior. Desta forma, entendeu o Juiz Marshall que uma lei federal não poderia ampliar as competências de um órgão sem a necessária previsão constitucional. Com isto, resolveu-se a questão com o

acolhimento de preliminar de incompetência.

Curioso que, embora aparentemente a decisão tenha sido favorável ao Poder Executivo, pois se entendeu que o assunto não era afeito a questões do Judiciário, foi com este pronunciamento que se lançou mão do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, dando ao Judiciário o poder de dizer o que é conforme ou contrário à Constituição e com este propósito regular a atuação dos demais poderes. Vejam-se, de forma emblemática, alguns trechos da decisão de John Marshall (*apud* BARROSO, 2003, p. 167), na qual defende a jurisdição constitucional:

É evidente atribuição e dever do Poder Judiciário dizer o direito. E aqueles a quem compete aplicar uma regra a casos concretos devem, necessariamente, interpretar esta regra. Se duas leis conflitarem entre si, os tribunais devem decidir sobre a incidência de cada uma. Então, se uma lei estiver em oposição à constituição; se ambas se aplicarem a um determinado caso, exigindo que o tribunal decida ou de acordo com a lei, sem atenção à constituição, ou na conformidade da constituição, sem atenção à lei, cabe ao tribunal determinar qual destas regras conflitantes se aplica ao caso. Esta é a essência da função judicial.

Se, então, os tribunais devem observar a constituição e a constituição é superior a qualquer lei ordinária emanada do Legislativo, a constituição, e não a lei ordinária, é que deve reger o caso ao qual ambas se aplicam.

A partir desta histórica decisão, foram traçadas as características fundamentais do controle judicial norte-americano, quais sejam: a supremacia normativa da constituição, reconhecida como lei fundamental do Estado localizada no topo do ordenamento jurídico, devendo, assim, todas as demais leis e atos normativos se compatibilizarem com ela, sob pena de serem excluídos; a possibilidade de o Poder Judiciário deixar de aplicar uma lei quando perceber em concreto a inadequação desta com a Constituição, e também a noção de nulidade de uma lei contrária à Constituição retroativa ao seu nascedouro, do que decorre a invalidade de direitos e obrigações advindos da lei inconstitucional.

O modelo norte-americano de jurisdição constitucional classifica-se como difuso, pois permite que qualquer instância judicial, ao reconhecer na aplicação da lei em concreto sua incompatibilidade com a Constituição, afaste a sua incidência declarando-a inconstitucional. Contudo, além de todos os órgãos jurisdicionais fazerem o controle de constitucionalidade, cabe à Suprema Corte dar a última palavra sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo, pois detém a eficácia vinculante de suas decisões.

2.1.2 O modelo da Europa Continental

O modelo concentrado de jurisdição constitucional foi concebido por Hans Kelsen na constituição austríaca de 1920, por meio de um sistema de verificação de validade da lei estritamente ligado à ideia de uma ordem jurídica estruturada em escalas, de maneira que o fundamento de uma norma será determinado por outra em grau hierárquico superior àquela.

Neste diapasão, a Constituição representa a norma superior do ordenamento jurídico, devendo, portanto, as demais guardarem consonância com esta, sob pena de serem não apenas inválidas, mas até mesmo inexistentes juridicamente, haja vista que “uma lei inválida não é sequer uma lei” (KELSEN, 1984, p. 367).

No entanto, embora inexistente, a norma inconstitucional só o é depois de assim declarada por meio de um processo especial no qual um órgão com competência descrita na própria Constituição verifica a incompatibilidade dessa lei com o texto constitucional, pois antes desta manifestação tem a norma presunção de constitucionalidade.

Defende Kelsen (1984) a existência de um órgão específico capaz de realizar o controle de constitucionalidade das normas e funcionar como defensor da Constituição na conservação dos preceitos constitucionais e da sua força vinculante. Surge, assim, a ideia do Tribunal Constitucional, que na formulação kelseniana não compõe o Poder Judiciário.

Portanto, o controle de constitucionalidade da Europa continental difere do modelo norte-americano não só pelo fato de ser realizado por um único órgão, não necessariamente jurisdicional, o Tribunal Constitucional, mas também por ter postulados diversos dos que fundamentam o *judicial review* (BINENBOJM, 2004, p. 36).

Enquanto na formulação norte-americana a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem natureza declaratória, ou seja, é um mero reconhecimento de uma lei a qual desde o seu nascedouro é incompatível com a Constituição, no modelo desenvolvido por Kelsen (1984) a decisão judicial é também constitutiva, pois impõe uma sanção que é exatamente a sua retirada do ordenamento jurídico.

Assim, o controle de constitucionalidade concentrado é nada mais que um processo especial de revogação da lei. Desta forma, a lei inconstitucional não é qualificada como tal desde o seu nascedouro, mas tão somente a partir do pronunciamento do Tribunal Constitucional, sendo anulada a sua eficácia a partir desta declaração de inconstitucionalidade – efeitos *ex nunc* –.

Observa-se que com esta formulação de controle de constitucionalidade, Kelsen (1984) procura conciliar as funções do Parlamento e do Judiciário, sem sobrepor uma à outra, pois reconhece a validade da norma produzida pelo legislativo ordinário até o momento de sua confrontação com a Constituição realizada pelo Tribunal Constitucional, o qual, no modelo kelseniano, não é propriamente um órgão do Poder Judiciário, nem exerce uma função jurisdicional ordinária, vez que o controle de constitucionalidade da lei se dá em abstrato, considerando-a em tese e não concretizada em um litígio. Por esta razão, no controle concentrado de constitucionalidade afirma-se não ser uma função típica do Poder Judiciário, mas sim uma forma de legislar negativamente (VIDAL, 2009, p. 89).

2.1.3 O modelo híbrido de jurisdição constitucional brasileiro

Embora a princípio os modelos de jurisdição constitucional acima delineados possam parecer diametralmente opostos, observa-se, com o fomento desta atividade, a fusão destes dois horizontes em uma fórmula híbrida de jurisdição constitucional. Neste sentido, apresenta-se a jurisdição constitucional brasileira como um exemplo deste modelo híbrido no qual é realizado tanto o controle de constitucionalidade difuso, norte-americano, como o concentrado, europeu continental.

O reconhecimento efetivo de um modelo de controle de constitucionalidade misto no ordenamento jurídico brasileiro foi concretizado com a Constituição Federal de 1988, mais especificamente com a Emenda Constitucional n. 16, de 6 de dezembro de 1995, pois nas ordens constitucionais anteriores prevalecia o controle difuso de constitucionalidade.¹

¹ Renato Stanzola Vieira (2008, p. 80-82) chama a atenção para uma incorreta distinção entre controle difuso e concentrado de constitucionalidade, afirmando, inclusive, que o controle concentrado já existia no Brasil desde 1934 por meio da representação interventiva que diz ser forma de controle concentrado de constitucionalidade, embora tenha nítido perfil concreto. Assim, defende o autor que o que distingue os dois modelos clássicos de jurisdição constitucional é a natureza dos efeitos das decisões judiciais (ex

O texto constitucional traz uma mudança, quando cria a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (art. 102, a, c/c o art. 103) no controle abstrato de constitucionalidade brasileiro, a ser feito pelo Supremo Tribunal Federal, órgão da cúpula do Poder Judiciário, por meio de processo de natureza objetiva, no qual se questiona apenas a compatibilidade de uma lei em relação à Constituição, não se admitindo qualquer discussão sobre questões subjetivas. As decisões proferidas neste processo têm efeito *erga omnes* tal quais os moldes já relatados do modelo europeu continental de controle de constitucionalidade.

O rol de legitimados para propor as ações constitucionais do controle concentrado de constitucionalidade é taxativo, descrito no art. 103 da Constituição Federal e repetido no artigo 13 da Lei n. 9868/99 e artigo 2º da lei 9882/99 (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1055):

[...] a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação, e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente.

O controle difuso de constitucionalidade brasileiro, seguindo a inspiração norte-americana, dá-se de forma subjetiva e incidental no processo, podendo ser realizado por qualquer juiz, tendo a decisão de inconstitucionalidade efeitos apenas para o caso analisado – *inter partes* - e eficácia retroativa – *ex tunc*. O controle incidental será exercido pelo magistrado diante do caso concreto em qualquer órgão (ou instância) do Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional, na aplicação da legislação à lide proposta. O reconhecimento de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo no controle difuso pode chegar, igualmente, à apreciação do Supremo Tribunal Federal, agora como instância última jurisdicional, desde que sejam observadas algumas exigências materiais e procedimentais, tais como prequestionamento da matéria nas instâncias inferiores e transcendência dos motivos determinantes.

tunc ou *ex nunc*). Aduz, também, que a concentração e difusão da forma de exercício da Jurisdição Constitucional têm a ver tão somente com os entes legitimados para exercer sua função.

Trata-se, pois, do chamado controle por via de exceção ou de defesa, no qual a parte litigante geralmente aciona a jurisdição no intuito de não cumprir uma norma que avalia ser inválida. A inconstitucionalidade não precisa ser arguída apenas como argumento de defesa, podendo, também, ser o fundamento embasador da pretensão autoral.

Em virtude da adoção deste modelo misto de controle de constitucionalidade, a jurisdição constitucional brasileira possui um complexo aparato de instrumentos de fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos que se revelam nas diversas ações constitucionais exclusivas do controle abstrato de constitucionalidade² e nos incidentes processuais arguídos no controle difuso de constitucionalidade.

Por vigorar ativamente os dois modelos de controle de constitucionalidade clássicos, pode-se afirmar que a jurisdição constitucional brasileira, ao menos em tese, possui um completo aparato de proteção aos preceitos constitucionais, sendo a crítica pertinente ao tema centrada não especificamente na forma, mas sim na sua atuação, haja vista que, em alguns casos, a justiça constitucional se retrai ao apreciar pontos fundamentais para a efetivação da vontade da Constituição, enquanto em outros atua além dos seus limites jurisdicionais, agindo como verdadeiro legislador positivo.

Por esta razão, os debates acadêmicos acerca do tema jurisdição constitucional brasileira se dividem em ativismo judicial ou autocontenção judicial, sendo as discussões tão aparamentadas de exemplos pontuais de ambos os fenômenos que, no confronto de situações tão destoantes, gera perplexidade o fato de se estar tratando da mesma justiça.

2.2 O ativismo judicial

Delineadas acima as premissas básicas do que seja jurisdição constitucional, cumpre neste momento do estudo que se discuta o ativismo judicial, haja vista ser este fenômeno identificado como um abuso do papel da jurisdição constitucional.

² São ações constitucionais típicas do controle concentrado de constitucionalidade feito pelo Supremo Tribunal Federal: a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

A expansão do poder judicial baseia-se na superação dos paradigmas liberais da democracia e se reflete por meio da chamada judicialização da política, que se manifesta na ampliação de competências do órgão jurisdicional para tratar questões que originariamente eram debatidas em outros âmbitos de argumentação, notadamente, no palco de discussões dos órgãos políticos do Estado: o Legislativo e o Executivo.

O processo de judicialização das diferentes esferas de assuntos sociais e políticos tem suas raízes no alargamento do texto constitucional, o qual se caracteriza hodiernamente com um forte conteúdo compromissário, abarcando bem mais que os ideais absteístas do constitucionalismo liberal.

Com o fortalecimento dos princípios de Estado Social, defende-se uma Constituição que busque a igualdade material dos cidadãos através da promoção de direitos prestacionais, exaustivamente descritos, diretamente aplicáveis e subjetivamente reclamáveis. Mais que isto, tem-se o reconhecimento dos ideais sociais em uma perspectiva objetiva que irradia os seus efeitos para todo o ordenamento jurídico e vincula os poderes do Estado a conduzirem-se sempre pautados na sua realização. Sobre este fenômeno, oportuna é a lição de Luiz Werneck Vianna et al. (1999, p.21):

A indeterminação do direito, por sua vez, repercutiria sobre as relações entre os Poderes, dado que a lei, por natureza originária do Poder Legislativo, exigiria o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas à da 'certeza jurídica'. Assim, o Poder Judiciário seria investido, pelo próprio caráter da lei no Estado Social, do papel de 'legislador implícito'. É, portanto, a agenda da igualdade que, além de importar a difusão do direito na sociabilidade, redefine a relação entre os três Poderes, adjudicando ao Poder Judiciário funções de controle dos poderes políticos.

Também, neste sentido é a lição de Horácio Wanderlei Rodrigues (1994, p. 24), para quem a atividade jurisdicional deve ser compreendida dentro do contexto de um Estado Intervencionista que visa a cumprir sua função social: "sua atividade deve ser voltada ao cumprimento dos objetivos fixados pelo Estado no qual está inserida; na fixação desses é indispensável levar em consideração as necessidades e aspirações da sociedade. É esse elemento que lhe confere legitimidade."

Destaca-se, assim, como razão da judicialização da política a tendência do constitucionalismo contemporâneo de incorporar no conteúdo normativo das constituições uma série de princípios e conceitos indeterminados que exigem interpretação construtiva para a sua efetivação.

Sobre o assunto, no âmbito acadêmico são cada vez mais recorrentes os debates que enaltecem a relação entre Poder Judiciário e soberania popular fundamentados em uma filosofia constitucional comprometida com a realização da pauta valorativa da dignidade da pessoa humana e com a participação político-jurídica da comunidade que vê na judicialização da política um reforço da lógica democrática (CITTADINO, 2004, p. 106).

Há, neste contexto, uma nova formulação do Judiciário agora como repositório dos valores e princípios constitucionais que exigem deste poder uma forma de atuação diferente da tradicional, pois a ele vai caber a aplicação dos direitos e garantias fundamentais.³

Na experiência brasileira, há que se ressaltar a contribuição relevante que a Constituição de 1988 trouxe para a implementação deste comportamento proativo das decisões do Poder Judiciário. É nesse sentido que afirma Luís Roberto Barroso (2008, p. 383):

Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual.

Inicialmente deve-se destacar o alto teor compromissário que possui a Constituição de 1988 – seguindo a tendência das constituições dirigentes do pós-segunda guerra mundial –. Assim, apresenta-se a Constituição cidadã de forma analítica, com a descrição exaustiva de várias matérias elencadas ao grau de fundamentais e com o seu reconhecimento normativo.

³ Afinal, de nada servirá a evolução na teoria do Estado, bem como o reconhecimento e a previsão constitucional de direitos de primeira, segunda, terceira, quarta e quantas mais gerações de direitos a doutrina reconhecer, pois se não há um órgão capaz de concretizá-lo, não há o direito, mas uma mera declaração carente de efetividade.

Desta forma, ampliam-se as hipóteses de provocação do Judiciário, exigindo-lhes uma maior atuação, haja vista que potencialmente os valores reconhecidos na constituição sob a forma de princípios podem ser reclamados subjetivamente pelo cidadão por meio de uma ação judicial.

Vê-se, assim, que o regime democrático brasileiro, coroado com a promulgação da Constituição de 1988, representou uma abertura à participação do cidadão de forma mais efetiva na vida política e social do país, pois inaugura um equilíbrio entre os modelos de Estado do constitucionalismo moderno: liberal e social. Igualmente se observa uma associação entre o direito e a democracia como uma nova estrutura que legitima o povo como titular do poder e exalta o direito como meio de garantir segurança à ordem nacional. Isto porque é a própria Constituição que traz instrumentos que possibilitam uma maior atuação por parte do cidadão.

Destacam-se, também, o aprimoramento e a ampliação dos mecanismos de acesso à justiça, pois a busca pelo Judiciário para a concretização dos direitos individuais reclamados subjetivamente nas ações judiciais retira o Juiz da sua condição de passividade, fazendo com que este responda às demandas que lhe são apresentadas.⁴

Além disso, há que se enaltecer o fomento da jurisdição constitucional brasileira que, por adotar os dois modelos clássicos de controle de constitucionalidade, revela-se abrangente e complexa, permitindo que inúmeras questões, inclusive políticas e morais, sejam apreciadas pela Corte Constitucional.

Por esta razão que é recorrente no Supremo Tribunal Federal o debate de questões afeitas a políticas governamentais e a constitucionalidade de escolhas de ações de políticas públicas Também se resguarda a esta Corte a definição dos limites de atuação dos demais órgãos estatais e, ainda, relações entre poderes, os critérios de atuação de outras instituições, como o Ministério Público, a feição normativa de direitos fundamentais, entre outros diversos temas pontuais.

⁴ Observa-se, assim, ao estudar a interpretação e alcance do direito-garantia constitucional de acesso à justiça que esta norma destina-se ao legislador e a todos os Poderes, uma vez que nenhuma lei, lesão, ou ameaça de lesão a qualquer direito pode evitar a apreciação pelo Judiciário quando este for provocado. Com isto, há o aumento das ações judiciais abarcando os mais diversos temas pautados na concretização de normas programáticas, constitucionalmente reconhecidas.

A judicialização das esferas políticas e sociais como promoção do modelo de Estado Social mostra-se, pois, como combustível para o Poder Judiciário agir de forma mais ativa, intrometendo-se em questões que, inicialmente, não lhe são afeitas. Nessas intromissões para a efetivação de princípios que nem sempre possuem seu alcance estabelecido na necessária complementação legal, o Judiciário volitivamente supre a omissão legislativa e cria uma norma para regulação do direito reclamado, usurpando, assim, a competência do legislador e transformando-se em agente ativo do cenário político do Estado.

Ocorre então o fenômeno denominado de ativismo judicial⁵, que se revela como “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2008). Ou seja, o Poder Judiciário interfere de forma mais clara na atuação ou inércia dos demais poderes, sob o pretexto de consagrar os valores constitucionais.

Desta forma, é o ativismo judicial a intromissão do Poder Judiciário nas funções legislativas a pretexto de completar o sentido de uma norma constitucional não regulada ante a omissão do Poder Legislativo. Relata Luís Roberto Barroso (2009, *on line*) que a postura ativista do Judiciário pode se revelar em diferentes condutas, tais como:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo legislador, com base em critérios rígidos que os de patente e ostensiva violação a Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Paralelamente à ampliação da atuação jurisdicional nas questões sociais, políticas e morais, tem-se como pretensa razão a justificar o ativismo judicial a constatação do enfraquecimento dos demais poderes políticos do Estado. Observa-se, sobretudo no contexto brasileiro, a corrosão acentuada do Poder Legislativo ante a sua omissão para legislar sobre assuntos de interesse relevante do Estado e o distanciamento deste poder dos clamores populares.

⁵ Ressalta-se, pois, a diferenciação dos termos judicialização da política e ativismo judicial, esclarecendo que o primeiro é uma das causas do segundo. Nas palavras de Luis Roberto Barroso (2009, *on line*): A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas.

Destarte, no Brasil, há alguns anos, vem se agravando uma crise de representatividade no Legislativo em virtude dos constantes escândalos políticos patrocinados por parlamentares que tiram o foco deste poder da sua atuação legiferante, colocando em pauta nas discussões públicas e na imprensa apenas os comentários sobre os mais diversos casos de corrupção que impregnam as casas legislativas. Com isto cresce a desconfiança do povo em relação aos parlamentares por eles escolhidos que não se identificam com os seus representantes.

Em razão desta descrença geral na classe política, buscam-se novas alternativas de concretização dos propósitos estabelecidos na Constituição, tarefa à qual se incumbe o Judiciário por meio de decisões judiciais que inovam a ordem jurídica a pretexto de suprir as omissões e retrações do Legislativo.

Portanto, a falibilidade dos poderes políticos, que não respondem às demandas sociais e não concretizam os princípios constitucionais, deixa espaço para a busca por uma nova instância de realização e criação de direitos. Deságuam-se, assim, todas as expectativas nesta nova formulação do Poder Judiciário que as responde com uma forma proativa de interpretar a Constituição, conferindo-lhe imediata efetividade aos seus preceitos, mesmo àqueles que reclamam uma complementação legislativa.

As razões desta atitude proativa do Judiciário são muitas, assim como muitos são os seus defensores que enaltecem o ativismo judicial sob o pretexto de realizar as pautas valorativas do Estado elencadas na Constituição. Afirmam os partidários do protagonismo judicial que, ao atuar na proteção e efetivação dos direitos expostos no texto constitucional, o Poder Judiciário desenvolve uma função política que, a princípio, não lhe compete, pois estaria a controlar as escolhas dos outros dois Poderes. Contudo, ressaltam ser essa atividade um meio apto de democracia, pois a decisão ali exarada afeta direta ou indiretamente toda a sociedade. Até mesmo porque, ao atuar na jurisdição constitucional, o magistrado efetiva os anseios populares trazidos na Constituição Federal, pois “uma Constituição é obra do povo. Normalmente, ela será elaborada em situações de ampla mobilização popular e de exercício consciente de cidadania” (BARROSO, 2008, p. 143).

Na defesa de um Poder Judiciário mais comprometido com a realização dos direitos fundamentais e com o respeito à participação da minoria nas decisões do

Estado, Ronald Dworkin (2001, p. 25-32) sustenta a necessária transferência de atribuições institucionais do Legislativo ao Judiciário como forma de garantir a possibilidade de o cidadão reclamar subjetivamente a implementação dos seus direitos, mesmo que estes tenham sido omitidos pelo Parlamento. Esta transferência de atribuições favorece os pobres e a minoria, pois, em regra, a influência sobre o Legislativo é exercida pelos ricos e pelas classes com maior poder de influência.

Entretanto, ressalta o doutrinador que as decisões ativistas do Judiciário, embora tratem de temas políticos, devem se guiar em fundamentos de princípios e não em argumentos políticos: “o tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política - decisões sobre que direitos as pessoas têm sob o nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar geral” (DWORKIN, 2001, p. 101).

Em que pesem as abalizadas opiniões e doutrinas que defendem o ativismo judicial como forma de realizar os preceitos constitucionais, ante a perniciosa omissão do Poder Legislativo, muitos são os que desconfiam desta atitude proativa do Judiciário e criticam-na centrados, fundamentalmente, em duas razões para o seu não implemento: violação ao princípio da separação dos poderes e o déficit de legitimidade democrática dos juízes.

2.3 Críticas ao ativismo judicial

A atuação positiva por parte dos juízes é bastante controvertida, pois os seus opositores afirmam, categoricamente, que essa atividade excepcional praticada pelos magistrados, além de violar o princípio constitucional da separação dos poderes, não é legítima, haja vista que os juízes não foram eleitos democraticamente pelos cidadãos para atuarem como seus representantes, não podendo, assim, um órgão judicial analisar decisões de cunho político. Ver-se-ão nos subitens seguintes as críticas mais pertinentes ao protagonismo judicial.

2.3.1 Violação ao princípio da separação dos poderes

O poder estatal refere-se ao poder político que caracteriza a soberania do Estado e traduz-se na independência e superioridade em relação aos poderes exteriores e interiores da sociedade. Este poder é uno e indivisível, contudo, visando

a uma divisão funcional das funções estatais que garantisse o desenvolvimento pleno das atribuições de governo para operacionalizar melhor a aplicação deste poder, foi desenvolvida a teoria da separação dos poderes, a qual representa a divisão de funções do poder político do Estado.

Desta forma, foram confiadas a órgãos independentes e especiais as três funções do Estado. Cabe, pois, ao Poder Legislativo a função de produzir as leis gerais e abstratas, ao Executivo à tarefa de administrar os recursos e de executar as políticas de governo do Estado, e, por fim, ao Judiciário, a função jurisdicional que é aplicação do direito aos casos concretos e solução dos litígios.

Na lição de Habermas (2003, p. 305), a distribuição de competências nesta formulação clássica de separação de poderes pode ser entendida como cópia dos eixos históricos de decisões coletivas:

A prática de decisão judicial é entendida como agir orientado pelo passado, fixado nas decisões do legislador político, diluídas no direito vigente; ao passo que o legislador toma decisões voltadas para o futuro, que ligam o agir futuro, e a administração controla problemas que surgem na atualidade.

O modelo de separação dos poderes, sistematizado em sua forma clássica, tal qual ainda hoje é reconhecido, foi aprimorado por Montesquieu em sua obra “O espírito das leis”.⁶ Montesquieu, em sua teoria da separação dos poderes, tem por escopo identificar mecanismos que possam controlar o arbítrio do poder estatal concentrado nas mãos do monarca. Assim, busca com a divisão das funções do Estado formas de frear o poder por ele próprio, haja vista a coexistência harmônica de três poderes de igual relevo que se controlam e se fiscalizam mutuamente. Corroborando com o exposto, é a lição de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (1999, p.228-229)

A idéia subjacente a essa divisão era criar um sistema de compensação, evitando que uma só pessoa, ou um único órgão, viesse a concentrar em suas mãos todo o poder do Estado.

⁶ Deve-se reconhecer igualmente a importância de John Locke que contribuiu com esta teoria em suas obras “O Primeiro Tratado sobre Governo” e “O Segundo Tratado sobre o Governo” (1978). Há que se ressaltar, igualmente que antes destes filósofos modernos Aristóteles já descrevia como pernicioso a concentração de poderes em um só órgão, contudo, limitou-se o filósofo grego a identificar as diferentes funções do governo, sem, no entanto, elaborar uma teoria sistematizada de separação dos poderes.

[...]

Em suma, a idéia que se deve ter por consolidada é a de que, atribuindo-se as funções do poder a mãos diferentes, uma controlaria a outra, evitando o arbítrio e, por conseguinte, fornecendo condições objetivas para o respeito aos direitos individuais.

A teoria da separação dos poderes de Montesquieu foi a base para a divisão de funções das diferentes formas de sistemas jurídicos. Contudo diversas foram as interpretações a esta doutrina, que atinente a fatos históricos e políticos, resultou em duas concepções opostas sobre o papel do Judiciário para o Estado.

A concepção americana sobre a teoria de Montesquieu formulou-se com a hostilidade dos revolucionários americanos às leis da Assembleia inglesa para as colônias americanas, resultando, assim, no desprestígio do Poder Legislativo, que deveria ser fiscalizado e controlado pelo Poder Judiciário para evitar que existisse nos Estados Unidos a ditadura legislativa que imaginavam na Inglaterra. Ao revés, na concepção europeia sobre a separação dos poderes, os revolucionários franceses temerosos dos “parlements”, em virtude da sua histórica atuação servil e conservadora ao monarca, viam com desconfiança a atuação do Poder Judiciário, razão a qual limitaram a função jurisdicional do Juiz à mera função de aplicar a lei na sua mais absoluta literalidade, sendo, pois, o Juiz um “boca da lei” (ROCHA, 1995, p. 88-89).

Vê-se, portanto, que as diferentes formas de interpretar a teoria da separação dos poderes de Montesquieu resultam em duas maneiras paradigmáticas de concepção sobre o papel do Poder Judiciário no Estado.

O protagonismo judicial vincula-se à influência do *judicial review* aliado à noção de confiança no Poder Judiciário da concepção americana de separação dos poderes. Assim, defendendo um Judiciário que garanta a supremacia da Constituição, e ao qual seja encarregada a tarefa de preservar e efetivar os preceitos constitucionais, tem-se, consequentemente, a supremacia da função judicial do Estado.

Observa-se, assim, na doutrina norte-americana uma formulação do Judiciário que o considera além de um dos três poderes, haja vista que lhe confere como competência a prerrogativa do controle das funções do Executivo e do Legislativo, por meio da verificação e da compatibilidade dos atos normativos oriundos destes órgãos com a Constituição.

Desta forma, ante a supremacia da Constituição, nada mais natural, para os que se filiam ao protagonismo judicial, do que a primazia do Judiciário sobre os demais poderes, pois este se situa entre o povo e o Legislativo, e traduz por meio da atividade interpretativa o significado da lei fundamental. Assim, defendem que havendo conflito entre uma lei e a vontade da Constituição, deve o Judiciário sobrepor-se ao Legislativo, afastando o produto deste órgão por ser seu dever fazer valer a superioridade do povo, que tem seus anseios reconhecidos na Constituição.

No Brasil, observa-se, na atualidade, a forte influência do sistema americano de jurisdição constitucional que se reflete no desapego ao princípio da soberania popular e, conseqüentemente, na supremacia do Judiciário em detrimento do Legislativo (MARIANO, 2009, p. 119), muito embora a Constituição Federal brasileira, em seu artigo 1º, estabeleça como fundamento do Estado a soberania popular e reconheça, em seu artigo 2º, o princípio da separação dos poderes, inclusive com status de cláusula pétrea, conforme disposto no artigo 60, § 4º, inciso III, da Constituição Federal.

A redação do artigo 2º da Constituição Federal brasileira diz que os poderes federativos, apesar de harmônicos, são independentes: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal de 1988 consagrou um mecanismo de interpenetração de poderes com um sistema de freios e contrapesos, por meio do qual um poder fiscaliza e limita a atuação do outro. É autorizado por este sistema que há a possibilidade de o Judiciário controlar as leis e atos normativos com o exercício da Jurisdição constitucional, visando a garantir a efetivação de direitos fundamentais e coibir abusos e atentados contra a Constituição.

Desta forma, justificados pelo sistema de freios e contrapesos, e aliados à influência norte-americana de concepção da doutrina de Montesquieu ao princípio da separação dos poderes, a atuação positiva de magistrados, no que tange à efetivação dos dizeres constitucionais, vem provocando a usurpação das funções que seriam originariamente destinadas aos poderes Legislativo e Executivo, causando, desta forma, violação direta ao princípio da separação dos poderes. Isto porque, bem mais

do que uma interdependência de funções, a atuação do Poder Judiciário de forma proativa interfere na competência legiferante do Poder Legislativo.

Os partidários do protagonismo judicial rebatem esta acusação de ferimento ao princípio da separação dos poderes, aduzindo que, na verdade, quando o magistrado atua legislando de forma positiva, este apenas interpreta extensivamente o sentido de dispositivos constitucionais já existentes, não havendo, portanto, criação de uma nova norma, mas sim exercício hermenêutico constitucional.

Assim, defendem que a inevitável característica criativa da interpretação constitucional não coloca em risco a lógica da separação dos poderes, haja vista que se trata tão somente de uma dimensão presente no processo hermenêutico.

Contudo, deve-se atentar que, em virtude da importância fundamental do princípio da separação dos poderes, classificado como cláusula pétrea do ordenamento constitucional brasileiro, reclama-se a sua observância como pauta imprescindível para a sobrevivência do Estado de Direito, funcionando este como vetor de integração e atuação das funções estatais, vez que cabe a este o controle dos poderes e a contenção do arbítrio.

Portanto, aludido princípio constitucional desautoriza a ideia de primazia de um poder estatal sobre o outro, invalidando, pois, qualquer atividade - mesmo que meramente interpretativa - que provoque a usurpação de funções de um órgão sobre o outro. É, pois, a separação dos poderes um princípio político conformador que impõe a todos os órgãos encarregados da aplicação do direito a sua obediência, seja em atividades interpretativas, seja em atos inequivocamente conformadores como leis e atos políticos (CANOTILHO, 1997, p.1166).

Além desta função de princípio conformador político do Estado, deve-se ressaltar que o princípio da separação dos poderes representa um pilar para todo o ordenamento jurídico, pois encerra as diretrizes do Estado de Direito fundamentando a forma de existência deste modelo de Estado.

Por isto, o desequilíbrio que o ativismo judicial causa ao princípio da separação dos poderes mostra-se problemático, comprometendo a saúde do Estado de Direito, pois coloca o Judiciário na posição de órgão maior que dita em última instância a

compatibilidade das manifestações dos diversos poderes do Estado. Assim, tem-se a formulação de um superpoder que controla os atos do Executivo e do Legislativo, mas não é controlado por nenhum outro.

Sabe-se que a mudança de paradigmas introduzida pelo Estado Social também influenciou no princípio da separação dos poderes, exigindo uma nova configuração ao modelo liberal de Estado de direito fundado rigidamente nas premissas da tripartição de poderes. Entretanto, esta mudança de concepção da separação de poderes não deve representar de forma alguma a autorização para uma intromissão de competências, sob pena de que, permitindo-se a usurpação de funções, crie-se um modelo de Estado capenga.

Atento à necessidade de uma compatibilização do princípio da separação dos poderes após a formulação de Estado Social, defende Habermas (2003, p. 300) que na visão da moderna teoria do discurso, a divisão dos poderes exige uma “assimetria no cruzamento dos poderes do Estado”, não se coadunando mais com o modelo liberal de separação dos poderes, resumido a ligação estrita da justiça e da administração à lei para disciplinar o arbítrio do poder estatal (HABERMAS, 2003, p. 305). Porém, também não se reflete na ampliação do espaço de decisão judicial que desequilibra a estrutura do Estado de direito. Desta forma, é que defende o autor um controle judicial da constitucionalidade, mas para servir “a clareza do direito e para manutenção de uma ordem jurídica coerente” (HABERMAS, 2003, p. 302).

2.3.2 Déficit de legitimidade democrática da jurisdição constitucional

Outra acusação que se faz ao ativismo judicial diz respeito ao déficit de legitimidade democrática dos magistrados que, mesmo não escolhidos pela vontade popular, ditam as preferências do Estado, intrometendo-se em questões afeitas aos órgãos eleitos pelo povo para tomar estas decisões.

Destarte, com o protagonismo judicial, verifica-se que incumbe justamente ao órgão estatal não eleito democraticamente a tarefa de indicar aos demais poderes a forma de atuação. Esta intromissão fere outro princípio basilar do Estado Democrático de Direito, qual seja, o princípio da soberania popular que confere ao povo a titularidade legítima do poder.

Os juízes não são legítimos representantes do povo, pois não foram eleitos pelo voto popular. Assim, em uma democracia representativa, não estão os magistrados autorizados a invadir uma esfera reservada ao Legislativo e ao Executivo, ferindo princípio da separação dos poderes e da soberania popular. Ademais, os juízes não sofrem o controle social, vez que não são eleitos, e dessa forma não se importam com uma boa resposta às suas prerrogativas e funções como condição para sua permanência no cargo. Neste sentido, oportuna são as palavras de João Pedro Pádua (2008, p.70):

Porém, além disso, de outro lado, o Poder Judiciário, concebido como um compositor de conflitos interpessoais na clássica divisão sistematizada por Montesquieu, não pode assumir novas funções políticas sem a cautela de não dominar a discussão político-democrática pela imposição de vontades particulares dos magistrados sob a justificativa de uma demiúrgica capacidade de interpretação dos valores compartilhados por toda a sociedade. O cuidado reclamado deriva não só da particularidade da concepção do processo judicial para a formação da decisão judicial coercitiva, que não se amolda à formação de vontade política primária – discursos de justificação de normas –, senão também da circunstância de que, o arregar da arena política para a discussão da lide processual – por natureza um conflito de interesses – fecha a porta ao comportamento dos cidadãos como autênticos criadores das normas das quais serão destinatários, função essa, que, na falta de crença no Poder Legislativo e no Executivo, passam, ainda heteronomamente, ao Poder Judiciário. Com a especificidade ainda mais perniciosa de que a linguagem do processo judicial dominam-na poucos, dotados de treinamento para o exercício dos discursos de aplicação de normas.

Um argumento recorrente dos que defendem o ativismo judicial diz respeito à pretensa “legitimidade derivada” desta atuação, pois respondem a acusação do déficit de legitimidade democrática com a justificativa de uma validade material da jurisdição constitucional resultante da respeitabilidade e aceitabilidade das decisões quando coadunadas com aquilo que a comunidade já tinha estabelecido e elencado como direito fundamental previsto no texto constitucional. Isto porque, ao atuar na jurisdição constitucional, o magistrado efetiva os anseios populares que foram expostos na Constituição Federal, pois “uma Constituição é obra do povo. Normalmente, ela será elaborada em situações de ampla mobilização popular e de exercício consciente de cidadania” (BARROSO, 2008, p. 143).

Como bem sintetiza Rodrigo Ferraz (2010, p.186-187), a defesa da legitimidade democrática da jurisdição constitucional brasileira se apoia nos seguintes argumentos:

Legitimidade de origem: a configuração do modelo judicial brasileiro é legítimo porque decorre do Poder Constituinte Originário e representa pressuposto da Supremacia Constitucional;

Legitimidade pelo resultado: está relacionada ao processo argumentativo que gera o consenso judicial, principalmente quando se admite a participação de grupos que representem os clamores sociais nos processos de controle concentrado de constitucionalidade;

Justificativa da Jurisdição Constitucional: justifica-se na medida em que contribui para o aperfeiçoamento das instâncias sociais, da formação de consensos políticos e sociais, bem como tem permitido uma atualização dos valores fundamentais da comunidade;

Caráter democrático da Justiça Constitucional: decorre de sua função de promover e alargar o consenso constitucional. O Princípio Democrático, para essa corrente, não se confunde com participação popular na composição dos Tribunais. Ele está na legitimidade ativa nos processos de controle concentrado e na figura do *amicus curiae*;

O Judiciário assumiu uma feição ativa em razão da necessidade de reequilibrar os Poderes e de reexaminar os motivos do legislador: eventual choque entre as decisões do Tribunal Constitucional com as opiniões da maioria parlamentar será suprido caso a função judiciária restrinja-se à tutela das regras do jogo democrático. Neste aspecto, a imparcialidade da Jurisdição Constitucional é uma característica que facilita o livre desenvolvimento das forças sociais e políticas. A sua intervenção no processo político destina-se a assegurar a efetividade do sufrágio universal, especialmente garantir a participação igualitária dos grupos minoritários.

Observa-se, pois, que o argumento do constitucionalismo para o déficit de legitimidade dos juízes ativistas funda-se na ideia de que o princípio democrático e a legitimidade deste advinda se positivam no poder constituinte originário e, portanto, se mantêm e se prolonga no tempo através da Constituição. Assim, as decisões fundadas na efetivação de direitos constitucionais representam a vontade popular manifesta quando elaborada a Constituição, vez que o poder constituinte, essencialmente democrático, esgota-se na promulgação da Constituição e só volta a atuar no cenário jurídico quando for elaborada uma nova ordem constitucional (SILVA, 2000, p. 198-200).

Contudo, rebatendo estes argumentos, é a tese de Antonio Negri (2002, p. 21-22), para quem o Poder Constituinte não se encerra com a elaboração da Constituição, haja vista ser este a força da nação e, portanto, soberano, absoluto e ilimitado, que se forma e se reforma, projetando-se continuamente. Assim, para o autor, o poder constituinte não está preso à Constituição, mas sim ligado à ideia de democracia. Desta forma, Antonio Negri (2002, p. 21-22) contesta aludida legitimidade fundada no constitucionalismo, evidenciando a tensão indissociável que há entre democracia e constitucionalismo:

Neste caso, nem a história alivia as contradições do presente; ao contrário, luta mortal entre democracia e constitucionalismo, entre poder constituinte e as teorias práticas dos limites da democracia, torna-se cada vez mais presente à medida em que a história amadurece o seu curso. No conceito do poder constituinte está a idéia de que o passado não explica mais o presente, e que somente o futuro poderá fazê-lo. 'Sem o passado para iluminar o futuro, o espírito caminha em meio às trevas': paradoxalmente, esta expressão negativa esclarece, mais do que qualquer outra explicação, o nascimento da 'Democracia na América'. E é por isto que o poder constituinte se forma e reforma incessantemente em todo lugar. A pretensão do constitucionalismo em regular juridicamente o poder constituinte não é apenas estúpida porque quer - e quando quer - dividi-lo; ela o é, sobretudo quando quer bloquear sua temporalidade constitutiva. O constitucionalismo é uma doutrina jurídica que conhece somente o passado, é uma referência contínua ao tempo transcorrido, às potências consolidadas e à sua inércia, ao espírito que se dobra sobre si mesmo - ao passo que o poder constituinte, ao contrário, é sempre tempo forte e futuro.

Assim, perfilhando o entendimento de Antonio Negri (2002), entende-se que o poder constituinte não se encerra com a promulgação da Constituição, por esta razão, não se prende ao texto constitucional. Desta forma, a legitimidade das decisões fundamentais do Estado vai ser contínua e só poderá se efetivar com o fomento gradativo do princípio democrático. Portanto, não convence o argumento dos juízes ativistas que a legitimidade de suas decisões se funda na vontade do povo manifesta na Constituição, vez que a Constituição não pode ser um simulacro cerrado.

Embora, não se discuta a legitimidade de origem da jurisdição constitucional, vez que esta "decorre do Poder Constituinte Originário e representa pressuposto da Supremacia Constitucional" (FERRAZ, 2010, p.186), o que se questiona são os abusos cometidos em decisões ativistas, sobretudo no controle concentrado de constitucionalidade no qual é reduzida a participação democrática, haja vista que centra os debates apenas na Corte Constitucional.

Neste sentido, é que, em denúncia à ausência de legitimidade das exacerbadas funções da jurisdição constitucional, Cynara Monteiro Mariano (2009, p. 108) chama a atenção para a ampliação do problema com o aumento progressivo de instrumentos do controle concentrado de constitucionalidade, notadamente com a criação da súmula vinculante:

Por outro lado, a par de tais considerações, o déficit de legitimidade que se verifica atualmente no exercício da jurisdição constitucional brasileira também ocorre em função da ampliação progressiva dos instrumentos de controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos - como ocorreu com o exemplo recente da instituição da súmula vinculante no art. 103-A da Constituição Federal, pela EC 45-2004, pois esvaziar a

instância inferior de controle difuso de constitucionalidade em provento da instância superior de controle concentrado é uma forma de amesquinhar o teor democrático do Judiciário, para entregar a decisão final (e agora cada vez mais única) a um órgão cuja legitimidade e imparcialidade são duvidosas. Além de subtrair a competência e independência da magistratura de primeiro grau, a introdução da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro representa clara afronta à separação dos poderes, pois, dada a sua natureza de norma geral e abstrata, obrigatória para todos os órgãos públicos e, em última instância, para a sociedade, sua criação e aplicação representam a transferência, para o Supremo Tribunal Federal, de uma função típica do poder legislativo.

Portanto, a grande preocupação quando se trata do *défict* de legitimidade democrática da jurisdição constitucional brasileira é a exacerbação desta função com decisões ativistas que extrapolam os limites da competência do Judiciário, especialmente quando decorrem do controle concentrado, pois nestas condições cria-se um superpoder sem nenhum controle.

As críticas ora expendidas ao déficit de legitimidade das decisões ativistas do controle concentrado de constitucionalidade feito pelo STF, em suas proporções, são válidas ao Tribunal Superior Eleitoral, pois em matéria eleitoral, muitos são os atos normativos e, até mesmo, decisões que se tornam precedentes desta Corte, os quais disciplinam o processo eleitoral, além da competência regulamentar que lhe é afeita. Isto será tratado nos capítulos seguintes.

3 A JUSTIÇA ELEITORAL

A proposta do capítulo que se inicia é analisar a natureza, composição e funções da Justiça Eleitoral, para após entender a sua peculiar função regulamentar. Com este intuito, buscar-se-á traçar os contornos descritivos da Justiça Eleitoral para no capítulo seguinte criticar as jurisprudências selecionadas e concluir se este órgão exerce ou não, por meio da sua atividade normativa e das decisões em que se observa uma interpretação criativa, o ativismo judicial.

A relevância do estudo sobre direito eleitoral é reclamada pelo próprio princípio democrático, pois a realização de eleições periódicas limpas e seguras garante a legitimidade dos representantes do povo. Portanto, vez que a credibilidade do certame eleitoral qualifica a democracia representativa, torna-se fundamental para sua sobrevivência a escolha de procedimentos confiáveis, os quais assegurem a plena e desimpedida liberdade do eleitor por meio de um amplo direito de sufrágio e da preservação de escolha livre do cidadão. Sobre a importância de um processo eleitoral íntegro para a efetivação da democracia representativa, as palavras de Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra (2009, p. 13):

Por isso, uma das condições da democracia, das mais importantes, é a ‘a existência de um mecanismo apto a receber e transmitir’, com fidelidade, a vontade do povo, o que ‘implica antes de mais nada um processo eleitoral impermeável à fraude e à corrupção’. Um processo eleitoral que conduza aos postos de mando aqueles que realmente o povo quer, aqueles que, na verdade, o povo deseja que mandem em seu nome, é condição da democracia representativa.

Exige-se, para implementação da democracia representativa, um sistema eleitoral que permita a competição limpa e igual entre os candidatos a mandatário dos cargos políticos e a certeza de resultados apurados com rigor, que revelem a verdade das urnas. Desta forma, deve-se guiar o direito eleitoral na busca da verdade formal e material do certame.

Diz-se verdade formal para os procedimentos que visam à segurança do processo de votação e da sua apuração de maneira que possam assegurar a lisura dos pleitos, ou seja, garantir que o voto dirigido a determinado candidato seja de fato a ele computado. Neste sentido, o direito eleitoral brasileiro tornou-se paradigma dos sistemas eleitorais ao implantar o bem-sucedido voto eletrônico.

Contudo, garantir um sistema confiável de coleta de votos não é o bastante para o fortalecimento da democracia representativa, pois é preciso que o sistema eleitoral busque, igualmente, a verdade material das urnas como condição imprescindível para o exercício legítimo da soberania popular. Reclama-se, pois, que existam mecanismos no direito eleitoral que sejam capazes e atuantes no combate ao abuso do poder econômico e político e à corrupção na captação de votos. A propósito são as palavras de Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra (2009, p. 12): “A justiça eleitoral tem a função de possibilitar a expressão da vontade dos eleitores, operacionalizando todos os procedimentos eleitorais para que se desenvolvam em harmonia e transparência, sem que estorvos possam desviar a soberania popular”. Da mesma forma, Thales Tácito Cerqueira e Camila Medeiros Cerqueira (2008, p.799) apontam que:

A Justiça Eleitoral é o instrumento de garantia da seriedade do processo eleitoral, seja no comando das eleições, evitando abusos e fraudes, seja na preservação de direitos e garantias por meio da fixação e fiel observância de diretrizes claras e firmes, fundamentadas em lei.

Portanto, a organização, execução e controle do processo de escolhas dos candidatos a mandatos eletivos, bem como os processos de plebiscitos e referendos no Brasil, são confiados a um órgão jurisdicional especial, descrito no artigo 92, inciso V, da Constituição Federal. Trata-se da Justiça Eleitoral, que encaixada na estrutura do Poder Judiciário, ultrapassa a função de julgar os dissídios judiciais eleitorais, uma vez que também é responsável pelos aspectos administrativos de organização, fiscalização e de execução das eleições (COSTA, 2002, p. 317).

A alternativa por um órgão jurisdicional para regular o processo político mostra-se a mais segura e independente, pois caso esta função fosse confiada aos poderes políticos do Estado: Legislativo e Executivo, poderia se comprometer a isenção do processo e favorecer a corrupção eleitoral, vez que os detentores dos cargos políticos, para permanecer no poder, poderiam influir no certame impondo as regras

de procedimento que os favorecessem, tal qual ocorreu durante o Império, quando o sistema de verificação dos poderes, a cargo das assembleias políticas, era cheio de exemplos de fraude, abusos e distorções.

Sobre a importância da opção de um órgão jurisdicional para regular o processo licitatório de escolha dos representantes políticos do Estado, Adriano Soares da Costa (2002, p. 317-318) assim se manifesta:

A solução se revela a mais consentânea com a nossa realidade sociopolítica, mercê de varias razões: em primeiro lugar, restou confiada a um Poder desinteressado a licitação de acesso aos mandatos eletivos, tornando mais equilibrada a disputa. Outrossim, aproveitando-se da estrutura local do Poder Judiciário, em parte solucionou-se o dilema da criação de uma estrutura cara e inchada, com a finalidade de atuar mais efetivamente apenas de biênio em biênio. *Last but not llast*, justapôs vantajosamente, em um único órgão, as atribuições administrativas e jurisdicionais, possibilitando uma importante harmonia na efetivação das normas eleitorais. À Justiça Eleitoral brasileira, portanto, foi confiada não apenas a resolução dos conflitos de interesse exsurgidos no prélio eleitoral, mas também a competência para organizar e administrar o processo eleitoral, além da função de editar regulamentos normativos para as eleições. Assim, a Justiça Eleitoral exerce uma atividade administrativo-fiscalizadora das eleições, compositiva de conflitos e legislativa.

Desta forma, o sistema eleitoral brasileiro, a partir de 1932, se manifesta por meio de uma jurisdição especializada, com competência exclusiva da União para legislar sobre matéria eleitoral.

O sistema jurisdicional eleitoral brasileiro é o responsável não só pela solução dos litígios eleitorais e para verificação da validade do pleito, mas também pela organização e execução do certame, pois além de proclamar e diplomar os candidatos eleitos, é a Justiça Eleitoral o órgão ao qual incumbe o cadastramento de eleitores, o registro de candidatos, o controle da propaganda eleitoral, a preparação das mesas receptoras, a votação, a apuração, a verificação das contas dos candidatos e partidos políticos etc.

Este modelo de organização do certame eleitoral brasileiro é considerado seguro e bem sucedido. Contudo, em virtude da concentração de funções conferidas à Justiça Eleitoral, algumas distorções vêm sendo praticadas por esta jurisdição especializada, como, por exemplo, a prevalência da atuação jurisdicional contenciosa, quando, na verdade, deveria se exaltar a função administrativa. Neste sentido, chama a atenção Marcelo Rosendo Oliveira (2009, p.67-68):

Vê-se que atualmente se potencializa a atuação jurisdicional da Justiça Eleitoral brasileira, especialmente a desenvolvida no âmbito contencioso, com a cassação de mandatos, em movimento que se denominou de 'terceiro turno' das eleições, e que é contestado sob a pecha de contramajoritário.

Ainda assim, não se pode perder de vista o fato de que a administração das eleições ocupa a maior parte do extenso rol de atribuições da Justiça Eleitoral – podendo-se cogitar mesmo em uma preponderância de atividades executivas –, para o que se desenvolveu no Brasil um corpo administrativo próprio (em atividade nos cartórios eleitorais, secretarias de tribunais, corregedorias), comandado por magistrados eleitorais, que exercem cumulativamente as funções administrativa e jurisdicional.

[...]

Essa cumulação de funções acarreta algumas dificuldades sob o ponto de vista prático, uma vez que as atividades administrativa e judicial são orientadas por princípios diversos, especialmente porque ao juiz é vedado agir de ofício, sob pena de comprometimento de sua imparcialidade e da inércia da jurisdição, enquanto do administrador se exige que atue sem provocação, observado o princípio da legalidade.

Neste sentido, há que se destacar como desafios enfrentados pela Justiça Eleitoral a ausência de regras fixas quanto à competência da Justiça Eleitoral, o que compromete a fixação de limites para a atuação jurisdicional deste órgão, haja vista que, ao sabor das mudanças de entendimentos manifestos pelo TSE, esta competência é firmada por ela própria.

Há ainda que relatar como dificuldades enfrentadas pela Justiça Eleitoral a fragilidade doutrinária do Direito Eleitoral, haja vista a escassez de estudos mais aprofundados sobre o assunto. Soma-se, também, a mal concebida legislação eleitoral com o ultrapassado Código Eleitoral, datado de 1932. A propósito, a denúncia de Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra (2009, p. 15):

A partir de sua criação, vem a Justiça Eleitoral pugnando por tornar realidade a verdade das urnas. O progresso, no particular, foi enorme. Todavia, ainda ocorrem fraudes no processo eleitoral, menos por culpa dos juízes que preparam administram e apuram as eleições e muito mais pela existência de equívocos, perplexidades, desacertos e casuísmos das leis que disciplinam o processo eleitoral. Há fraudes, ainda, no processo eleitoral, decorrentes de leis malfeitas, ou até feitas de modo a acobertar a fraude, com graves reflexos no sistema eleitoral, nos partidos políticos e nas campanhas eleitorais, principalmente no financiamento destas, propiciando a interferência e os abusos do poder econômico e político.

Pretende-se, pois, no presente capítulo traçar um perfil da Justiça Eleitoral brasileira, analisando o seu contexto histórico, a sua composição, estrutura, funções e características. Após, será evidenciado como o ativismo judicial vem se manifestando no âmbito da jurisdição eleitoral, para, então, no capítulo seguinte discorrer sobre recentes manifestações do Superior Tribunal Eleitoral.

3.1 Breve histórico das eleições no Brasil: da colônia à redemocratização

O processo de escolha dos mandatários de cargos políticos no Brasil passou por diversas transformações, evoluções e retrocessos, quase que concomitantes, para atender, nos seus primórdios, aos interesses de minorias elitistas em detrimento da vontade das massas. Todavia, não se pode olvidar que, apesar da frequente existência de escrutínios viciados, as eleições foram experiências já presentes no surgimento das primeiras vilas e povoados brasileiros.

No início do período de colonização do Brasil, os portugueses, ao chegar a terras novas e de dimensões continentais, procuraram, de pronto, determinar que aquele povo e suas riquezas ficassem diuturnamente sob seus olhos. Desta forma, o governo lusitano agiu imediatamente, passando a realizar votações direcionadas para indicar os administradores dos povoados que ficavam sob seus domínios na pessoa de seus guardas-mor.

Assim, na Carta Constitucional outorgada pelo então Rei de Portugal, Dom João III, os colonizadores portugueses, sob a influência do Código Manuelino de 1512, estruturaram os órgãos políticos e determinaram regras de preenchimento das funções e cargos de administração que advinham de nomeação direta do Monarca, acarretando, conseqüentemente, choque de interesses entre o governo lusitano e as capitanias hereditárias.

As Ordenações Manuelinas e, em momento posterior, as Filipinas determinavam que o povo, representado na pessoa de homens de linhagem nobre, seus descendentes e altos burocratas, nomeasse eleitores, sempre procurando privilegiar as famílias mais abastadas, e estes, por sua vez, escolhiam as pessoas indicadas para os Ofícios das Câmaras, tudo sob a vista e julgamento do Rei de Portugal.

Apesar de existirem as disposições das Ordenações do Reino que visavam, com insucesso, a garantir o sigilo dos escrutínios e do juramento dos eleitores escolhidos pela maioria absoluta dos votos, os quais se comprometiam a optar pelas pessoas mais qualificadas para ocupação dos cargos de Ofício das Câmaras, a ocorrência de fraudes era frequente. Ademais, a elaboração das listas era bastante complexa e passava pelo controle de diversos juízes com os mais variados

interesses e até mesmo pelo crivo da igreja católica - o que só foi abolido com a elaboração da Lei Saraiva e posteriormente com o laicismo decorrente da Constituição de 1891 - motivos pelos quais o pleito ficava ainda mais passível de irregularidades e desvirtuações.

Próximo ao movimento que culminou com a independência do Brasil, mais precisamente em março de 1821, o Príncipe Regente de Portugal, D. João VI, convocou eleições gerais, para comporem as Cortes Gerais de Lisboa, e elaborar a primeira Carta Constitucional, que viria três anos depois. De âmbito nacional e, conseqüentemente, com extensão territorial jamais enfrentada pela Corte, somado ao excesso de formalidades dos ritos da época, estas eleições se arrastaram por longos meses, sendo, em algumas províncias, ineficazes, sem a efetiva nomeação de deputados.

Este múltiplo processo contava primeiramente com a escolha dos eleitores de comarca em votação aparentemente secreta, onde, após eleitos, dirigiam-se à capital da província e se reuniam às autoridades locais para eleger os deputados que representariam o Brasil junto às Cortes de Lisboa, ocorrendo posteriormente eleições para governadores das Juntas Provisórias e Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil.

Após o “dia do fico”, que culminou com a independência do Brasil e uma nova visão do Brasil sem as lentes portuguesas, cresceu a necessidade de moralizar e aperfeiçoar a legislação eleitoral, dando como primeiro passo a convocação de uma Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, formada pelos deputados das províncias eleitos, passo inicial para a elaboração da primeira Constituição brasileira, a qual foi outorgada pelo então Imperador Dom Pedro I, em março de 1824.

A Carta Constitucional pátria primogênita apresentava como característica o sufrágio com algumas restrições, como, por exemplo, a exclusão de menores de 21 anos e daqueles que tinham renda anual inferior a cem mil réis por bens de raiz. Esses marginais do processo eleitoral estavam impedidos de votar nas Assembleias Paroquiais e, conseqüentemente, impossibilitados de participar da votação, escolha e nomeação de autoridades eletivas.

Importante aspecto do sistema eleitoral vigente à época era o requisito de elegibilidade fundado no patrimônio do elegível, que restringia a capacidade para elegibilidade apenas para aqueles que dispunham da quantia de quatrocentos mil réis de renda líquida. Também vigorava norma constitucional expressa que distinguia as hipóteses de perda e suspensão dos direitos políticos, aplicando-se este último aos detentores de incapacidade moral, sobrepondo-se ao estado de legalidade.

Era, pois, época de voto censitário e em dois graus, pois a escolha recaía sobre aqueles que apresentavam certo montante de renda anual. Dos deputados era realizada de forma direta pelos eleitores de províncias, enquanto a dos senadores de forma semelhante, todavia, com indicação do Imperador em lista tríplice, deixando, portanto, de prevalecer a vontade do eleitor.

Em agosto de 1846, o Imperador sancionou a primeira norma que tratava do processo legislativo previsto na Constituição de 1824. Era a Lei nº 387, que foi posteriormente derogada pelo Decreto Imperial nº 842, e tratou de incompatibilidades eleitorais e da instituição do voto distrital.

No início de 1881, foi sancionada a primeira lei, que ficou conhecida pelo nome do Conselheiro José Antônio Saraiva, a qual tratou do alistamento eleitoral através da realização de um censo sob a responsabilidade da magistratura e ampliou, ainda, as incompatibilidades eleitorais, declarando a inelegibilidade a qualquer cargo daquele que fosse pronunciado em processo criminal. Outra importante inovação trazida pela “Lei Saraiva”, quando regulamentada pelo Decreto nº 8.213, de agosto de 1881, foi a fixação de uma quarentena para senadores, deputados e membros das Assembleias Provinciais, que até seis meses após o final do mandato eram impedidos de receber comissões ou empregos remunerados dos governos.

No final do ano de 1889, ocorreu a Proclamação da República e, logo em seguida, foi sancionado o Decreto nº 511, conhecido como Regulamento Alvim, que tratou do processo eleitoral sem grandes inovações quanto à “Lei Saraiva”, e a convocação do Congresso com prerrogativas de constituinte para a elaboração da primeira Constituição promulgada.

Essa nova ordem constitucional regulamentou as três funções do Estado e, quanto ao Legislativo, determinou que este poderia ser exercido pelo Congresso

Nacional, sob a forma bicameral, Câmara dos Deputados e Senado Federal, com representantes eleitos para legislatura de três anos. Convém salientar que a Constituição promulgada tratou de hipóteses de perda dos direitos políticos e suspensão dos mesmos, quando o cidadão fosse condenado criminalmente, enquanto durarem seus efeitos e a incapacidade moral.

Em contrapartida, regulou a Constituição de 1891 a imunidade processual, determinando que os deputados e senadores não poderiam ser presos nem processados criminalmente, sem prévia licença da casa, salvo em hipóteses de flagrante em crime inafiançável, bem como da imunidade material, da incompatibilidade eleitoral a ser regulamentada em lei especial e as condições de elegibilidade para candidatos ao Congresso Nacional.

No período subsequente surgiu importante lei eleitoral denominada Lei Rosa e Silva, sob o nº 1.269 de novembro de 1904, que apresentava toda a estrutura de um Código Eleitoral, com suas limitações; e em 1916, o presidente Wenceslau Brás dava importante passo para a evolução da Justiça Eleitoral determinando que o alistamento eleitoral passasse à responsabilidade do Poder Judiciário.

Com o advento da Revolução de 1930, houve a busca pela moralização institucional e do processo eleitoral brasileiro, reformando a legislação eleitoral e criando efetivamente o primeiro Código Eleitoral Brasileiro, em 1932. Assim surgiram ideias vanguardistas sobre o direito ao voto pelas mulheres, a efetiva valorização do voto secreto, garantias constitucionais de independência e imparcialidade dos juízes, purificando e transparecendo o processo eleitoral.

Assim, por meio da obra de revolucionários que participaram efetivamente do levante, foi aprovado o Decreto nº 21.076 de fevereiro de 1932, instituindo o voto feminino, o sufrágio universal e direto, regulamentação das eleições em todos os níveis de governos e a criação da Justiça Eleitoral especializada.

Após convocada a Assembleia Nacional Constituinte, por meio de decreto, foi promulgada a Constituição de 1934, com os anseios e princípios dos membros da Revolução e a organicidade e instituição constitucional da Justiça Eleitoral, com a criação do Tribunal Superior e Tribunais Regionais Eleitorais, assim como dos juízes eleitorais e das juntas eleitorais, recursos e competência.

A Constituição de 1934 sofreu forte influência da Constituição da República de Weimar, admitindo a criação de várias agremiações políticas e trazendo modificações ao processo eleitoral. Ademais, o referido diploma constitucional mereceu destaque no campo do Direito Especializado Eleitoral influenciado pelos princípios políticos positivos pregados na Revolução Constitucionalista. Ilustrativas deste panorama as palavras do doutrinador Marcos Ramayana (2004, p. 10):

[...] a Constituição de 1934 merece especial relevo no campo do Direito Eleitoral. Consagra as imunidades formais e materiais, relaciona as hipóteses de incompatibilidades e impedimentos, trata da desincompatibilização, da ireelegibilidade, do sufrágio universal, igual e direto, dispondo, ainda, nos arts. 108 e 109, sobre as vedações ao alistamento e ao voto, consagrando o instituto da inelegibilidade, perda e suspensão dos direitos políticos, além de outras de grande importância para o aperfeiçoamento da democracia.

Todavia, apesar de todas as medidas inovadoras trazidas pelo livro eleitoral e da estrutura competente criada, as fraudes e a corrupção não cessaram, e, em razão de várias críticas, culminaram com a reforma do Código Eleitoral em 1935, que manteve as importantes conquistas alcançadas.

Já em 1937, Getúlio Vargas, influenciado pelas doutrinas totalitárias nazifacistas, centralizou os poderes do executivo, dando autonomia de até mesmo decretar a intervenção nos Estados. No panorama internacional emergiam figuras políticas ditatoriais na Europa, como Hitler, Franco e Salazar, estendendo-se à Romênia, Hungria e Polônia. Este último, por sinal, influenciou intensamente a Carta Constitucional outorgada em 1937, mais conhecida como “polaca”.

Com seu caráter nitidamente ditatorial e totalitário, a Carta acarretou o desaparecimento da Justiça Eleitoral, aboliu os partidos políticos, vedou o alistamento de analfabetos, militares, mendigos e aqueles que estivessem com seus direitos políticos limitados, e estabeleceu eleições diretas para Presidente da República, dentre outras medidas extremas. Todavia, a reação dos militares foi enérgica com o golpe de outubro de 1937, que culminou com a destituição de Getúlio Vargas. Naquele mesmo ano, através do Decreto-Lei nº 7.586 elaborado pelo, à época, Ministro da Justiça Agamenon Magalhães, foram restabelecidas a Justiça Eleitoral e a organização partidária, o que foi ratificado pela Constituição aprovada e promulgada em 1946, trazendo, ao nível constitucional, a Justiça Especializada como órgão do Poder Judiciário, tratando, ainda, da competência, estrutura e recursos eleitorais.

Em meados de 1950 foi elaborada a Lei nº 1.164/50 que deu origem ao terceiro Código Eleitoral, desta vez tratando do sufrágio direto e do voto como universal, obrigatório e secreto. Importante inovação trazida pela lei eleitoral foi à regulamentação da propaganda partidária e a consagração dos institutos da perda e suspensão dos direitos políticos, incompatibilidades, impedimentos e inelegibilidades.

Esta Constituição sofreu diversas alterações com os Atos Institucionais editados após o golpe militar de 1964 que, além da queda do Presidente João Goulart, trouxe algumas emendas constitucionais retrógradas, que revogaram a inelegibilidade do Chefe do Poder Executivo e o sigilo do voto nas eleições presidenciais.

Com a proposta de restaurar a ordem e o progresso no Brasil, o regime militar tomou o poder constitucional passando a imperar um regime de exceção, onde toda a legislação, inclusive a eleitoral, foi vitimada por atos institucionais, decretos, leis e emendas que buscavam adequar o processo eleitoral aos seus interesses, aumentando o apoio nas casas legislativas. Sob esse estado totalitário, foi editado o terceiro e último Código Eleitoral, que se encontra em vigor até os dias atuais, mantendo seus institutos, os quais foram recepcionados pela Constituição de 1988.

O famigerado AI-5, Ato Institucional nº 5, suspendeu garantias fundamentais, autoconcedeu poderes absolutos e determinou o fechamento do Congresso Nacional. Posteriormente, a censura se instalou com a “Lei Falcão”, a qual restringiu a propaganda eleitoral e proibiu os debates políticos nas rádios e televisão, como forma de controlar as mensagens políticas e seus destinatários.

A insatisfação geral do povo e o endividamento exagerado do governo brasileiro iniciaram o processo de abertura política que culminou com o fim do regime militar. Naquele período de transformações e retorno à normalidade, foram revogados os atos institucionais, através da Emenda Constitucional nº 11, de 1978, foi restabelecido o pluripartidarismo e criadas novas agremiações. Houve, ainda, alteração nas regras constitucionais de organização do Poder Judiciário Eleitoral trazida pela Emenda Constitucional nº 07, de abril de 1977.

Em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, conhecida como “Constituição Cidadã”, que restabeleceu definitivamente o Estado Democrático de Direito, regulou os direitos e partidos

políticos, que passaram a ser considerados pessoas jurídicas de Direito Privado, e manteve a Justiça Eleitoral como órgão do Poder Judiciário.

A legislação eleitoral sofreu algumas modificações inovadoras e bem sucedidas por meio do poder constituinte reformador que aprimorou o sistema eleitoral. Podem-se citar as emendas nº 04/93, criando o princípio da anualidade da lei eleitoral, o qual aduz que as modificações ao processo somente podem ser aplicadas um ano após sua vigência, a de nº 05/94, que reduziu para quatro anos o mandato do Presidente da República, adequando-se à legislatura, e a de nº 16/97 que autorizou a reeleição de chefes do Executivo para único período subsequente.

3.2 Noções gerais sobre a justiça eleitoral brasileira

A Constituição Federal de 1988 não confiou aos Poderes Legislativo e Executivo a função de organizar o pleito eleitoral, tampouco criou um Poder autônomo, distinto dos demais, para dar-lhe essa finalidade. Por óbvio, é razoável asseverar a inviabilidade dos Poderes Legislativo e Executivo na organização do escrutínio e todos os procedimentos que lhe envolvem. Corroborando com esta afirmação, Adriano Soares da Costa (2002, p.317) diz:

[...] desnecessário salientar que o envolvimento dos Poderes Legislativo e Executivo na organização e execução do processo eleitoral traria grave suspeição sobre a seriedade e isenção, dando ensejo a perigosas manifestações de corrupção eleitoral. É natural que aqueles que estejam no poder queiram nele permanecer, ainda mais se dispõem de meios para influenciar decisivamente no resultado do certame.

A Constituição brasileira elenca a Justiça Eleitoral como órgão de natureza jurisdicional, ou seja, parte integrante do Poder Judiciário, conforme dispõe o artigo 92, V. Entretanto, em razão da matéria que regula, a Justiça eleitoral caracteriza-se como especializada. Assim, embora se aproveite da estrutura da Justiça Estadual, a jurisdição eleitoral é classificada como de cunho federal e sua legislação é de competência privativa da União.

A opção pelo sistema jurisdicional de controle do processo eleitoral justifica-se pela segurança que um meio de impugnação propriamente jurisdicional confere ao processo eleitoral, haja vista que o Judiciário, por não ser um poder essencialmente político, mostra-se independente e com decisões imparciais. Por esta razão que o

sistema jurisdicional eleitoral, com suas variações, é tendência em diversos exemplos de democracia no mundo, sendo, inclusive, previsto em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, como no Pacto Internacional de Direito Cívico e Político (arts. 2, alínea a, e 14, seção 1) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8, seção 1) (OLIVEIRA, 2009, p. 32-33).

O texto constitucional traz a estrutura hierárquica que compõe a Justiça Eleitoral brasileira. Sua composição se dá pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), órgão de última instância em matéria eleitoral, situado na capital federal brasileira. Os Estados-membros, juntamente com o Distrito Federal, possuem um Tribunal Regional Eleitoral (TRE) em suas capitais; as juntas eleitorais e os juizes de direito das comarcas respondem como juizes eleitorais em primeira instância.

A Justiça eleitoral não possui quadro próprio de magistrados, sua composição é híbrida, com juizes oriundos de várias carreiras da magistratura e de diferentes graus hierárquicos, servindo-se, também, quando necessário, dos servidores de outros órgãos judiciários de maneira rotativa. Fávila Ribeiro (1998, p. 34) defende essa forma de recrutamento, quando diz: “a rotatividade na composição dos órgãos da Justiça Eleitoral é recomendada como eficiente esquematização institucional, devendo ser conservada como medida de sabedoria política”.

Além de sua composição heterogênea, mesmo que centrada no Poder Judiciário, destaca-se, também, a periodicidade da investidura dos juizes eleitorais, haja vista que estes são nomeados por tempo determinado, com exercício de suas funções por dois anos, prorrogável uma única vez por mais dois anos.

O princípio da temporariedade das funções do magistrado eleitoral justifica-se como forma de evitar que o poder e o contato político tornem os seus membros parciais. Aprovando o desempenho do magistrado por período determinado na função de juiz eleitoral, são as palavras de Djalma Pinto (2008, p. 47), para quem:

A experiência de rodízio, nos Tribunais Eleitorais, mostra-se extremamente saudável na medida em que assegura maior dinamismo à atuação da Justiça, propicia notável oxigenação das posições jurisprudenciais e impede o surgimento de ‘oligarquias’ no âmbito do Judiciário.

Por outro lado, a falta de magistrados que tenham como função uma atuação na Justiça Eleitoral desprestigia o funcionamento integral do órgão, pois o

comprometimento dos magistrados com suas demandas originárias interfere no perfeito exercício da jurisdição eleitoral e “retira a especialização dos membros, pois como a matéria eleitoral é complexa e difusa, quando um magistrado eleitoral se especializa termina o seu mandato”¹ (CERQUEIRA; CERQUEIRA, 2008, p. 805).

O Tribunal Superior Eleitoral é composto por, no mínimo, sete ministros, com mandato de dois anos, sendo possível a recondução por mais dois anos (quatro anos consecutivos), e “isso decorre da inexistência de uma Justiça Eleitoral independente, com quadro próprio de juízes” (GOMES, 2008, p. 56).

A escolha dos ministros se dá por eleição em votação secreta (artigo 119, CF; artigo 16, I, CE). Sendo três juízes dentre os ministros do Supremo Tribunal Federal (artigo 119, I, a, CF; artigo 16, I, a, CE); dois juízes dentre os ministros do Superior Tribunal de Justiça (artigo 119, I, b, CF; artigo 16, I, b, CE). As outras duas vagas são de nomeação do Presidente da República, que escolhe dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo STF (artigo 119, II, CF; artigo 16, II, CE).

O presidente e vice-presidente do órgão de cúpula da Justiça Eleitoral são escolhidos entre os juízes oriundos do Supremo Tribunal Federal. Já o cargo de corregedor será atribuído a um dos juízes advindos do Superior Tribunal de Justiça (artigo 119, § único, CF).

Entre as vagas a serem preenchidas no TSE, não poderão fazer parte juízes ou advogados que tenham, entre si, parentesco até quarto grau, mesmo por afinidade, seja o vínculo legítimo ou ilegítimo, excluindo-se neste caso o que tiver sido escolhido por último (artigo 16, § 1º, CE).

O artigo 121 da Constituição Federal determinou e a Lei 4.737/65 disciplinou a competência do TSE nos artigos 22 e 23. Assim, ao Tribunal incumbe julgar originariamente (artigo 22, I, CE): o registro e a cassação de registro de partidos políticos, dos seus diretórios nacionais e de candidatos à Presidência e vice-presidência da República; os conflitos de jurisdição entre Tribunais Regionais e juízes

¹ De forma mais otimista, Carlos Mario Velloso e Walber de Moura Agra (2009, p. 17) defendem que “A finalidade da adoção do princípio da temporalidade no exercício das atividades eleitorais configura-se na oxigenação de suas decisões, pois a renovação constante de seus quadros possibilita maior desenvolvimento doutrinário e abertura a novas idéias”.

eleitorais de Estados diferentes; a suspeição ou impedimento aos seus membros, ao Procurador Geral e aos funcionários da sua Secretaria; os crimes eleitorais e os comuns que lhes forem conexos cometidos pelos seus próprios juizes e pelos juizes dos Tribunais Regionais; as reclamações relativas a obrigações impostas por lei aos partidos políticos, quanto à sua contabilidade e à apuração da origem dos seus recursos; as impugnações à apuração do resultado geral, proclamação dos eleitos e expedição de diploma na eleição de Presidente e Vice-Presidente da República; os pedidos de desaforamento dos feitos não decididos nos Tribunais Regionais dentro de trinta dias da conclusão ao relator, formulados por partido, candidato, Ministério Público ou parte legitimamente interessada; as reclamações contra os seus próprios juizes que, no prazo de trinta dias a contar da conclusão, não houverem julgado os feitos a eles distribuídos; a ação rescisória, nos casos de inelegibilidade, desde que intentada dentro de cento e vinte dias de decisão irrecorrível, possibilitando-se o exercício do mandato eletivo até o seu trânsito em julgado.

Incumbe-lhe privativamente (artigo 23, CE): elaborar o seu regimento interno; organizar a sua Secretaria e a Corregedoria Geral, propondo ao Congresso Nacional a criação ou extinção dos cargos administrativos e a fixação dos respectivos vencimentos, provendo-os na forma da lei; conceder aos seus membros licença e férias assim como afastamento do exercício dos cargos efetivos; aprovar o afastamento do exercício dos cargos efetivos dos juizes dos Tribunais Regionais Eleitorais; propor a criação de Tribunal Regional na sede de qualquer dos Territórios; propor ao Poder Legislativo o aumento do número dos juizes de qualquer Tribunal Eleitoral, indicando a forma desse aumento; fixar as datas para as eleições de Presidente e Vice-Presidente da República, senadores e deputados federais, quando não o tiverem sido por lei; aprovar a divisão dos Estados em zonas eleitorais ou a criação de novas zonas; expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código; fixar a diária do Corregedor Geral, dos Corregedores Regionais e auxiliares em diligência fora da sede; enviar ao Presidente da República a lista tríplice organizada pelos Tribunais de Justiça nos termos do artigo 25; responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político; autorizar a contagem dos votos pelas mesas receptoras nos Estados em que essa providência for solicitada pelo Tribunal Regional respectivo; requisitar a força federal necessária ao

cumprimento da lei e das suas próprias decisões, ou das decisões dos Tribunais Regionais que o solicitarem; requisitar a força federal necessária ao cumprimento da lei, de suas próprias decisões ou das decisões dos Tribunais Regionais que o solicitarem, e para garantir a votação e a apuração; organizar e divulgar a Súmula de sua jurisprudência; requisitar funcionários da União e do Distrito Federal quando o exigir o acúmulo ocasional do serviço de sua Secretaria; publicar um boletim eleitoral; tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral.

Compete-lhe, ainda, o julgamento dos recursos especial (artigo 276, I, CE) e ordinário (artigo 276, II, CE) contra decisão dos Tribunais Regionais Eleitorais. Segundo previsão do Código Eleitoral, o prazo recursal é de três dias (artigo 276, § 1, CE). A interposição do recurso especial se dará quando as decisões forem contra expressa disposição de lei ou quando ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais Tribunais Eleitorais (artigo 276, I, *a e b*, CE). O recurso ordinário será interposto nas seguintes hipóteses: quando versarem sobre expedição de diplomas nas eleições federais e estaduais; quando denegarem *habeas corpus* ou mandado de segurança (artigo 276, II, *a e b*, CE). A deliberação do Tribunal se dá por maioria de votos, estando presentes a maioria dos seus membros, em sessão pública (artigo 119, CE).

A segunda instância da Justiça Eleitoral brasileira é composta pelo Tribunal Regional Eleitoral, presente na capital de todos os Estados e no Distrito Federal. O TRE também é composto por, no mínimo, sete membros, que são eleitos por meio de votação secreta, sendo dois juízes, dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça; dois juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça; um juiz do Tribunal Regional Federal com sede na Capital do Estado ou do Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo; por nomeação, pelo Presidente da República, de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça (artigo 25, CE). A lista é formada pelo Tribunal de Justiça e encaminhada ao Tribunal Superior Eleitoral para a realização da escolha, considerando-se que não poderão compor a lista magistrados aposentados, nem membros do Ministério Público (artigo 25, § 1º e 2º, CE).

Os juizes do TRE possuem as mesmas prerrogativas dos magistrados do TSE, pois “gozam de plenas garantias no exercicio de suas funcoes, são inamovíveis, mas não usufruem de vitaliciedade” (GOMES, 2008, p.58).

A competência deste órgão está disposta no artigo 29 do Código Eleitoral, bem como no artigo 121 da Constituição Federal, que aduz:

Artigo 29. Compete aos Tribunais Regionais: I - processar e julgar originariamente: a) o registro e o cancelamento do registro dos diretórios estaduais e municipais de partidos políticos, bem como de candidatos a Governador, Vice-Governadores, e membro do Congresso Nacional e das Assembléias Legislativas; b) os conflitos de jurisdição entre juizes eleitorais do respectivo Estado; c) a suspeição ou impedimentos aos seus membros ao Procurador Regional e aos funcionários da sua Secretaria assim como aos juizes e escrivães eleitorais; d) os crimes eleitorais cometidos pelos juizes eleitorais; e) o *habeas corpus* ou mandado de segurança, em matéria eleitoral, contra ato de autoridades que respondam perante os Tribunais de Justiça por crime de responsabilidade e, em grau de recurso, os denegados ou concedidos pelos juizes eleitorais; ou, ainda, o *habeas corpus* quando houver perigo de se consumar a violência antes que o juiz competente possa prover sobre a impetração; f) as reclamações relativas a obrigações impostas por lei aos partidos políticos, quanto a sua contabilidade e à apuração da origem dos seus recursos; g) os pedidos de desaforamento dos feitos não decididos pelos juizes eleitorais em 30 (trinta) dias da sua conclusão para julgamento, formulados por partido, candidato, Ministério Público ou parte legitimamente interessada sem prejuízo das sanções decorrentes do excesso de prazo; II - julgar os recursos interpostos: a) dos atos e das decisões proferidas pelos juizes e juntas eleitorais. b) das decisões dos juizes eleitorais que concederem ou denegarem *habeas corpus* ou mandado de segurança. Parágrafo único. As decisões dos Tribunais Regionais são irrecuráveis, salvo nos casos do art. 276.

Atuarão na primeira instância singular da Justiça Eleitoral os juizes de direito em efetivo exercicio, que serão investidos na jurisdição de cada uma das zonas eleitorais (artigo 32, CE). As juntas eleitorais são os órgãos colegiados desta instância. A zona eleitoral não corresponderá necessariamente à área de um município, pois:

Um município pode concentrar diversas zonas eleitorais, conforme demarcação feito pela demarcação feita pelo retrospectivo Tribunal Regional Eleitoral, ao qual couber divisão da respectiva circunscrição, que, entretanto, deve ser aprovada pelo TSE (arts. 23, VII e 30, IX, CE). Paralelamente, uma única zona eleitoral pode abranger diversos Municípios (PINTO, 2008, p. 43).

O juiz eleitoral terá que despachar na sede da zona eleitoral (artigo 34, CE), e a ele compete:

I - cumprir e fazer cumprir as decisões e determinações do Tribunal Superior e do Regional; II - processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais; III - decidir *habeas corpus* e mandado de segurança, em matéria eleitoral, desde que essa competência não esteja atribuída privativamente a instância superior. IV - fazer as diligências que julgar necessárias a ordem e presteza do serviço eleitoral; V - tomar conhecimento das reclamações que lhe forem feitas verbalmente ou por escrito, reduzindo-as a termo, e determinando as providências que cada caso exigir; VI - indicar, para aprovação do Tribunal Regional, a serventia de justiça que deve ter o anexo da escrivania eleitoral; VII - representar sobre a necessidade de nomeação dos preparadores para auxiliarem o alistamento eleitoral, indicando os nomes dos cidadãos que devem ser nomeados; VIII - dirigir os processos eleitorais e determinar a inscrição e a exclusão de eleitores; IX- expedir títulos eleitorais e conceder transferência de eleitor; X - dividir a zona em seções eleitorais; XI mandar organizar, em ordem alfabética, relação dos eleitores de cada seção, para remessa a mesa receptora, juntamente com a pasta das folhas individuais de votação; XII - ordenar o registro e cassação do registro dos candidatos aos cargos eletivos municipais e comunicá-los ao Tribunal Regional; XIII - designar, até 60 (sessenta) dias antes das eleições os locais das seções; XIV - nomear, 60 (sessenta) dias antes da eleição, em audiência pública anunciada com pelo menos 5 (cinco) dias de antecedência, os membros das mesas receptoras; XV - instruir os membros das mesas receptoras sobre as suas funções; XVI - providenciar para a solução das ocorrências para a solução das ocorrências que se verificarem nas mesas receptoras; XVII - tomar todas as providências ao seu alcance para evitar os atos viciosos das eleições; XVIII - fornecer aos que não votaram por motivo justificado e aos não alistados, por dispensados do alistamento, um certificado que os isente das sanções legais; XIX - comunicar, até às 12 horas do dia seguinte a realização da eleição, ao Tribunal Regional e aos delegados de partidos credenciados, o número de eleitores que votarem em cada uma das seções da zona sob sua jurisdição, bem como o total de votantes da zona (artigo 35).

A criação da junta eleitoral tem previsão constitucional no artigo 121. O órgão deliberativo é constituído pelo Presidente do Tribunal Regional Eleitoral, após aprovação do pleno, 60 dias antes do pleito, formada de dois ou quatro cidadãos idôneos e presidida pelo juiz eleitoral, para a seguinte finalidade: apurar, no prazo de 10 (dez) dias, as eleições realizadas nas zonas eleitorais sob a sua jurisdição; resolver as impugnações e demais incidentes verificados durante os trabalhos da contagem e da apuração; expedir os boletins de apuração mencionados no art. 179; expedir diploma aos eleitos para os cargos municipais (artigo 40, CE).

Djalma Pinto (2008, p. 51) resume as competências da Justiça Eleitoral, identificando-a, de forma geral, como órgão responsável pelo alistamento eleitoral, deferimento de registro de candidatura, regulação da propaganda eleitoral e do financiamento das eleições, organização e realização do certame, disponibilidade de

transporte e alimentação dos eleitores das áreas rurais, poder de polícia durante o pleito, proclamação dos resultados, diplomação dos eleitos, julgamento dos crimes eleitorais, das ações impugnatórias e da investigação para apuração da prática de abuso de poder no período eleitoral.

Concluem-se, assim, como arremate ao item no qual se discorre, as noções gerais acerca da Justiça Eleitoral, que este órgão tem natureza jurisdicional especializada, estruturado de forma piramidal e hierárquica, com inexistência de magistratura específica e com periodicidade da investidura dos juizes, embora com funcionamento permanente e quadro de funcionários próprio. Destaca-se, também, a sua peculiar divisão territorial para fins eleitorais² (CERQUEIRA; CERQUEIRA, 2008, p. 803-805) e, nas esteiras da lição de Olivar Coneglian (2003, p. 57-74), sua função de justiça executiva, vez que além de julgar os dissídios eleitorais, também tem o dever de executar as eleições.

3.3 Funções da justiça eleitoral

Cabe à Justiça Eleitoral organizar, executar e controlar os processos de escolha dos candidatos a mandato eletivo, bem como os processos de plebiscito e referendo. É também sua atribuição a solução das lides em caráter definitivo quando o caso concreto necessitar da intervenção do Estado-juiz, além do desempenho da função regulamentar. Observa-se, pois, que embora a Justiça Eleitoral integre o Poder Judiciário, suas atribuições não se restringem ao exercício da função jurisdicional, haja vista que esta exerce, também, as funções administrativa, consultiva e regulamentar.

Vê-se, pois, uma peculiaridade inerente à natureza da Justiça Eleitoral, qual seja, trata-se da sua função executiva, sendo esta bem mais que a função administrativa atípica de todos os órgãos jurisdicionais, tal qual explicita a lição de Olivar Coneglian (2003, p.57-59):

No jargão da burocracia, costuma-se dizer que cada órgão público contém uma atividade meio e uma atividade fim. Nesse caso, pode-se dizer, de qualquer Tribunal, que ele exerce função administrativa como atividade

² A divisão territorial para fins eleitorais se organiza da seguinte forma: 1) circunscrições eleitorais: são os Estados da federação e o Distrito Federal; 2) Zonas eleitorais: as circunscrições eleitorais são divididas em zonas eleitorais nas quais os juizes eleitorais possuem jurisdição; 3) seções eleitorais: divisões administrativas das zonas eleitorais que funcionam no dia da eleição.

meio para atingir sua atividade fim, que é o exercício da jurisdição: julgar. A Justiça Eleitoral é executiva de outra maneira. Ela tem uma atividade meio, que é sua própria administração, para atingir sua atividade fim: realizar as eleições.

Enquanto todas as atividades fins de todos os órgãos da Justiça é julgar, ou exercer a jurisdição, a atividade fim da Justiça Eleitoral é realizar as eleições. Daí que a Justiça Eleitoral é o Poder Executivo das eleições.

[...]

Qual é a participação do Poder Judiciário? Tudo: criar zonas eleitorais, recrutar Juízes Eleitorais, convocar mesários, juntas, escrutinadores; adquirir equipamentos eletrônicos, proceder inscrição, exclusão e transferência de eleitores, registrar e fiscalizar partidos e os segmentos dos partidos políticos, certificar a validade das filiações partidárias, declarar inelegibilidades, receber e deferir pedido de registro de candidaturas, fiscalizar e comandar a propaganda, requisitar tempo em emissoras de rádio e de televisão, estabelecer locais de votação, elaborar o orçamento da Justiça Eleitoral, requisitar e distribuir os recursos financeiros, convocar eleitores para votar, multar eleitores e candidatos, comandar a eleição, contar os votos, proclamar e diplomar os eleitos.

Em que pese a relevância da dita função executiva da Justiça Eleitoral, há que se destacar também a sua atividade jurisdicional, que tem como escopo a resolução dos conflitos, seja através de ações cíveis ou criminais, caracterizando-se pela: “solução imperativa, em caráter definitivo, dos conflitos intersubjetivos submetidos ao Estado-juiz, havendo substituição da vontade estatal pela dos contendores” (GOMES, 2008, p. 52). Desta forma, quando provocado, através da postulação de determinada demanda, o juiz eleitoral deve aplicar o direito.

No desempenho do seu poder de polícia, a Justiça Eleitoral atua limitando a liberdade dos cidadãos em benefício da sociedade, devendo, pois, agir ainda que não provocada. Também no exercício da função administrativa, o juiz eleitoral atua sem que haja conflito ou lide a ser solucionada, sendo esta uma atividade-meio que viabiliza a regularidade do processo eleitoral, como: “quando nomeia mesários, ou indica locais para a instalação de sessões eleitorais, ou quando fiscaliza seus subordinados, exerce atividade meramente administrativa, como administrador do prélio eleitoral” (COSTA, 2002, p. 336).

Os Tribunais Regionais Eleitorais e o Tribunal Superior Eleitoral igualmente operam como órgãos de consulta, emitindo pareceres sobre matérias em tese apresentadas por autoridades ou partido político (artigo 23, CE). Ressalta-se que nas consultas feitas aos tribunais eleitorais não pode existir conexão com situação concreta.

A resposta obtida na consulta não vincula os órgãos do Poder Judiciário Eleitoral para o seu cumprimento, apenas, soluciona a indagação levantada, não podendo servir como fundamento para alterar situações jurídicas já consolidadas. Sobre a questão se manifestou o Ministro Caputo Bastos (Consulta 1407 TSE) no julgamento da Consulta 1407 do TSE (BRASIL, TSE, 2008, *on-line*):

[...] quando o Tribunal responde uma consulta ele não está legislando, mas está fazendo uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico – CF, Código Eleitoral, Lei Eleitoral e Resoluções-, ele faz uma interpretação sistemática. E quando às vezes aparentemente não existe um dispositivo explícito, ele o faz na forma da chamada interpretação dinâmica, construtiva, no sentido de dar completude ao ordenamento jurídico.

O Poder Judiciário Eleitoral também expede regulamentos cuja finalidade é facilitar a execução das normas, possibilitando a descrição de detalhes que são necessários para o cumprimento da legislação eleitoral. Neste diapasão, vale ressaltar que regulamento é “ato estritamente subordinado, isto é, meramente subalterno e, ademais, dependente de lei” (MELLO, 2007, p. 333). Esta função regulamentar, nas palavras de Marcos Ramayana (2004, p.60-61), é basicamente aquela que:

[...] processa-se através de resoluções e instruções sobre propaganda eleitoral, votação, apuração, registro de candidatos, calendários eleitorais e outras. Sobre essa matéria, impende observar que o poder regulamentar deve situar-se *secundum legem*, sob pena de invalidação e, em atendimento ao disposto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, pois ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.’ É cabível, portanto, um controle pelos partidos políticos e Ministério Público, quando se detectar uma extensão demasiada na regulamentação da matéria, axiomada a regulamentação *contra legem*; além de ser viável o ajuizamento do mandado de injunção (art. 5º, LXXI) nas hipóteses de inércia do órgão regulamentador, ou seja, na ausência de norma regulamentadora sobre determinada matéria eleitoral.

Ainda que a Constituição Federal de 1988 não faça alusão expressa ao poder regulamentar, os dispositivos do Código Eleitoral em que há esta previsão foram recepcionados, possibilitando a atuação normativa da Justiça Eleitoral. Portanto, o exercício de expedir regulamentos é legal, porém, o Judiciário não pode usar dessa competência para exasperar sua atuação e, em vez de somente regulamentar a legislação já existente, ampliar, restringir ou criar direitos e deveres que a lei não ordena.

Na verdade, a Constituição Federal, ao tratar do poder regulamentar, estabelece no artigo 84, IV, que a expedição de regulamento é atividade privativa do Presidente da

República. Neste sentido, os regulamentos “são atos administrativos, postos em vigência por decreto, para especificar os mandamentos da lei ou prover situações ainda não disciplinadas por lei” (MEIRELLES, 2008, p. 183). Vê-se, portanto, que se trata de ato administrativo e não de ato legislativo. O poder regulamentar pode ser conceituado como “a faculdade de que dispõem os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei” (MEIRELLES, 2008, p. 129). Portanto, igualmente deve ser entendida esta atribuição quando conferida aos órgãos jurisdicionais. Da mesma forma, então, deve atuar a Justiça Eleitoral no usufruto de sua atribuição regulamentar.

Embora, como dito, a Constituição não atribua a função regulamentar à justiça eleitoral, esta foi estabelecida no Código Eleitoral (artigo 1º, parágrafo único, e artigo 23, IX), que prevê explicitamente a competência do Tribunal Superior Eleitoral de expedir as instruções que julgar convenientes, e o artigo 105 da Lei 9.504/97, o qual determina o prazo para a expedição das resoluções necessárias à execução da lei. Com isso, vê-se que as resoluções, ainda que não sejam leis, possuem sua força, “o que significa gozar do mesmo prestígio, deter a mesma eficácia geral e abstrata atribuída às leis” (GOMES, 2008, p. 54). Respondendo à Consulta de nº 715, o Min. Sepúlveda Pertence assim se manifestou sobre o poder regulamentar:

Senhor Presidente, dispõe o art. 23, IX, do Código Eleitoral competir ao TSE expedir as instruções que julgar convenientes a execução deste código. Cuida-se de competência normativa, mas de hierarquia infralegal. O juízo de conveniência confiado ao TSE, tem por objeto a *expedição ou não da instrução*, não o seu conteúdo. Este, destinado à execução do código e, obviamente, a todo o bloco da ordem jurídica eleitoral, está subordinado à Constituição e a lei. É verdade além de explicitar o que repute implícito na legislação eleitoral, viabilizando a sua aplicação uniforme pode o Tribunal colmatar-lhe lacunas técnicas, na medida das necessidades de operacionalização do sistema gizado pela Constituição e pela lei. Óbvio, entretanto, que não as pode corrigir, substituindo pela de seus juízes a opção do legislador: por isso, não cabe ao TSE suprir lacunas aparente da Constituição ou da lei, vale dizer, o *silêncio eloqüente* de uma ou de outra.

O conteúdo das resoluções não pode contrariar a disposição legal, inovando o direito. Assim, ressalta-se que os atos normativos devem ter apenas caráter secundário. Neste sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello (2007, p. 334) dispõe que a distinção entre regulamento e lei “está em que a lei inova originariamente na ordem jurídica, enquanto regulamento não a altera [...]. É fonte primária do Direito,

ao passo que regulamento é fonte secundária, inferior”. Portanto, ao dispor deste exercício, não se pode invadir a esfera legal, haja vista ser o regulamento apenas um complemento da lei, que não pode ser confundido com esta.

Os atos normativos da jurisdição eleitoral têm força legal e impositiva, sendo considerados fonte do Direito Eleitoral. Contudo, não podem fugir da característica de atos subordinados à lei. Destarte, não é legítima a atuação da Justiça Eleitoral, quando, se valendo desta competência, usurpa função legislativa que não lhe assiste e passa a expedir resoluções de conteúdo inovador.

Entende-se, pois, que em respeito ao princípio constitucional da legalidade (artigo 5º, II, CF), que diz: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, a Justiça Eleitoral não poderá se valer de regulamentos para atuar no campo da reserva legal.

A função normativa do judiciário Eleitoral não deve, pois, ser confundida com a função legiferante do Poder Legislativo de criação de lei no sentido material. Portanto, os regulamentos eleitorais não podem possuir caráter inovador e modificar a ordem jurídica, restringindo ou ampliando direitos.

3.4 O ativismo judicial na Justiça Eleitoral

No capítulo precedente dissertou-se sobre o ativismo judicial, identificando-o como exacerbação da jurisdição constitucional, vez que se trata do fenômeno em que o Poder Judiciário, sob a justificativa de efetivar direitos fundamentais, transmuda de seu estado de passividade exegética para uma atitude proativa por meio de uma interpretação criativa e integradora dos preceitos constitucionais.

Contudo, antes de se esboçar os comentários sobre o ativismo judicial na Justiça Eleitoral, cumpre que seja feito um esclarecimento preliminar acerca da diferenciação entre o ativismo judicial e a judicialização das eleições.

A judicialização das eleições é, por muitos, denominada de “terceiro turno” (COSTA, 2010, *on-line*), em virtude de muitas disputas transcenderem a arena das urnas, deixando que o resultado final das disputas seja conferido à Justiça Eleitoral, após o julgamento das ações e recursos eleitorais que examinam os abusos cometidos por candidatos eleitos democraticamente e cassados pelo Poder Judiciário.

À primeira vista, estes litígios eleitorais que influem no resultado das urnas podem ser caracterizados como contramajoritários e até mesmo identificados como ativismo judicial. Contudo, entende-se que a judicialização das eleições, em vez de ameaçar o princípio da soberania popular, na verdade o qualifica, haja vista que expurga o candidato “trapaceiro” que, de alguma forma, viciou o resultado das urnas materialmente, vez que ludibriou a vontade popular.

Assim, esta atuação da Justiça Eleitoral, que visa a impugnar os abusos cometidos por candidatos desleais, é legítima, pois fundada em um arcabouço legislativo que a autoriza, mas também, e sobretudo, porque resguarda o princípio da soberania popular, vez que impede o resultado viciado das eleições. Destarte, “a ilegitimidade da investidura no poder mais se agrava com o exercício do mandato obtido de forma irregular”, vez que o poder obtido com fraude eleitoral “não é delegado pelo povo; é sim, usurpado, recaindo sobre seu ocupante justificado descrédito” (PINTO, 2008, p. 4). Sobre o assunto, convém trazer o comentário de Marcelo Rosendo Oliveira (2009, p. 91):

É preciso ter presente o fato de que milita em favor do candidato vitorioso a presunção de haver logrado o mandato de forma lícita, sendo de se lhe garantir, em privilégio da soberania popular, o reconhecimento do título que o habilitará ao exercício das funções para as quais foi escolhido. Tal presunção, contudo, pode ser elidida enquanto perdurar a contestação dos expedientes de que lançou mão para a captação dos votos, de modo que, reconhecida, mediante decisão judicial, a prática de vício – que exige, em regra, no Brasil, com suporte em iterativa construção jurisprudencial, prova inconcussa do ilícito e potencialidade para influenciar a normalidade e a legitimidade das eleições, o que bastante justificável diante de valor sensível como a soberania popular – passará a militar em favor da coletividade o interesse de expurgar aquele que violou as regras da disputa.

Portanto, se de um lado deve-se coibir o ativismo judicial, também na seara eleitoral, de outra banda, não se pode defender a inefetividade das decisões da Justiça Eleitoral, pois este comportamento excessivamente contido favorece a impunidade, vez que as apurações dos ilícitos eleitorais geram processos que muitas vezes só se encerram quando já finalizado o pleito eleitoral.

Desta forma, oportuna é a diferenciação destes dois fatos. Assim, como visto alhures, o ativismo judicial é uma atitude específica e proativa de julgar que se utiliza de uma interpretação criativa para ampliar o sentido e alcance de preceitos normativos que reclamam uma complementação legislativa para serem efetivados,

enquanto que a judicialização das eleições é fruto de uma atuação mais presente e eficaz do Poder Judiciário no controle das eleições, aplicando, com maior competência e celeridade, os diplomas legislativos que regulam a lisura do processo eleitoral e coibindo o abuso do poder político e econômico, bem como a ocorrência de fraudes eleitorais.

Feitas as elucidações preliminares, cumpre agora que se analise o ativismo judicial, propriamente identificado, no âmbito da Justiça Eleitoral, haja vista que, em razão de algumas peculiaridades atinentes à composição e função deste órgão, fértil é o campo para a disseminação do fenômeno na seara eleitoral.

Inicialmente há que se refletir sobre a fragilidade doutrinária do Direito Eleitoral, haja vista a escassez de estudos mais aprofundados, de teorias e doutrinas sólidas que deem maior subsistência aos institutos e acontecimentos do direito e do processo eleitoral. Soma-se a isto a mal concebida legislação eleitoral, que é incompleta, complexa e lacunosa³, exigindo, assim, a sua constante integração para regular o certame eleitoral.

Observa-se, também, que a legislação eleitoral possui vários conceitos indeterminados, ou seja, conceitos jurídicos de semântica fluida, com ausência de traços nítidos ou bem definidos de sua extensão, que conduzem à ambiguidade de sentidos e desenham “quadros em que não há uma única solução correta, mas várias igualmente defensáveis, plausíveis e razoáveis” (GOMES, 2008, p.17).

Para que estas expressões sejam determinadas, exige-se do seu aplicador uma interpretação proativa, capaz de explicitar e precisar seus conteúdos. Assim, amplia-se o poder do Juiz, vez que lhe é outorgada “maior liberdade no processo de determinação do direito ao apreciar os casos submetidos a julgamento” (GOMES, 2008, p.17).

³ A escassa e ultrapassada legislação eleitoral se reflete na manutenção de um Código Eleitoral instituído, ainda, à época do regime de exceção, que, portanto não se coaduna com uma série de inovações experimentadas na redemocratização nem com o aprimoramento do processo eleitoral. Destaca-se, ainda, como fonte legislativa do direito eleitoral a Lei das eleições - lei n. 9504, de 30 de setembro de 1997, a Lei complementar n. 64 de 18 de maio de 1990, que cuida das hipóteses de inelegibilidade, a Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995, chamada de Lei orgânica dos partidos políticos, a Lei 11.300 de 10 de maio de 2006, denominada de minireforma eleitoral. (TELLES, 2009, p.5).

Destarte, a legislação eleitoral é contaminada de expressões imprecisas, tais como: “abuso do poder político”, “abuso do poder econômico”, “utilização indevida”, “vantagem pessoal”, “mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário”, “grave discriminação pessoal” etc., que permitem uma interpretação criativa e integradora do preceito normativo.

Estas constatações preliminares revelam o quão propício é o ativismo judicial na Justiça Eleitoral, pois a doutrina e as leis pertinentes à matéria são escassas e infectadas por conceitos indeterminados, dando espaço para o Judiciário adequar o ordenamento às ambições constitucionais, especialmente no atual momento de neoconstitucionalismo. Assim, é cada vez mais crescente a tendência de se guiar o Direito Eleitoral pela jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.

Acrescem-se aos fatos ora relatados as funções e características da Justiça Eleitoral como incentivo para a ocorrência do ativismo judicial. Neste sentido, destaca-se a função regulamentar da Justiça Eleitoral, que se revela na competência dos Tribunais eleitorais: expedirem instruções, completando o sentido do texto legal; elaborarem resoluções regulando o processo eleitoral, ante a omissão legislativa; e responder consultas que lhe são formuladas, em tese, para interpretação de assunto pertinente a matéria eleitoral.

Vê-se, portanto, que os poderes conferidos à Justiça Eleitoral, em virtude da sua função normativa, são favoráveis a permitir um comportamento proativo do Judiciário, haja vista que, em alguns momentos, a competência regulatória dos Tribunais eleitorais assumem contornos de uma atividade nitidamente legislativa ao elaborar resoluções que regulam o certame eleitoral com força de lei ordinária federal.

Sabe-se que este poder normativo da Justiça Eleitoral não é absoluto, o qual está adstrito a uma série de limitações, especialmente as pertinentes ao princípio da legalidade, pois não se permite que, por meio de resoluções, se adentre nas matérias atinentes à reserva da lei.

Destarte, as atribuições dadas à Justiça Eleitoral, no usufruto da sua função normativa, é, como já exposto, meramente regulatória. Assim, como tal, deve se sujeitar a disciplinar as situações nas quais se aconselha a atuação discricionária da Justiça para fazer cumprir em sua plenitude a legislação eleitoral, mas sem criar

direitos nem obrigações que não se encontrem na lei. Sobre o assunto, cumpre colacionar a lição de José Augusto Delgado (1995, p.116):

a) o regulamento tem sua base jurídica na extensão da função normativa da Justiça Eleitoral, constituindo-se uma forma menos qualificada de tal função a ser exigida; b) esse poder regulamentar é inerente à peculiaridade da tarefa administrativa e judicial exercida pela Justiça Eleitoral, por lhe ser impossível se manifestar, para poder exercer o controle, em todos os casos concretos; c) a possibilidade do regulamento dispor de modo abstrato, para o futuro, só tendo efeito retroativo em situações excepcionais, como no caso do reconhecimento da prática de atos atentatórios à dignidade da Constituição que, por possuírem tal vício, são nulos, facilita a execução dos variados procedimentos eleitorais existentes e serve como veículo educativo para todos os agentes envolvidos com o fenômeno eleitoral; d) é aceitável que, em se tratando de Direito Eleitoral, a ação do regulamento não se limite, apenas, a interpretar a lei e a ditar regras ligadas à sua execução, pelo que deve-se-lhe permitir, com caráter normativo, impor a obrigatoriedade de determinadas condutas aos sujeitos ativos e passivos do processo eleitoral; e) há de se valorizar a simples expedição do regulamento por ele expelir a sua pujança hierárquica, tornando obrigatório o seu cumprimento por parte dos subordinados à autoridade eleitoral e por esta, em face de sua integração regular ao ordenamento jurídico-eleitoral; f) a hierarquização no ordenamento jurídico-eleitoral torna-se útil, de modo específico, ao prestigiar a esfera da eficácia e da efetividade do regulamento, tendo em vista que o expedido por uma autoridade superior prevalece sobre outro, embora já existente, mas que tenha se originado de ato de autoridade subordinada àquela; g) os conceitos estatuídos pela Ciência jurídica a respeito da força normativa, no final deste século foge do apoio a que sejam instituídas leis que pretendam esgotar, por inteiro, todos os fatos que pretende alcançar, tendo em vista a impossibilidade prática de tal patamar ser atingido com êxito, pelo que se defende um maior prestígio para os decretos, portarias, circulares, provimentos, instruções etc; h) o regulamento eleitoral, quanto expedido, deve se submeter às limitações legais que sobre ele, normalmente, recaem, pelo que não deve, em nenhuma hipótese, alcançar a integridade de qualquer direito ou garantia fundamental do cidadão, nem diminuir ou aumentar os limites dos direitos subjetivos constituídos pela lei eleitoral; i) o objetivo fundamental do regulamento em Direito Eleitoral deve ser o de disciplinar as situações em que cabe atuação discricionária da Justiça Eleitoral para fazer cumprir a legislação que rege os atos por ela produzidos, quer administrativos, quer judiciais; j) não deve ter força de criar direitos nem obrigações que não se encontrem, de modo implícito ou explícito, contidos na lei; l) não deve revogar, nem contrariar a letra nem o espírito da lei, limitando-se, apenas, a desenvolver os princípios e a completar a sua dedução, facilitando o seu cumprimento.

Portanto, a competência regulamentar da Justiça Eleitoral deve se restringir à edição de novas regras organizacionais do pleito a cada biênio em que ocorre a eleição, e assim, apenas complementar os textos das leis eleitorais, porém, sem qualquer tentativa de normatização *ultra legem*.

Contudo, a inspiração trazida pelo neoconstitucionalismo que autoriza o ativismo judicial contra as perniciosas omissões legislativas que comprometem a efetividade de direitos fundamentais, somada à crise institucional e à descrença

popular que passa o Poder Legislativo e toda a classe política, instiga uma atuação proativa do Tribunal Superior Eleitoral para que este, no usufruto do seu poder normativo, extrapole os limites de sua competência regulamentar.

Desta forma, o que se apresenta no cenário atual é a Corte Eleitoral abusando da sua função regulamentar, vez que vem elaborando resoluções com preceitos sequer esboçados nas leis eleitorais pertinentes e, além disto, criando prazos, normatizando instruções e inovando institutos jurídicos.

Como exemplo, foi o que ocorreu com a Resolução 22.610/2007, na qual o Tribunal Superior Eleitoral, por meio de um ato administrativo de caráter normativo, inovou o ordenamento jurídico, criando nova forma de perda de mandato eletivo. Aludida Resolução será estudada mais detidamente no capítulo seguinte.

Constata-se, então, que no usufruto da sua função normativa para implementar a legislação eleitoral, o TSE vem se apresentando como o Tribunal no qual se respira o ativismo judicial, haja vista que além da sua competência regulamentar de editar normas meramente explicativas do processo administrativo e contencioso eleitoral, a Corte Eleitoral também inova o sistema jurídico brasileiro, ao deduzir da Constituição novos disciplinamentos em matéria de direitos políticos e de direito partidário.

O ativismo judicial se manifesta na Justiça Eleitoral não apenas por meio do seu poder normativo, mas também em algumas decisões dos Tribunais Eleitorais e do Tribunal Superior Eleitoral, nas quais os juízes eleitorais vão além da sua função jurisdicional e, a pretexto de interpretar a Constituição e a legislação eleitoral, criam novos preceitos normativos.

Ressalta-se, mais uma vez: as decisões que ora se classificam como exemplos de ativismo judicial na Justiça Eleitoral não se referem aos julgados regulares, os quais impugnam o abuso de poder e a fraude no processo eleitoral e são frutos da crescente judicialização do pleito eleitoral. Embora possa ocorrer que, na apreciação destas, o TSE ultrapasse a sua função jurisdicional e regule matéria que não seja de sua competência. Exemplo disto ocorreu no julgamento do Recurso Ordinário n. 748, quando analisando não o mérito do recurso, mas em uma questão de ordem, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu, por maioria de votos, fixar em cinco dias o prazo decadencial para ajuizamento das representações que versem sobre as condutas

vedadas pela lei n. 9.504/97.

A decisão neste julgamento foi peculiar, haja vista que o caso não se tratava especificamente da tempestividade ou não da representação, nem mesmo a questão havia sido suscitada pelos litigantes. Na verdade, quem atentou para a necessidade de se fixar prazo para impetrar aludida representação foi a própria Justiça Eleitoral, chamando a atenção para que esta ação não seja utilizada com fins oportunistas.

Assim, decidindo esta questão, o Tribunal Superior Eleitoral criou um precedente jurisprudencial com efeitos vinculantes, regulando matéria adstrita ao campo da reserva legal, que nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, só poderia ser disciplinado pelo Congresso Nacional.

Não restam dúvidas de que, neste julgado, a Justiça Eleitoral decidiu conforme o ativismo judicial, vez que usurpou a competência do Poder Legislativo, ferindo o princípio da separação dos poderes e comprometendo a harmonia e o equilíbrio do Estado de Direito, pois, decidindo matéria levantada como questão de ordem de um recurso, criou por meio de um precedente jurisprudencial, prazo decadencial para impetração da representação de que trata o artigo 96 da Lei n. 9.504-97. Sobre o assunto, convém trazer as palavras de protesto do Ministro Marco Aurélio de Mello, que rejeitou aludida questão de ordem:

Senhor Presidente, perdoem-me os colegas o arroubo de retórica - ainda não estou no Congresso Nacional, peço vênias para não caminhar no sentido de fixar prazo. Ocorre, no caso, uma verdadeira fixação de prazo. Não somos convocados para aplicar a lei, porque a lei a respeito é silente, e o Tribunal sempre a observou, tal como ela se contém hoje. Eleger e pinçar por este ou aquele critério, ainda que repousando na razoabilidade, um prazo, é passo demasiadamente largo. Peço vênias para entender que não cabe ao Tribunal a fixação, sob pena de olvidar-se a separação de poderes e veja envolvimento de matéria constitucional no caso. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral, RCD 748-PA, Rel. Luiz Carlos Madeira, Voto Vencido (questão de ordem). julg. 24.05.2005, *on-line*)

Observa-se, pois, presente o ativismo judicial na Justiça Eleitoral, quer seja quando este órgão exorbita a sua função regulamentar, quer seja quando julga interpretando criativamente o direito eleitoral e a Constituição, o que, tal qual já tratado nos capítulos precedentes, compromete a saúde do Estado Democrático de Direito, pois fere o princípio da separação dos poderes e o princípio democrático.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL EMBLEMÁTICA DA JURISDIÇÃO ELEITORAL BRASILEIRA

Ver-se-á nos itens seguintes, de forma mais detida, a análise de duas decisões da Justiça Eleitoral em que se observou o ativismo judicial. Inicialmente será estudada a Resolução 22.610 elaborada pelo TSE, com a constitucionalidade confirmada pelo STF, que regula a perda de mandato político por infidelidade partidária, como exemplo de ativismo judicial ocorrido na Justiça Eleitoral, por meio de sua função regulamentar.

Depois serão expostas as discussões travadas nestes Tribunais acerca da verificação da vida pregressa do candidato como condição implícita de elegibilidade feita pelo Juiz eleitoral no ato de deferimento do registro de candidatura, por meio de uma interpretação criativa do magistrado que complementaria o sentido do artigo 14 § 9 da Constituição Federal, tese que foi sustentada em diversos Tribunais Regionais Eleitorais do país, mas que foi afastada pelo TSE e pelo STF.

4.1 A Resolução 22.610 do TSE e a perda de mandato por infidelidade partidária

Os partidos políticos são instituições necessárias para operacionalização da participação no processo de formação das decisões políticas, haja vista que, com o aumento progressivo da demanda de cidadãos, torna-se imprescindível a intermediação de agremiações que operacionalizem os anseios populares. Portanto,

os partidos políticos são associações de pessoas unidas por ideais comuns, que buscam atingir o poder para conduzir os interesses da sociedade de acordo com certos princípios ou gerenciar o Estado segundo prioridades que julgam adequadas para determinado momento (PINTO, 2008, p. 98).

Desta forma, dada a sua relevância para a concretização da democracia representativa, vez que é o meio capaz de assegurar a influência dos cidadãos organizados na gestão dos assuntos políticos e públicos do Estado, reclama-se o

fortalecimento destas instituições para que se possa garantir a identidade dos princípios e ideais que as agremiações representam com o programa de governo dos seus filiados mandatários de cargos públicos.

Por estas razões é que a fidelidade partidária, prevista no artigo 17 § 1º da Constituição Federal, reveste-se de natureza de princípio fundamental e, como tal, reclama sua interpretação por uma hermenêutica constitucional que assegure a sua aplicabilidade imediata.

Destarte, a ausência de identificação partidária entre o eleitor e a agremiação política, na qual deposita seu voto, é apontada como um dos maiores problemas da democracia representativa, pois favorece que interesses outros que não a filiação a diferentes ideologias e programas de governo determinem a atuação dos mandatários de cargos públicos, tal qual denuncia Fábio Konder Comparato (1996, p. 64):

A ação combinada desses dois vícios do nosso sistema representativo é a inconsistência partidária e a organização paralela de grupos de interesse apartidários no Congresso – as ‘bancadas’ de ruralistas, empreiteiras, empresas de comunicação, sindicatos de trabalhadores, pastores evangélicos e etc. - muitos mais coerentes que os partidos políticos, embora sendo o canal oficial de expressão da representação política, encontram-se em regime de perpétua disfunção parlamentar. Por ocasião das eleições, lançam-se todos à caça dos ‘puxadores de voto’, de modo atingir um elevado quociente partidário. Não é de espantar que os ídolos populares, uma vez eleitos, considerem-se desvinculados dos partidos que os procurou tão-só para o desempenho eleitoral, pois em termos formais as obrigações de ambas as partes, nesse ‘contrato político’, foram rigorosamente adimplidas: nenhuma deve mais nada à outra.

Neste diapasão, é também a observação de José Filomeno de Moraes Filho (1998, p. 32):

A questão dos partidos tem uma série de nuances que precisam ser enfrentadas. Mas, em boa medida, o modelo adotado pela ordem constitucional vigente é responsável por essa questão, à medida que individualiza inteiramente a representação, tornando muito difícil a atuação legislativa dos partidos.

Assim, como tentativa de fortalecimento dos partidos políticos, por meio de uma maior identificação do político com sua agremiação, tendo em vista que “o vínculo de um candidato ao Partido pelo qual se registra e disputa uma eleição é o mais forte, se não o único, elemento de sua identidade política, podendo ser afirmado que o candidato não existe fora do partido político e nenhuma candidatura é possível fora de uma bandeira partidária” (ROCHA, 1995 *in* Consulta 1398/DF do TSE), foi que o

Tribunal Superior Eleitoral respondeu positivamente, por maioria de 6 votos a 1, a Consulta 1398/DF, definindo que os mandatos obtidos nas eleições proporcionais eram dos partidos políticos e não dos candidatos eleitos.

A Consulta 1398/DF fora formulada pelo, à época, Partido da Frente Liberal – PFL e posta à apreciação do TSE, em 27 de março de 2007, elaborada nos seguintes termos:

Considerando o teor do art. 108 da lei n. 4.737(Código Eleitoral), que estabelece que a eleição dos candidatos a cargos proporcionais é resultado do quociente eleitoral apurado entre os diversos partidos e coligações envolvidos no certame democrático. Considerando que é condição constitucional de elegibilidade a filiação partidária, posta para indicar ao eleitor o vínculo político e ideológico dos candidatos. Considerando ainda que, também o cálculo das médias, é decorrente do resultado dos votos válidos atribuídos aos partidos e coligações.

INDAGA-SE

Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda? (BRASIL, TSE, 2010, *on-line*)

Com este questionamento, travaram-se os debates no TSE sobre a quem pertencia o mandato político: se ao candidato eleito ou se ao partido político ao qual ele era filiado? As premissas que geraram a discussão foram expostas na consulta, partindo-se da reflexão que, por exigência constitucional e do código eleitoral, a candidatura de qualquer cidadão a cargo eletivo depende de prévia filiação partidária e, ainda que, por vigorar o sistema proporcional¹, é à legenda do partido que são atribuídos os votos dos eleitores, concluiu-se, pois, que o mandato político pertence ao partido e não ao candidato eleito. Sobre o assunto, veja-se o sistema legal que levou à conclusão do voto do relator Ministro César Asfor Rocha (Consulta 1398/ DF):

Ao meu sentir, o mandato parlamentar pertence, realmente, ao Partido político, pois é à sua legenda que são atribuídos os votos dos eleitores, devendo-se entender como indevida (e mesmo ilegítima) a afirmação de que o mandato pertence ao eleito, inclusive porque toda a condução ideológica, estratégica, propagandista e financeira é encargo do Partido Político, sob a vigilância da Justiça Eleitoral, à qual deve prestar contas (art. 17, III da CF)

[...]

Não se trata, como poderia apressadamente parecer, que a afirmação de

¹ Neste diapasão, ressalta-se, segundo levantamento do TSE que de todos os deputados federais eleitos nas eleições de 2006, ou seja, do universo de 513 deputados, apenas 31 (cerca de 6%) obtiveram votos próprios para atingir o quociente eleitoral, sem que houvesse necessidade de receber votos conferidos à sua legenda atribuídos a outros candidatos do seu partido ou da coligação (BRASIL. TSE. Consulta 139/DF, 2008, *on-line*).

pertencer o mandato eletivo proporcional ao Partido Político seja uma criação original ou abstrata da interpretação jurídica, de todo desapegada do quadro normativo positivo: na verdade, além dos já citados dispositivos constitucionais definidores das entidades partidárias e atribuidores das suas insubstituíveis atribuições, veja-se o art. 108 do Código Eleitoral evidencia a ineliminável dependência do mandato representativo ao Partido Político, permitindo mesmo afirmar, sem margem de erro, que os candidatos eleitos o são com os votos do Partido Político.

Este dispositivo já bastaria para tornar indubitosa a assertiva de que os votos são efetivamente dados ao Partido político, por outro lado essa conclusão vem reforçada no art. 175§4, do Código Eleitoral, ao dizer que serão contados para o Partido Político os votos conferidos a candidato, que depois da eleição seja proclamado inelegível ou que tenha o registro cancelado; o art. 176 do mesmo Código também manda contar para o Partido Político os votos proporcionais, nas hipóteses ali indicadas. (BRASIL, TSE, 2010, *on-line*)

Esta resposta teve como propósito o fortalecimento dos partidos políticos, haja vista que a troca de siglas partidárias enfraquecia a identificação ideológica do eleitor com a agremiação. Neste sentido, oportuna é a observação do Ministro Cezar Peluso, ao proferir o seu voto na resposta à Consulta 1398/DF:

Arrisco a diagnosticar que, a despeito das peculiaridades do nosso sistema proporcional, uma das causas da debilidade dos partidos políticos reside, precisamente, nos estímulos oficiais e na indiferença popular quanto à desenfreada transmigração partidária que se observa nos parlamentos, não raro induzida por interesses menos nobres. Ora suposto não solucionem de per si os problemas, até certo ponto naturais, das disputas intrapartidárias e dos embates por votos entre correligionários, o reconhecimento, a garantia e a vivência de que o mandato pertence ao partido, não à pessoa do mandatário, têm, entre outros, o mérito de, impedindo a promiscuidade partidária, fortalecer a identificação e a vinculação ideológica entre candidatos, partidos e eleitorado, como substrato conceitual e realização histórica da democracia representativa. (BRASIL, TSE, 2010, *on-line*)

E mais, complementa o Ministro (Consulta 1398/DF) sua intenção, afirmando que, mais que fidelidade ao partido, a questão sobre a legitimidade do mandato representativo proporcional tem fundamento na fidelidade ao eleitor:

Ora, a questão que a consulta suscita sobre a legitimidade do mandato representativo proporcional tem outro fundamento, voltado ao fato externo do cancelamento de filiação ou da transferência do partido, à luz da relação entre o representante e o eleitor, intermediada pelo partido. Afere-se, aqui, não a fidelidade partidária, mas a fidelidade ao eleitor. (BRASIL, TSE, 2010, *on-line*)

Esta observação acerca da necessária identidade ideológica entre o partido político e o eleitor como condição para o amadurecimento da democracia representativa foi compartilhada por todos os Ministros do TSE. A propósito, colacionam-se as palavras do Ministro José Delgado (Consulta 1398/DF):

[...] a troca de partido contribui para diminuir o grau de representatividade do regime democrático e para violar o princípio de representatividade que está ínsito em tal regime. Disso decorre a falta de identidade partidária, que não pode ser prestigiada no momento em que está posto o constitucionalismo brasileiro que tem visado, em todas as horas e em todos os momentos, aperfeiçoar o regime democrático e, principalmente, a representatividade política.

A elevada migração partidária leva, ainda, ao descrédito do Legislativo, gerando a inconfiabilidade do eleitor e violando aquele negócio jurídico eleitoral de que falei inicialmente.

Com efeito, o cidadão atribui a prática de troca de partido ao predomínio de interesses particulares dos parlamentares, como já afirmado, ao governismo – ou seja, à preponderância, especialmente, do Poder Executivo quando tem a sua maioria configurada, a um comportamento, por que não dizer, espúrio -, pois muitas vezes a imprensa noticia, embora não tenhamos aqui provas a apresentar vantagens obtidas com as seguidas trocas de partido. Tais vantagens podem ser diretas ou indiretas, conforme afirmado de modo público. (BRASIL, TSE, 2010, *on-line*)

O voto divergente do Ministro Marcelo Ribeiro trouxe à discussão um precedente do Supremo Tribunal Federal, no qual a mesma questão acerca da perda do mandato em razão da mudança de partido do parlamentar foi examinada. Na oportunidade, em 11 de outubro de 1989, foi julgado o Mandado de Segurança de n. 20.927 da Relatoria do Sr. Ministro Moreira Alves, no qual entendeu o STF não ser a troca de sigla partidária hipótese de perda de mandato eletivo, vez que não regulada no artigo 55 da Constituição Federal, diploma legal que prevê *numerus clausus* os casos de perda de mandato.

Na ocasião, ponderaram os Ministros do STF que a Constituição Federal anterior previa, em seu artigo 152 § 5º e 6º², o princípio da fidelidade partidária, haja vista que estabelecia ao deputado que deixasse o partido, pelo qual fora eleito, a possibilidade da perda do seu mandato, após processo contencioso na Justiça Eleitoral em que fosse assegurada ao parlamentar a ampla defesa. Assim, concluíram que, ante a omissão proposital da nova ordem constitucional sobre o assunto, não seria aceitável a perda do mandato por infidelidade partidária, pois a ausência desta hipótese no artigo 55 da Constituição Federal de 1988 seria um “silêncio eloqüente”.

Assim, com os argumentos acima esboçados, responderam os Ministros do TSE, com maioria de 6 votos a 1, à Consulta 1398/DF, formulada pelo PFL,

² “Art. 152 § 5. Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias 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. § 6A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurando o direito de ampla defesa”. (BRASIL, TSE, 2008, *on-line*)

concluindo que os Partidos Políticos e as coligações conservam o direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda.

A consequência desta resposta foi o juízo de que o mandato pertence ao partido e não ao candidato. Com isto, o mandatário, que após as eleições mudasse de sigla, perderia seu assento para a agremiação, assumindo, assim, o seu primeiro suplente.

Com a resposta positiva à Consulta 1398 do TSE, alguns partidos políticos requisitaram da mesa da Câmara dos Deputados que fosse declarada a vacância dos deputados de sua agremiação, que se desfiliam após a eleição. Entretanto, a consultoria jurídica da Câmara negou esta requisição, aduzindo que a medida ofendia o art. 55 da Constituição Federal.

Ante a negativa do Presidente da Câmara de declarar a vacância dos parlamentares infiéis e dar posse aos seus suplentes, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal com o julgamento do Mandado de Segurança 26603/2007, impetrado pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB.

A relatoria do MS 26603/2007 do STF ficou a cargo do Ministro Celso de Mello que, em 4 de outubro de 2007, formulou o voto vencedor definindo as seguintes premissas: 1) o mandato eletivo pertence ao partido político e não ao candidato eleito; 2) o parlamentar que se elege por uma sigla e após empossado troca de partido ou cancela a sua filiação perde o mandato, devendo assumir em seu lugar o primeiro suplente do partido; 3) a perda de mandato por infidelidade partidária só poderá ser processada para os parlamentares que se desfiliam após a resposta à Consulta 1398/DT do TSE, ou seja, depois de 27 de março de 2007; 4) o procedimento para perda de mandato é de cunho administrativo e como tal não há previsão de recurso, exceto o pedido de reconsideração; 5) aludido procedimento deve ser julgado pela Justiça Eleitoral; 6) o TSE deve editar uma resolução para regulamentar o procedimento administrativo de perda do mandato eletivo por infidelidade partidária; 7) na resolução devem estar reguladas hipóteses de justa causa para desfiliação pelas quais o parlamentar não seja considerado infiel e assim permaneça com sua cadeira; 8) o novo entendimento sobre fidelidade partidária tem efeito cascata atingindo, também, deputados estaduais, distritais e vereadores.

Após a confirmação do STF sobre o entendimento esboçado na resposta à Consulta 1398 do TSE, em 16 de outubro de 2007, a Corte Eleitoral, em resposta à Consulta 1407, afirmou que a hipótese de perda de cargo por infidelidade partidária vale também aos mandatários de cargos majoritários e que, nestes casos, assumiria o vice ou o suplente – no caso de senador - mesmo que não fossem do mesmo partido.

Assim, fundamentado pela decisão do STF, e em consonância com a extensão de efeitos para os cargos majoritários, o TSE elaborou a Resolução 22.610/2007, que disciplina o processo de perda de cargo eletivo e a justificação de desfiliação partidária.

A Resolução 22.610/2007, no artigo 11 de seu texto original, não previa recurso contra o acórdão, apenas o pedido de reconsideração no prazo de 48 (quarenta e oito) horas. Contudo, mais tarde, no julgamento do Mandado de Segurança 3699 do Pará, este artigo foi modificado, permitindo-se, então, Recurso Ordinário ou Especial ao TSE. Portanto, a redação final da Resolução 22.610/2007 (Publicada no "Diário da Justiça", de 30.10.2007, p. 169. Republicada no DJ de 27/03/2008, por determinação do art. 2º da Resolução nº 22.733/2008.) do TSE foi formulada nos seguintes termos:

O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral, e na observância do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, resolve disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, nos termos seguintes:

Art. 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

§ 1º - Considera-se justa causa:

I) incorporação ou fusão do partido;

II) criação de novo partido;

III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

IV) grave discriminação pessoal.

§ 2º - Quando o partido político não formular o pedido dentro de 30 (trinta) dias da desfiliação, pode fazê-lo, em nome próprio, nos 30 (trinta) subseqüentes, quem tenha interesse jurídico ou o Ministério Público eleitoral.

§ 3º - O mandatário que se desfilou ou pretenda desfiliar-se pode pedir a declaração da existência de justa causa, fazendo citar o partido, na forma desta Resolução.

Art. 2º - O Tribunal Superior Eleitoral é competente para processar e julgar pedido relativo a mandato federal; nos demais casos, é competente o tribunal eleitoral do respectivo estado.

Art. 3º - Na inicial, expondo o fundamento do pedido, o requerente juntará prova documental da desfiliação, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas.

Art. 4º - O mandatário que se desfilou e o eventual partido em que esteja

inscrito serão citados para responder no prazo de 5 (cinco) dias, contados do ato da citação.

Parágrafo único - Do mandado constará expressa advertência de que, em caso de revelia, se presumirão verdadeiros os fatos afirmados na inicial.

Art. 5º - Na resposta, o requerido juntará prova documental, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas.

Art. 6º - Decorrido o prazo de resposta, o tribunal ouvirá, em 48 (quarenta e oito) horas, o representante do Ministério Público, quando não seja requerente, e, em seguida, julgará o pedido, em não havendo necessidade de dilação probatória.

Art. 7º - Havendo necessidade de provas, deferi-las-á o Relator, designando o 5º (quinto) dia útil subsequente para, em única assentada, tomar depoimentos pessoais e inquirir testemunhas, as quais serão trazidas pela parte que as arrolou.

Parágrafo único - Declarando encerrada a instrução, o Relator intimará as partes e o representante do Ministério Público, para apresentarem, no prazo comum de 48 (quarenta e oito) horas, alegações finais por escrito.

Art. 8º - Incumbe aos requeridos o ônus da prova de fato extintivo, impeditivo ou modificativo da eficácia do pedido.

Art. 9º - Para o julgamento, antecipado ou não, o Relator preparará voto e pedirá inclusão do processo na pauta da sessão seguinte, observada a antecedência de 48 (quarenta e oito) horas. É facultada a sustentação oral por 15 (quinze) minutos.

Art. 10 - Julgando procedente o pedido, o tribunal decretará a perda do cargo, comunicando a decisão ao presidente do órgão legislativo competente para que empossa, conforme o caso, o suplente ou o vice, no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 11 - São irrecuráveis as decisões interlocutórias do Relator, as quais poderão ser revistas no julgamento final, de cujo acórdão cabe o recurso previsto no art. 121, § 4º da Constituição da República. (Artigo com redação alterada pelo art. 1º da Resolução TSE nº 22.733, de 11/03/2008.)

Art. 12 - O processo de que trata esta Resolução será observado pelos tribunais regionais eleitorais e terá preferência, devendo encerrar-se no prazo de 60 (sessenta) dias.

Art. 13 - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se apenas às desfiliações consumadas após 27 (vinte e sete) de março deste ano, quanto a mandatários eleitos pelo sistema proporcional, e, após 16 (dezesesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário.

Parágrafo único - Para os casos anteriores, o prazo previsto no art. 1º, § 2º, conta-se a partir do início de vigência desta Resolução.

(Marco Aurélio - Presidente. Cezar Peluso - Relator. Carlos Ayres Britto. José Delgado. Ari Pargendler. Caputo Bastos. Marcelo Ribeiro). (BRASIL, TSE, 2010, *on-line*)

Da simples leitura da Resolução 22.610/2007, observa-se claramente que neste ato administrativo o Tribunal Superior Eleitoral exorbitou as funções inerentes à sua competência normativa, haja vista que não apenas regulou ou complementou o sentido de uma lei ordinária federal, mas sim legislou positivamente em matéria constitucional. Ver-se-ão, nos subitens seguintes, as críticas pertinentes a esta típica manifestação ativista do TSE, referendada pelo STF, que leva à conclusão da inconstitucionalidade da Resolução 22.610/2007.

4.1.1 Da criação de nova hipótese de perda de mandato eletivo

A supradita Resolução 22.610/07 invadiu a competência do Poder Legislativo ao emendar a Constituição para inserir a sanção de perda de mandato, em caso de candidato que mude de sigla partidária, hipótese esta não prevista no Art. 55 do atual texto constitucional, que elenca taxativamente os motivos para perda de mandato eletivo:

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

§ 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

§ 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 3º - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º.

Portanto, mais que legislar positivamente, o TSE emendou a Constituição, haja vista que criou regra nova de cunho constitucional, sequer possível de ser regulada por lei ordinária federal.

Com efeito, o que fez o TSE na prática foi a reprecinação do art. 152 § 5º da ordem constitucional anterior que previa a hipótese de perda de mandato eletivo por deputado infiel. Nas esteiras deste entendimento, se pronunciou o Ministro Marcelo Ribeiro (Consulta TSE, CTA n. 1398/DF) em seu voto divergente:

Senhor Presidente, ponho-me de acordo com os votos vencedores no *writ* decidido em 1989 pela Suprema Corte.

Isso porque, em síntese, meu pensamento é o seguinte:

O tema em análise foi tratado na Constituição de 67/69;

Era objeto de norma expressa;

Houve modificação no texto constitucional, de modo que, hoje, não há regra que determine a perda do mandato na hipótese em questão, pois

O artigo 55 da vigente Constituição, em *numerus clausus*, elenca quais são os casos de perda de mandato e não há no citado rol, a hipótese de mudança de partido por parte de parlamentar eleito.

Nesse diapasão, concordo inteiramente com o já citado voto do Ministro Pertence, que ao mesmo tempo realça o caráter exaustivo do artigo 55 da Constituição e demonstra que, quanto ao tema, a Constituição de 1988 não se deteve sequer em face da redundância, explicitando até mesmo a hipótese de perda do mandato quando o parlamentar perde seus direitos políticos. O silêncio, no que diz respeito a mudança de partido, me parece, *data vênia*, eloqüente. (BRASIL, TSE, 2010, *on-line*)

A respeito da questão levantada pelo voto vencido, Ministro Marcelo Ribeiro, sobre a inexistência de previsão no art. 55 da Constituição Federal da perda de mandato eletivo por infidelidade partidária, obtemperou o relator e seus pares que a resposta positiva à Consulta 1398/DF não se tratava de criação de nova hipótese de sanção, por isto que não se encontrava previsto no dispositivo citado, mas sim “do reconhecimento da inexistência de direito subjetivo autônomo ou de expectativa de direito autônomo à manutenção pessoal do cargo” (Min. Cezar Peluso. Consulta 1398/DF) do mandatário infiel.

Em que pese os argumentos expendidos pelo voto vencedor, não há como entender que a perda de mandato eletivo aos políticos declarados infiéis não seja, de fato, uma sanção. Neste sentido, traz-se a observação do Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do precedente MS n. 20927-DF de relatoria do Ministro Moreira Alves, no Supremo Tribunal Federal, em 1989:

A partir do sistema, inferir-se essa perda não me parece definitivamente autorizado pelo texto constitucional, que é – e nem poderia ser de modo diverso, tal a gravidade da sanção – exaustivo, no art. 55, a ponto de tornar explícito, por exemplo, o que seria muito mais fácil de extrair por inferências lógicas: que o Deputado que perde os direitos políticos perderá o seu mandato político. (BRASIL, STF, 2010, *on-line*)

Entende-se, pois, nas esteiras do pronunciamento do Ministro Marcelo Ribeiro, que o silêncio constitucional sobre a perda de mandato por infidelidade partidária é eloqüente. Assim, se o legislador constituinte não quis repetir o disciplinamento existente sobre o assunto na ordem jurídica anterior, não poderá haver regra inovadora ou interpretação extensiva a incluir situação não prevista, ou pelo menos não visualizada até então.

4.1.2 Da ampliação de competência da Justiça Eleitoral e da criação de prazos e ritos processuais

A decisão do Supremo Tribunal Federal no MS 26603/2007 definiu a competência para processar e julgar o processo de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária à Justiça Eleitoral. Com isto, alargou o campo de atuação desta jurisdição especializada, vez que permitiu que esta apreciasse matéria não afeita ao processo eleitoral.

Com efeito, o mandato eletivo só pode ser impugnado perante a Justiça Eleitoral por abuso de poder econômico, político, por corrupção ou fraude detectada durante as eleições, mesmo que julgadas após o seu encerramento, que ocorre com a diplomação dos candidatos eleitos. Desta forma, decidia, reiteradamente, a Justiça Eleitoral, no sentido que os fatos ocorridos após a diplomação deveriam ser apreciados pela Justiça Comum.

Destarte, entendia-se ser a Justiça Eleitoral especializada na administração das eleições e na solução dos dissídios dela decorrentes. Enquanto que os litígios sobre partidos políticos, inclusive intrapartidários eram da competência da Justiça Comum. Portanto, aludida Resolução 22.610/2007 “provocou verdadeira quebra de paradigma da jurisprudência eleitoral” (OLIVEIRA, 2008, p. 289). Veja-se o entendimento anterior consolidado pelo TSE sobre o assunto:

Ementa: TRANSFERÊNCIA. VEREADORES. SUPLENTES. PARTIDO POLÍTICO. INTERESSE JURÍDICO. DECRETAÇÃO PERDA DE MANDATOS. MATÉRIA NÃO ELEITORAL. NÃO-CONHECIMENTO.

Consulta não conhecida.

(BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1.542. Relator: Ministro Marcelo Ribeiro. Brasília, 24 de junho de 2008, p. 11)

Ementa: CONSULTA. PROCESSO ELEITORAL NÃO CONCLUÍDO. CASO CONCRETO. MATÉRIA NÃO-ELEITORAL. SITUAÇÃO OCORRIDA APÓS A DIPLOMAÇÃO. NÃO-CONHECIMENTO.

1. Nos termos da informação da ASESP, iniciado o processo eleitoral, que se estende até a diplomação dos eleitos, a jurisprudência desta Corte é de não se apreciar consultas, a fim de se evitar pronunciamento sobre caso concreto (Precedentes: Consultas nºs 1.254, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 16.8.2006; 1.339, Rel. Min. Carlos Ayres de Britto, DJ de 1º.8.2006; 1.181, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 11.11.2005; 1.093, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 6.8.2004 e 643, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 24.11.2000).

2. A competência da Justiça Eleitoral cessa com a diplomação dos eleitos (Precedentes: Consultas nºs 1.236, Rel. Min. Gerardo Grossi, DJ de 1º.6.2006; 761, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 12.4.2002; 706, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 1º.2.2002).

(BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1.392. Relator: Ministro

José Augusto Delgado. Brasília, 11 de dezembro de 2006, p. 214)
Ementa: CONSULTA. MATÉRIA NÃO ELEITORAL. SITUAÇÕES HIPOTÉTICAS OCORRIDAS APÓS A DIPLOMAÇÃO. NÃO-CONHECIMENTO.
A competência da Justiça Eleitoral cessa com a diplomação dos eleitos. (Consulta nº 1.236. Relator: Ministro Gerardo Grossi, Brasília, 01 de junho de 2006, p. 69). (BRASIL, TSE, 2010, *on-line*)

A Resolução 22.610/07 é, pois, inconstitucional por atribuir competência à Justiça Eleitoral para conhecer, processar e julgar as ações de perdas de mandato eletivo, haja vista que outorga, de forma equivocada, competência ao Tribunal Superior Eleitoral e aos Tribunais Regionais Eleitorais, que não são previstas na Constituição, nem em lei complementar. Assim, fere frontalmente o caput do art. 121 da Constituição Federal, que determina: “Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais de direito e das juntas eleitorais”.

De certo, a competência orgânica do Poder Judiciário somente poderá ser criada por lei complementar, nunca por intermédio de uma resolução que tem natureza de ato administrativo. Assim, em respeito ao princípio da reserva legal que ressalva o disciplinamento de certos assuntos, guardados a sua relevância, à instância legislativa, não poderia a Resolução 22.610/2007 atribuir novas competências a um órgão jurisdicional. Corroborando tal raciocínio já se manifestou o Pretório Excelso (Celso de Mello, Ac-Agr-Qo 1033/DF, dia 25 de maio de 2006):

O princípio da reserva da lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. (BRASIL, TSE, 2010, *on-line*)

Coube, ainda, ao Tribunal Superior Eleitoral regular sobre o procedimento de perda de mandato político por infidelidade partidária. Contudo, o TSE não utilizou nenhum outro rito preexistente no direito processual eleitoral, criando um procedimento novo que “mistura o rito eleitoral da AIRC (LC n. 69/90, arts 3º a 7º), JECível (Lei n. 9099/95 – no tocante ao ‘pedido de reconsideração’)” (CERQUEIRA; CERQUEIRA, 2008, p.243).

Como se observa, o TSE legislou sobre processo eleitoral, instituindo rito e prazos para perda de mandato por infidelidade partidária. Assim, malferiu também o

preceito constitucional do art. 22, I, que aduz ser competência privativa da União legislar sobre direito processual.

4.1.3 Da inobservância ao princípio da segurança jurídica e da antinomia eleitoral

Na Resolução 22.610/2007 foi acolhida a sugestão do STF no julgamento do MS 26603/2007 de modulação dos seus efeitos para que fossem decretados infiéis os mandatários que se desfiliam de sua agremiação após a resposta à Consulta 1398 do TSE - em 27 de março de 2007, no caso de parlamentares, e após a Consulta 1407 – em 16 de outubro de 2007 – para os candidatos majoritários.

Vê-se, por conseguinte, que o Supremo Tribunal Federal utilizou-se de instrumento previsto no artigo 27 da Lei n. 9.868/99 utilizado no controle concentrado de constitucionalidade, para fazer uso em sede de Mandado de Segurança de controle difuso, permitindo, inclusive, que esta decisão tenha eficácia *erga omnes*.

A disciplina da Resolução 22.610/2007 foi aplicada para os mandatários eleitos em 2004, quando o entendimento acerca do tema infidelidade partidária era outro. Destarte, vigorava o precedente já exposto do MS n. 20927-DF, julgado no Supremo Tribunal Federal em 1989, que afirmava não ser possível o candidato eleito perder seu assento, se não em virtude da ocorrência de uma das hipóteses taxativas previstas no art. 55 da Constituição Federal.

Assim, embora o Tribunal Superior Eleitoral regule a questão “fidelidade partidária” sob o argumento de fazê-lo por meio de uma interpretação progressiva e sistemática da Constituição, não há como negar ser a Resolução 22.610/2007 norma criadora de direito material e processual que era desconhecida pelos cidadãos, partidos políticos, candidatos, detentores de cargos eletivos e pelo próprio Poder Judiciário. Prova disso é que a Constituição Federal de 1988 existiu por quase 20 anos sem que nenhum mandatário perdesse o seu cargo por trocar de sigla partidária até a resposta à Consulta 1398, em 27 de março de 2007.

Observa-se, pois, que a Resolução do TSE alterou as “regras do campeonato no meio do jogo” (CERQUEIRA; CERQUEIRA, 2008, p.355), não obedecendo ao artigo 16 da Constituição Federal, o qual determina: “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que

ocorra até um ano da data de sua vigência (CF de 1988).”

Conclui-se, assim, que o MS 26603/DF julgado pelo STF, ao dispor sobre a perda de mandato por infidelidade partidária, atribuindo-lhe efeito *ex tunc*, inovou o ordenamento jurídico, ferindo o princípio da antinomia eleitoral e conseqüentemente o princípio da segurança jurídica.

4.1.4 Da ingerência em assunto interna corporis de partidos políticos

O ordenamento jurídico brasileiro confere ao partido político autonomia para definir sua estrutura e estabelecer, em seus estatutos, normas de fidelidade e disciplina partidárias, tal qual dispõe o § 1º do Art. 17 da Lei Maior:

Art. 17 omissis.

[...]

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidária.

Sobre a autonomia dos partidos políticos, antes mesmo da regra inserta pela EC 52, que expressou literalmente este princípio, o TSE, de forma acertada, já havia se manifestado:

Mandado de segurança. Partido político. Expulsão de filiado. Admissível a segurança contra a sanção disciplinar, se suprimida a possibilidade de o filiado disputar o pleito, por não mais haver tempo de filiar-se a outro partido político. Não há vício no ato que culminou com a expulsão quando, intimado de todas as fases do processo disciplinar, o filiado apresentou ampla defesa. **As razões que moveram o partido a aplicar a sanção disciplinar constituem matéria interna corporis, que não se expõe a exame pela Justiça Eleitoral. Segurança denegada.** (Ac. no 2.821, de 15.8.2000, rel. Min. Garcia Vieira.). (Grifou-se)

Filiação partidária. Matéria interna corporis. Autonomia dos partidos políticos (art. 17, § 1º da Constituição). Recurso a que se nega provimento. (Ac. no 5, de 21.3.96, rel. Min. Diniz de Andrada.). (BRASIL, TSE, 2010, *on-line*)

Os partidos políticos têm personalidade jurídica de pessoa jurídica de direito privado e, como tais, dotados de direitos e deveres, não podendo se desvirtuar da finalidade com que foram criados. Assim, a norma que regula a fidelidade partidária, conforme a Constituição Federal e o Código Civil, pelo seu artigo 44, deve ser regra de cunho interno, cabendo a disciplina sobre o assunto a cada agremiação, conforme dispuserem os seus estatutos partidários. Dispõe o Art. 15, inciso V, da Lei nº. 9.096/95:

Art. 15. O estatuto do partido deve conter, entre outras, normas sobre:

I - omissis

V – fidelidade e disciplina partidárias, processo para apuração das infrações e aplicação das penalidades, assegurado amplo direito de defesa;

Estabelece o Art. 23 da mesma Lei 9.096/95:

Art. 23. A responsabilidade por violação dos deveres partidários deve ser apurada e punida pelo competente órgão, na conformidade do que disponha o estatuto de cada partido.

§ 1 Filiado algum pode sofrer medida disciplinar ou punição por conduta que não esteja tipificada no estatuto do partido político.

Portanto, sendo matéria de competência interna das agremiações dispor sobre fidelidade, disciplina e penalidades, e sendo o partido político pessoa jurídica de direito privado (art. 1º da Lei 9.096/65), somente a este é dado o direito de postular em juízo sobre questões de infidelidade de seus membros, de acordo com a conveniência de cada partido e em cada caso individualmente.

Desta forma, quando a Resolução 22.610/2007 concede ao Ministério Público a faculdade e legitimidade de agir como autor em matéria que diz respeito à fidelidade partidária de interesse exclusivo do partido político, viola não somente o art. 17, § 1º, da Constituição Federal retirando dos partidos a autonomia de dispor sobre matéria *interna corporis*, mas também impõe ao partido uma situação muitas vezes contrária ao seu próprio interesse e conveniência – como se observa na jurisprudência selecionada, em anexo, do TRE-PI, em que a inércia da agremiação se deu pelo fato de não existir no partido nenhum suplente para assumir a vaga do parlamentar infiel, ou mesmo no caso em que o partido deixou de existir na circunscrição eleitoral.

4.1.5 Conclusão preliminar: Resolução 22.610/2007, um exemplo típico de ativismo judicial

Observa-se, pois, que o Tribunal Superior Eleitoral, ao expedir a Resolução 22.610/2007, extrapolou os limites de sua função normativa, haja vista que ampliou rol taxativo disciplinado pela Constituição. Assim, mais do que regulamentar norma eleitoral como determina o art. 23, IX e XVIII, do Código Eleitoral, o que fez o colendo TSE foi legislar, criando nova hipótese de perda de mandato eletivo, fixando normas processuais para o trâmite e julgamento da lide, interferindo em assuntos *interna corporis* e alargando o seu âmbito de atuação.

A título elucidativo, não é demais trazer, mais uma vez, trechos da lição de José Augusto Delgado (1995, p. 116) sobre a função normativa da Justiça Eleitoral para que se constate, *in loco*, a afirmação ora exposta:

[...]

h) o regulamento eleitoral, quanto expedido, deve se submeter às limitações legais que sobre ele, normalmente, recaem, pelo que não deve, em nenhuma hipótese, alcançar a integridade de qualquer direito ou garantia fundamental do cidadão, nem diminuir ou aumentar os limites dos direitos subjetivos constituídos pela lei eleitoral;

i) o objetivo fundamental do regulamento em Direito Eleitoral deve ser o de disciplinar as situações em que cabe atuação discricionária da Justiça Eleitoral para fazer cumprir a legislação que rege os atos por ela produzidos, quer administrativos, quer judiciais;

j) não deve ter força de criar direitos nem obrigações que não se encontrem, de modo implícito ou explícito, contidos na lei;

l) não deve revogar, nem contrariar a letra nem o espírito da lei, limitando-se, apenas, a desenvolver os princípios e a completar a sua dedução, facilitando o seu cumprimento.

Vê-se, portanto, que o Tribunal Superior Eleitoral, ao editar a Resolução 22.610/2007, abusou de suas prerrogativas inerentes à função regulamentar, pois com esta manifestação legislou positivamente – *pasmem* - emendando a Constituição Federal. Trata-se, pois, de um típico exemplo de ativismo judicial, exercido ordinariamente e não em sede de jurisdição constitucional, onde, normalmente, desenvolve-se este novo comportamento do Poder Judiciário.

Igualmente observa-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal no MS 26603/DF, a respeito da questão, foi paradigmática, haja vista que adotou o instituto da modulação de efeitos, previsto nos artigos 11 e 27 da Lei 9.868/99, próprio do controle concentrado de constitucionalidade em sede de controle difuso.

A preocupação do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, ao instituírem a hipótese de perda de mandato por infidelidade partidária, foi o fortalecimento dos partidos políticos. Sem dúvida, tal qual já exposto anteriormente, os partidos políticos são instituições fundamentais para a democracia representativa.

Contudo, deve-se evidenciar nestes o seu caráter instrumental e não finalístico, pois funcionam como corpos intermediários entre o povo e o Estado. Neste sentido, são as palavras do, à época, Procurador Geral da República, Antonio Fernando Souza, em seu parecer no MS 26603:

Por mais importantes que sejam os partidos políticos para a democracia, eles não podem ser vistos como fins em si mesmos. Ao contrário, são instrumentos de catálise do pluralismo social com o objetivo de fornecer alternativas para definição de prioridades políticas que atendam aos interesses amplos desse próprio pluralismo. À parte os acertos para o projeto de acesso ao poder e eventuais carências programáticas, têm eles a função de intermediários entre o povo e o Estado. Tão intermediários quanto os nomes que oferecem à escolha do eleitorado para a representação.

[...] Não deve pesar o argumento de que toda longa caminhada se inicia com o primeiro passo. Na verdade, a menos que se cuide de mero apelo retórico, o chavão pressupõe, para além da coragem, a necessidade de que o passo inaugural seja dado de forma correta e segura, sob pena de comprometer todo o projeto. O que tais estudos revelam, ancorados sempre na realidade, é que a adoção de medida única que enrijeça o sistema de vínculo partidário, de maneira a punir a infidelidade com a perda do mandato combate os efeitos e não as causas da crise de representação política no Brasil. (SOUZA, parecer no MS 26603)

[...]

Ora, se o povo, fonte de todo o poder, não pode destituir seu representante durante o mandato, poderá o partido político, fenômeno que viria a se firmar tempos depois? A resposta só pode ser negativa. Não cabe ao parlamentar, depois de eleito, a defesa do partido, senão do povo em geral, nem está ele sujeito a uma vontade política externa de abreviação de seu mandato. A inter-relação entre povo e Estado, estabelecida pela representação política, não admite juridicamente que os eleitos, ainda que integrantes de listas partidárias, percam a sua qualidade de representante do povo ou da nação. Por outro modo, a sua investidura popular não pode ceder a deveres de coerência política ou de mandato partidário.

Portanto, entende-se que o fortalecimento da democracia representativa deve, necessariamente, percorrer um caminho que se inicia com a solidificação do princípio da soberania popular, pois é o povo a fonte e limite de todo o poder.

4.2 Indeferimento de registro de candidatura fundado em inidônea vida pregressa de candidato

O presente tópico tem por escopo analisar os debates ocorridos no Tribunal Superior Eleitoral e no Supremo Tribunal Federal em torno da possibilidade de inelegibilidade baseada na inidônea vida pregressa de candidato ao mandato eletivo. O foco essencial é a autoaplicabilidade do Art. 14 § 9º da Constituição Federal.

A questão central da discussão formulou-se na seguinte indagação: considerando-se os princípios democráticos e os princípios da moralidade e da lisura no certame eleitoral disciplinado no § 9º do art. 14 da Carta Magna, é possível impugnar registro de candidatura de cidadão com presumida inidônea vida pregressa, réu em ações criminais e de improbidade administrativa que não tenham ainda trânsito em julgado?

A tese foi aventada inicialmente em alguns Tribunais Regionais Eleitorais³ que, interpretando ser autoaplicável o dispositivo contido no art. 14 § 9º da Constituição Federal, impugnaram candidaturas por entenderem ser a vida pregressa desabonadora, incompatível com a representação popular. Desta forma, pessoas que respondiam a processos judiciais estariam excluídas da participação do certame eleitoral e da futura ocupação de mandato político.

No entanto, essa tentativa de consolidar nova jurisprudência, por parte dos juízes eleitorais e dos Tribunais Regionais Eleitorais, encontrou oposição, quando em grau de recurso junto ao Tribunal Superior Eleitoral esta Corte seguiu o esboçado na Súmula 13,⁴ decidindo que não é autoaplicável o § 9º do art. 14 da Constituição Federal.⁵

Em 2006, novamente, o TSE foi consultado sobre o assunto no RO -1069 TRE-RJ⁶. Naquele ano, a discussão foi posta ao plenário, permitindo conhecer os partidários da ideia da moralidade eleitoral implícita. Destacaram-se os Ministros Carlos Ayres Brito, José Delgado e César Asfor Rocha. No entanto, mesmo com a defesa efusiva dos argumentos trazidos por estes Ministros e com a pressão da opinião pública favorável a esta interpretação, a Corte entendeu, por maioria de apenas 1 (um) voto, que a regra contida no Art. 14 § 9º, no que tange à aferição da vida pregressa do candidato, não é autoaplicável, devendo os Juizes eleitorais aguardarem a concretização normativa para então, sob este fundamento, imputarem a sanção de inelegibilidade.

A questão continuou em pauta, pois, enraizada nos argumentos jurídicos da força normativa da Constituição (HESSE, 1997) e no ativismo judicial, ganhou festejados juristas como adeptos. Acresceu-se, também, a indignação cívica no plano

³ Como exemplos, podem-se citar julgados do TRE do Rio de Janeiro nos acórdãos 26.958, Rel. Min. Ivan Nunes Ferreira, julgado em 03.09.2004; Acórdão 27.041, Rel. Ministro Marlan Marinho, julgado em 04.09.2004; e Acórdão n. 31.121, Rel. designado Rudi Lowenkron, julgado em 23.08.2006; todos em (BRASIL, TRE, 2008, *on-line*). Da mesma forma julgou o TRE de Rondônia no acórdão n. 59, Rel. Cássio Rodolfo Sbarzi Guedes, julgado em 28.04.2005. (BRASIL, TSE, 2008, *on-line*)

⁴ Súmula n. 13: “não é auto-aplicável o § 9, artigo 14 da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão n. 4-94”. (BRASIL, TSE, 2008, *on-line*)

⁵ Como exemplo deste entendimento é a reforma na decisão do acórdão nº 159/ classe 04, proveniente do Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia, no qual o Relator, Ministro Luiz Carlos Madeira, em decisão monocrática, manifestou-se expressando não ser *incumbência da Justiça Eleitoral emitir juízos sobre a probidade dos candidatos a mandatos eletivos, mas unicamente aplicar a Lei de Inelegibilidade que se edite com base nas diretivas do art. 14 § 9º da Constituição*. (BRASIL, TSE, 2008, *on-line*)

⁶ RO 1069 proveniente do TRE-RJ, Rel. Ministro Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, julgado em 20.09.2006. (BRASIL, TSE, 2008, *on-line*).

social diante da constatação de escândalos envolvendo agentes públicos em diversas acusações de crimes, como homicídio, tráfico de drogas, formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, desvio de recursos públicos. Avultaram-se na imprensa nacional notícias de políticos inábeis envolvidos com os mais absurdos exemplos de improbidade administrativa, que submetidos ao pleito eleitoral de 2006 foram eleitos e permaneceram nas assembleias estaduais, no Congresso Nacional, ou exercendo a função de governador, em nome próprio e não a favor do interesse coletivo.

Manifestando-se no julgamento do Recurso Ordinário 1069 TRE-RJ, em 15 de setembro de 2006, o Ministro Carlos Ayres Brito defendeu uma tese na qual reconheceu aos direitos políticos, sobretudo à sua vertente de elegibilidade, um perfil normativo diverso dos demais direitos fundamentais de primeira geração. Argumentou, o Ministro, que os direitos e garantias fundamentais se alinham em blocos ou subconjuntos classificados em razão da vinculação com proto-princípios constitucionais distintos. Desta forma, estaria o bloco dos direitos políticos mais próximo dos princípios da soberania popular e do princípio da democracia representativa ou indireta que possuem valores coletivos. Em razão disto, “os titulares dos direitos políticos não exercem tais direitos para favorecer imediatamente a si mesmos, diferentemente, pois, do que sucede com os titulares de direitos e garantias individuais e os titulares dos direitos sociais.”⁷

Baseado nesta vinculação valorativa de extensão coletiva ao bloco dos direitos políticos e fundamentando-se na hermenêutica constitucional, sobretudo nos princípios da unidade e da força normativa da Constituição, o Ministro Carlos Ayres de Brito entendeu que o exercício do sufrágio pela parêntese temática: elegibilidade-inelegibilidade, “não pode comportar interpretação que, a pretexto de homenagear este ou aquele dispositivo isolado, force a Constituição a cumprir finalidade opostas àquelas para as quais se preordenou.”⁸

Destarte, manifestou-se o Ministro Carlos Ayres de Brito pela restrição dos direitos políticos fundamentais do cidadão, quando confrontados com os valores inerentes à ordem jurídica constitucional de amplitude coletiva. Assim formulou a

⁷ RO 1069 proveniente do TRE-RJ, Rel. Ministro Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, julgado em 20.09.2006. (BRASIL, TSE, 2008, *on-line*).

⁸ RO 1069 proveniente do TRE-RJ, Rel. Ministro Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, julgado em 20.09.2006. (BRASIL, TSE, 2008, *on-line*).

tese de que embora os direitos políticos sejam reconhecidamente direitos fundamentais liberais, afastam-se dos demais direitos dessa ordem, haja vista que, com estes, os indivíduos têm sua fruição imediata, enquanto que com aqueles não é o cidadão o detentor direto dessa prerrogativa, mas sim a coletividade, em razão da sua vinculação funcional com os valores consagrados no princípio da soberania popular e no princípio da democracia representativa.

Neste diapasão, o Ministro Carlos Ayres de Brito filiou-se ao entendimento manifestado pelo Egrégio Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro⁹ que entendeu, não obstante a dicção do art. 14 § 9º da Constituição condicionar a sua eficácia à regulação em lei complementar para que se restrinja a capacidade eleitoral passiva do cidadão, coaduna a avaliação da vida progressa, por ser dispositivo legal autoaplicável. Dessa forma, pode o Juiz Eleitoral, no exercício de sua função integrativo-secundária, fazer, subjetivamente, quando da verificação dos requisitos de elegibilidade no momento do registro de candidatura, a análise da vida progressa do candidato.

Esta formulação desenvolvida pelo Ministro Carlos Ayres de Brito, na qual defende que a fruição dos direitos políticos no que tange ao *jus honorium* é imediatamente ligada à coletividade, em razão da vinculação deste direito com princípio da soberania, da democracia participativa e da moralidade, foi a pedra basilar para fundamentar os argumentos da autoaplicabilidade do preceito contido no art. 14, § 9º da Constituição Federal. Assim, no pleito municipal de 2008, com o Ministro Carlos Ayres Brito ocupando a presidência do Tribunal Superior Eleitoral, retornaram os debates sobre o indeferimento de registro de candidatos com presumida má conduta social e política por meio de Consultas feitas ao TSE.¹⁰

Finalmente, a questão chegou à Corte Constitucional por meio da ADPF 144-DF¹¹ proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, sendo levada a plenário e apreciada no dia 6 de agosto de 2008. O Supremo julgou improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, manifestando-se, pois, sobre a necessidade de trânsito em julgado para fins de se aplicar a inelegibilidade cominada baseada na

⁹ TRE-RJ, Acórdão 31.121, Rel. Rudi Loewenkron, julgado em 03.09.2006. (BRASIL, TRJ, 2008, *on-line*).

¹⁰ Resposta ao Processo Administrativo (PA 19919) e a Consulta 1495, ambas analisadas em 04.06.2008. (BRASIL, TSE, 2008, *on-line*).

¹¹ ADPF 144-DF, REL. Ministro Celso de Melo, julgado em 06.08.2008. (BRASIL, STF, 2008, *on-line*).

vida pregressa do candidato prevista no Art. 14 § 9º da Constituição Federal.

A tese aduzida pelo Min. Carlos Ayres de Brito no Tribunal Superior Eleitoral no julgamento do RO -1069 TRE-RJ, decidido em 2006, foi reafirmada por este Ministro na resposta ao Processo Administrativo (PA 19919) e na Consulta 1495, analisadas em junho de 2008, e finalmente na ADPF nº. 144-DF. Contudo, foi vencida pelos argumentos levantados por seus pares.

A fundamentação dos votos contrários pode ser resumida nos seguintes pontos: a) respeito ao princípio constitucional da presunção da inocência ou da não-culpabilidade, reconhecendo-se sua aplicação ao processo eleitoral; b) exigência de Lei Complementar específica, em face da interpretação literal do art. 14 § 9º da Constituição, para o fim de qualificar e regular a apreciação da vida pregressa; c) respeito ao princípio da separação dos poderes, uma vez que não cabe ao Judiciário substituir-se ao legislador elaborando normas complementares à Constituição; d) observância aos princípios da segurança jurídica e da igualdade jurídica, ante o elevado grau de subjetivismo que caberia aos Magistrados eleitorais na apreciação da vida pregressa de um candidato.

Passa-se então a comentar, sucintamente, tais pontos debatidos nos diversos duelos judiciais nos quais foram discutida a “Teoria da Moralidade Eleitoral como Condição de Elegibilidade”, expondo os argumentos utilizados pelos partidários desta tese e aqueles arguídos por seus opositores.

4.2.1 Ponderação entre o princípio da não-culpabilidade e o princípio da moralidade na aferição da vida pregressa do candidato

Inspirados pelo clamor popular de moralização no quadro político nacional, ante os diversos exemplos de detentores de mandato eletivo com notória indignidade para exercerem cargos públicos, e baseados no princípio da moralidade pública e na diretriz hermenêutica da força normativa da Constituição, uma corrente doutrinária, à qual se filiou o Ministro Carlos Ayres de Brito, manifestou, em diferentes Tribunais Regionais Eleitorais do Brasil, ser autoaplicável o mandamento contido no Art. 14 § 9º da Constituição que reza:

Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade,

para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, a normalidade e legitimidade das eleições, contra a influência do abuso do poder econômico ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração pública.

Segundo os defensores desta tese, a Emenda 04/94, que formulou o texto atual deste dispositivo, vincula-se aos valores da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato. Aduzem que em razão do perfil normativo dos direitos fundamentais serem diferentes para cada categoria, estariam os direitos políticos envolvidos não com o indivíduo diretamente, mas com a coletividade¹². Assim, argumentam que no confronto entre o princípio da presunção da inocência - que exige o trânsito em julgado para a condenação do réu - disciplinado no art. 5º, LVII, da Constituição e no art. 15, III, da Lei de Inelegibilidades (LC 64/90), e os princípios da probidade e da moralidade eleitoral previstos no Art. 14 § 9º e no Art. 37, todos da Constituição Federal, prevaleceriam estes, uma vez que se vinculam aos valores constitucionais da democracia representativa e da soberania popular. Neste mesmo sentido é a lição de Djalma Pinto (2007, p.42-43), que aduz:

[...] a aplicação do princípio da não culpabilidade sem levar em consideração a necessidade de ponderação, atribuindo-lhe um tom de exclusividade em detrimento do princípio da vida pregressa compatível com a magnitude da representação popular, ofende as diretrizes que norteiam o manejo dos princípios no sistema jurídico. Por isso, fere de morte uma expectativa da sociedade, transformada em postulado juridicamente vinculante: a exigência do poder político.

[...]

Os fins sociais e a satisfação do bem comum, que a lei eleitoral busca concretizar, resultarão inalcançáveis em face da autorização para participação, no certame eleitoral e posterior investidura no poder, de pessoas sabidamente envolvidas com desvio de dinheiro público. O argumento de inexistir coisa julgada, em relação ao desvio de verba comprovado por documentação inquestionável, apenas atesta a necessidade de aprimoramento do processo eleitoral, para cumprir a sua elevada missão de proteção da moralidade pública e preservação da democracia.

O Ministro Carlos Ayres de Brito ponderou em seus votos que o princípio da presunção da inocência não se aplica ao processo eleitoral, mas tão somente ao penal, pois a inobservância do trânsito em julgado para restrição dos direitos políticos não traz consequências trágicas quão na esfera individual e social, como ocorre no caso de condenação criminal, mas tão só limita a candidatura do impugnado.

¹²Nas palavras do Ministro Carlos Ayres de Brito no julgamento da ADPF 144: "Nos princípios políticos, o exercício da soberania popular e da democracia representativa não existe para servir aos titulares do direito, mas à coletividade, em favor da polis."

Assim, para os que defendem a prevalência do princípio constitucional da moralidade, quando a análise da vida pregressa do candidato apontar para uma conduta ímproba, o princípio da presunção da inocência seria afastado em concreto, visando a favorecer a ética e a lisura no processo eleitoral.

De forma mais moderada manifestou-se o Ministro Joaquim Barbosa, defendendo que na análise da vida pregressa de um candidato a inelegibilidade decorrente do § 9º do Art. 14 da Constituição Federal exige sentença condenatória confirmada por uma segunda instância. Isto porque, segundo o Ministro, não existem direitos fundamentais de caráter absoluto, e o exercício político por pessoas ímprobos repercute de maneira negativa no próprio sistema representativo como um todo (BRASIL, STF, 2010, *on-line*)

Em sentido contrário ao defendido na ADPF 144-DF, já no voto Relator do Processo, o Ministro Celso de Mello reafirmou a relevância superlativa do princípio da presunção da inocência, que irradia seus efeitos além da esfera criminal, destacando sua importância para as sociedades democráticas e a sua vinculação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No mesmo passo, manifestou-se o Ministro Eros Grau, aduzindo que, caso afastado o princípio da presunção da inocência, criar-se-ia no ordenamento jurídico pátrio uma presunção de culpabilidade, em vez da presunção de não culpabilidade. Assim ponderou:

A suposição de que o Poder Judiciário possa, na ausência de lei complementar, estabelecer critérios de avaliação da vida pregressa de candidatos para o fim de definir situações de inelegibilidade importaria a substituição da *presunção de não culpabilidade* consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição ('ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória') por *uma presunção de culpabilidade* contemplada em lugar nenhum da Constituição (qualquer pessoa poderá ser considerada culpada independentemente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória). Essa suposição não me parece plausível. (BRASIL, STF, 2010, *on-line*) (Grifou-se)

Esta tese foi a acolhida por grande parte dos Ministros nos julgamentos do TSE e STF sobre a possibilidade de impugnar candidatura baseando-se na vida pregressa do candidato, que entendeu ser constitucional a exigência de trânsito em julgado de condenação criminal ou civil para se imputar a inelegibilidade e restringir o *jus honorum* de cidadão.

4.2.2 *Legalidade versus Moralidade*

A respeito do entendimento pelo qual, em razão da força normativa da Constituição, seria a regra do Art. 14 § 9º autoaplicável, afastando assim a necessidade de sua regulamentação, a absoluta maioria da Corte Constitucional se manifestou contrária, pois aduziu da dicção do artigo acima esboçado, precisa ser a ideia de que é necessária a edição de lei complementar para definir o que se pode atribuir como conduta para macular a vida pregressa. Conclui-se que tal dispositivo não é autoaplicável, exigindo a feitura da lei para sua efetivação, inexistente no ordenamento jurídico até aquele momento.

Como não há previsão legal determinando que a existência de ações questionando a probidade do candidato é suficiente para restrição do *jus honorum*, mas ao contrário disto, diz o artigo 1º, inciso I, da LC 64-90, que a inelegibilidade cominada está jungida aos condenados com sentença transitada em julgado, entendeu a maioria do TSE e do STF que não há como interpretar contrariamente a lei. A situação criaria uma nova hipótese de inelegibilidade; neste caso, seria a punição por uma figura que não foi tipificada, uma vez que responder a processos judiciais ainda em curso não caracteriza vida pregressa desabonadora. O Ministro Marco Aurélio, no julgamento do RO-1069, comungando do entendimento ora esboçado, assim se manifestou

Indaga-se: a quem está dirigida a referência contida hoje, reconheço, em bom vernáculo, no § 9º do artigo 14, ao objeto da previsão de casos de inelegibilidade, a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato? Ao Judiciário? Trata-se de uma carta em branco quanto a casos de inelegibilidade, para se ter como foi dito por um advogado militante nesta Corte, o implemento da ira cívica? A resposta para mim é desenganadamente negativa. Não somos nós legisladores, não nos podemos substituir ao Congresso Nacional no que ele, muito embora tendo havido a aprovação da Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94, em verdadeiro lembrete do que já estaria latente na previsão do § 9º, não veio a alterar a lei de 1990, já que a Emenda Constitucional de Revisão nº 4 é de 1994. Qual o parâmetro de referência para o caso concreto? É o parâmetro revelado pela Lei Complementar nº 64/90. Se formos a essa lei, veremos no artigo 1º, inciso I, que a inelegibilidade, considerados os processos criminais, está jungida aos condenados criminalmente com sentença transitada em julgado. Posso substituir, revogando mesmo - e seria uma derrogação - a alínea e? Posso concluir que onde está revelada a inelegibilidade em decorrência da existência de sentença transitada em julgado, leia-se processo em curso? A meu ver a menos que caminhemos para o estabelecimento no âmbito do próprio Judiciário, em um campo tão restrito como é o campo da inelegibilidade, de situações concretas, ao sabor das circunstâncias reinantes, da quadra vivida no país, que reconheço, realmente é de purificação, enquanto o Direito for ciência, o meio justifica o fim, mas não o fim ao meio, e

não temos como olvidar que no caso se exige bem mais para assentar-se a inelegibilidade do que o simples curso de processo.

O julgamento é importantíssimo e certamente não será, em termos de crivo do Tribunal Superior Eleitoral, entendido pela sociedade, que anseia pela correção de rumos objetivando a punição daqueles que de alguma forma se mostrem, pelo menos no campo da presunção, como transgressores da ordem jurídica. Mas se abandonarmos parâmetros legais, o texto da Carta de 1988, tão pouco amada, se abandonarmos o que se contém na Lei de Inelegibilidades em vigor, para como que fazer surgir uma nova regência em termos jurisprudenciais, é retrocesso; não se coaduna com o Estado democrático de direito que se imagina viver nos dias atuais no Brasil.¹³

Neste sentido foi que o Ministro Eros Grau desenvolveu o principal fundamento da tese vitoriosa: a prevalência do direito legal sobre o moral. Defendeu o Magistrado que a racionalidade formal do direito não pode ser substituída por uma racionalidade construída a partir da ética, vez que esta é abstrata e fundamentada em postulados vazios e indeterminados, os quais se efetivam “objetivando-se nos comportamentos que um determinado grupo social entenda devam ser adotados diante da realidade.”¹⁴ Assim, expõe que:

O fato de o princípio da moralidade ter sido consagrado no art. 37 da Constituição não significa abertura de sistema jurídico para introdução, nele, de preceitos morais. Daí que o conteúdo desse princípio há de ser encontrado no interior do próprio direito. A sua contemplação não pode conduzir à substituição da ética da legalidade por qualquer outra. O exercício da judicatura está fundado no direito positivo (= a eticidade de HEGEL). Cada litígio há de ser solucionado de acordo com os critérios do direito positivo, que se não podem substituir por quaisquer outros. A solução de cada problema judicial estará necessariamente fundada na eticidade (= ética da legalidade), não na moralidade. Como ética do sistema jurídico é a ética da legalidade, a admissão de que o Poder Judiciário possa decidir com fundamento na moralidade entroniza, nega o direito positivo, sacrifica a legitimidade de que se devem nutrir os magistrados. Instalaria a desordem. (BRASIL, STF, 2008, *on-line*)

Portanto, Explica o Ministro Eros Grau que a opção pela prevalência da legalidade, quando confrontada com a moralidade, não significa o sacrifício dos princípios atinentes a valores éticos, mas sim a condensação destes dois horizontes por intermédio de uma ética de legalidade.

4.2.3 Limites de atuação do Judiciário

Outra questão levantada para o não acolhimento da tese ora estudada foi o respeito ao princípio da separação dos poderes, corolário do Estado de Direito. Entendeu a maioria dos ministros que não compete ao Judiciário corrigir a omissão do

¹³RO 1069 proveniente do TRE-RJ, Rel. Ministro Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, julgado em 20.09.2006 (BRASIL, STF, 2008, *on-line*).

¹⁴ADPF 144-DF, REL. Ministro Celso de Melo, julgado em 06.08.2008 (BRASIL, STF, 2008, *on-line*).

legislador, invadindo a competência deste e regulando em matéria reservada a Lei Complementar. Sobre este tema foi feita uma reflexão, no intuito de revelar o papel e os limites da legitimidade do Poder Judiciário para a efetivação dos direitos constitucionais.

Como exposto anteriormente, a partir da metade do século XX, com o crescimento da Jurisdição Constitucional, acompanhado do desenvolvimento das constituições dirigentes, há um redimensionamento do papel do Poder Judiciário, colocando-o, muitas vezes, na função de ator político na efetivação dos direitos constitucionais. Sobre esta perspectiva foi que alguns juízes eleitorais, encampados pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, motivaram-se para, por meio da apreciação subjetiva sobre a vida pregressa do candidato, fazer uma verdadeira limpeza moral nos quadros políticos do Estado, impedindo o registro da candidatura daqueles possuidores de “ficha suja.”

Para os defensores deste comportamento ativista do juiz na apreciação da vida pregressa do candidato, a inércia do Congresso Nacional, a quem caberia concretizar por Lei Complementar a regra do Art. 14 § 9º da Constituição Federal, mas que, muitas vezes por interesse próprio, foge do tema, mesmo sendo este de fundamental importância para o amadurecimento político do país, autoriza o Judiciário a promovê-la, definindo os contornos do que fora esboçado na Constituição Federal.

Em que pese, na observação da realidade, que os argumentos utilizados para justificar a medida sejam plausíveis e, até mesmo simpáticos, não só aos partidários deste novo comportamento do Judiciário, mas também a toda a população que, desacreditada com os rumos dados à política nacional, visualiza em tal medida uma verdadeira faxina dos “fichas sujas” na política nacional. Tal argumento não procede, vez que, em um Estado de Direito, cujas regras e competências são previamente determinadas, nem mesmo a autêntica reivindicação de moralidade na política é capaz de suprir a deficiência que possui o Poder Judiciário para extrapolar os limites da matéria de sua competência, normatizando preceito que a própria Constituição exige que seja regulado por Lei Complementar.

Proclamando sermos “escravos da Constituição”, a Ministra Carmem Lúcia afirmou não caber ao Judiciário “substituir-se ao legislador na elaboração de normas

complementares à Constituição Federal para melhorar o sistema eleitoral e a administração pública.” (BRASIL, STF, 2008, *on-line*)

Destarte, os clamores de uma moralização política não apagam as regras de competências constitucionais, nem delegam ao Judiciário a tarefa de legislar em matéria reservada à Lei Complementar.

A tese vencedora enalteceu que o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, a par da sua função normativa constitucional, não é o de se atribuir novas competências, invadindo a esfera de outros poderes, mas sim de solidificar a democracia dando direções ao Legislativo e ao Executivo. Não pode, assim, o Poder Judiciário, utilizando-se de uma abstratividade inerente a sua função normativa constitucional e de meandros da reviravolta linguística e hermenêutica do constitucionalismo moderno, intervir na competência do Poder Legislativo que o detém, sobretudo, por possuir legitimidade democrática para tanto.

A atividade jurisdicional, mesmo a de jurisdição constitucional, não é legislativa. Nas palavras de Lenio Luiz Streck (2008, *on-line*):

De uma perspectiva interna ao direito, e que visa a reforçar a normatividade da constituição, o papel da jurisdição é o de levar adiante a tarefa de construir interpretativamente, com a participação da sociedade, o sentido normativo da constituição e do projeto de sociedade democrática a ela subjacente. Um tribunal não pode paradoxalmente subverter a constituição sob o argumento de a estar garantindo ou guardando.

Há, portanto, uma diferença de princípio entre legislação e jurisdição (Dworkin). O ‘dizer em concreto’ significa a não submissão dos destinatários – os cidadãos - a conceitos abstratalizados. A Suprema Corte não legisla (muito embora as súmulas vinculantes, por exemplo, tenham adquirido explícito caráter normativo em terrae brasilis).

4.2.4 Ameaça aos princípios da segurança jurídica e da isonomia na livre apreciação pelo Juiz da vida pregressa de candidato

Também foi levantada, como argumentos para o não acolhimento da tese de inelegibilidade implícita decorrente da avaliação da má conduta do candidato, a ameaça aos princípios da segurança jurídica e da igualdade, uma vez que a apreciação subjetiva da vida pregressa de candidato de forma livre e extremamente solipsista pelo Magistrado sem que haja qualquer parâmetro legal, fatalmente conduziria a situações divergentes e conflitantes, pois o que um juiz poderia considerar como inidônea vida pregressa para um candidato exercer uma função

pública, não necessariamente seria entendido por diverso Magistrado que analisasse a conduta de outro candidato com histórico semelhante. Neste sentido, a Ministra Carmem Lúcia atentou para o fato de que o critério defendido pela AMB na ADPF 144-DF poderia conduzir a decisões diversas em casos semelhantes. (BRASIL, STF, 2008, *on-line*)

Especial atenção quanto a este ponto foi dada pelo Ministro Lewandowski, pois este, atento às distorções que uma interpretação desvinculada do Juiz a qualquer parâmetro legal na avaliação da vida pregressa do candidato poderia causar, citou dados do próprio STF sobre a reforma de sentenças de instâncias inferiores em Recursos Extraordinários Criminais, nas quais se alcança o patamar de 28% dos casos em que há mudança de entendimento das decisões prolatadas nos órgãos ordinários. Destarte, este número é significativo para se levar a uma conclusão mais cuidadosa acerca da possibilidade de se indeferir candidatura sem que haja trânsito em julgado de uma condenação criminal ou por improbidade administrativa, vez que, exemplificando o Ministro, caso todos estes no percentual de 28% fossem de candidatos condenados em primeira instância e, como tais, inelegíveis num primeiro momento, a decisão de reforma do STF poderia ocorrer só após as eleições e, desta forma, já teria sido tolhido o direito fundamental destes cidadãos de participar da coisa pública. (BRASIL, STF, 2008, *on-line*). Assim, advertiu o Ministro Lewandowski que:

[...] alguns juízes poderiam considerar que candidatos que respondem a processo são inelegíveis. Outros, que apenas sentença em primeira instância pode levar a inelegibilidade, outros, ainda, que seria necessário confirmação da condenação em segunda instância para que se impeça alguém de exercer mandato eletivo. Isso levaria a uma afronta ao princípio da isonomia, já que os candidatos seriam tratados de formas diversas, segundo critérios pessoais ou dos tribunais. (BRASIL, STF, 2008, *on-line*).

De fato, não bastasse a fundamentada preocupação acima exposta dos Ministros com o excesso de subjetivismo na livre apreciação e qualificação da vida pregressa de candidato para fins de lhe impor inelegibilidade cominada que conduziram a uma situação de instabilidade jurídica ante o comprometimento do princípio isonômico, uma outra observação é oportuna para somar a este receio: o fato de que, no campo da política, frequentemente, os candidatos se utilizam dos mais arditos expedientes para macular o perfil administrativo e, até mesmo, a honra pessoal dos seus adversários.

Os que militam na atividade político-partidária sabem como, na ânsia de

conquistar o voto dos eleitores e assim se chegar ao poder, a retórica dos palanques acaba se compondo de acusações levianas e insultos pessoais a candidatos, que movidos pelas paixões são autores ou vítimas das mais diversas denúncias de crimes contra a honra e contra a administração pública.

Muitas vezes, estas denúncias são meramente oportunistas e servem, de forma maliciosa e fraudulenta, ao comprometimento do nome do candidato perante seus eleitores. Assim, corre-se o perigo de que a festejada tese da “Teoria da Moralidade Eleitoral como Condição de Elegibilidade Implícita”, quando conduzida por intuitos outros que não a efetiva garantia da lisura e da moralidade no processo eleitoral, sirva-se de forma maliciosa para macular a “vida pregressa” do candidato e com isto impugnar sua candidatura. Desta forma, estaria se comprometendo toda a paz e a lisura do certame, na medida em que, abusando-se da credibilidade do Judiciário e do princípio da inafastabilidade da Jurisdição, os maus atores se utilizariam destas aventuras jurídicas para fundamentar os seus ataques políticos e, favorecendo-se da ingenuidade dos mais desavisados, os influenciariam nas suas escolhas de candidatos.

Destarte, ante este cenário real da política nacional, exigir-se-ia do Magistrado muito mais que a avaliação da vida pregressa de candidato como condição moral de elegibilidade; seria necessário deste, também, uma perspicácia maior para, conhecendo todo o contexto político local, apurar se as acusações contra o candidato, a quem se imputa a maculada vida pregressa, são idôneas. Isto tudo sem comprometer a necessária equidistância do Juiz no campo político para que se possa garantir a sua independência funcional.

Portanto, observa-se que permitir ao Julgador que na análise das condições para registro de candidatura se possa imputar uma condição de elegibilidade baseada em princípios morais e éticos, mas sem padrões legais definidos, em matéria política em que os ânimos e paixões partidárias são acirrados a ponto de cotidianamente se criarem “factóides políticos”, seria atribuir ao Magistrado uma responsabilidade e comprometimento com a validade material da sentença de esforço superior, até mesmo, a tarefa do Juiz Hércules¹⁵, vez que este Juiz terá que decidir com uma cognição sumária, pois é este o rito adotado nas Ações de

¹⁵Modelo padrão que Ronald Dworkin (2001) expõe sobre o papel do Juiz na sua atividade jurisdicional.

Impugnação de Registro de Candidaturas (AIRC), se há de fato acusações plausíveis e presumidamente verossímeis capazes de restringir um direito fundamental do cidadão de submeter seu nome à apreciação dos eleitores na escolha de um cargo público eletivo.

4.2.5 Conclusões preliminares acerca do indeferimento da ADPF n. 144 /DF: prevalência do estado legal sobre o estado moral

Nas eleições municipais de 2008, presenciaram-se nos Tribunais Superiores uma série de debates envolvendo questões de suma importância ao desenvolvimento político e institucional do país. Neste diapasão, foi posta mais uma vez em discussão a possibilidade de, considerando a inidônea vida pregressa de um cidadão apreciada pelo Juiz eleitoral, restringir-lhe a sua capacidade eleitoral passiva mediante a impugnação de seu registro de candidatura, haja vista que o Art. 14 § 9º da Constituição Federal reconhece a moralidade como condição implícita de elegibilidade.

Nos julgamentos pertinentes ao tema ponderaram os ministros do TSE e do STF, na sua absoluta maioria, que, muito embora a sociedade clame por mudanças nos quadros políticos do país ante a presença de algumas figuras com má conduta social e política nos cargos públicos, que contribuem para a corrupção e para a malversação dos recursos públicos, fugir dos limites traçados pela legalidade seria comprometer toda a ordem constitucional e a configuração do Estado de Direito.

Assim, provisoriamente, a tese da moralidade como condição implícita de elegibilidade foi afastada, pois preponderou o entendimento de que a regra contida no Art. 14 § 9º da Constituição Federal não é autoaplicável, exigindo-se para sua efetivação a necessária concretização legislativa.

Ao contrário do que aparentemente possa parecer, o não acolhimento da tese em comento não representa uma derrota ou retrocesso na tentativa de moralização nos quadros políticos do país, pois muito embora tenha sido reiteradamente indeferida nos julgamentos em que a questão foi posta, sobretudo em razão da impossibilidade de transpor obstáculos relevantes, notadamente os limites da legalidade, a limpeza ética proposta por esta tese inspirou a sua defesa por diversos movimentos da sociedade que se manifestaram favoráveis à exclusão dos “fichas sujas” do cenário político nacional.

Com este propósito foi formulado projeto de lei de iniciativa popular, a PLP 518/09, encampado pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral – MCCE, composto de 42 entidades da sociedade civil, dentre as quais a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB, Central Única dos Trabalhadores - CUT, Força Sindical, Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, Associação Brasileira de Imprensa – ABI, Associação dos Juízes para a Democracia - AJD, dentre outras.

No texto do aludido projeto de lei, defende-se a vedação de candidatura de pessoas condenadas em processo já em primeira instância ou denunciadas em algum tribunal por crimes de racismo, tráfico de drogas, homicídio, estupro e desvio de verbas públicas. Propõe-se também a ampliação do tempo de inelegibilidade de três para oito anos. O projeto de lei de iniciativa popular – PLP 518/09, que se denomina popularmente como “lei dos fichas sujas”, encontra-se atualmente em exame na Comissão de Constituição de Justiça, tendo previsão para ser votado em maio de 2010.¹⁶

No Congresso Nacional, diversos foram os projetos de lei com o propósito de integrar a redação do Art. 14 § 9º, dando efetividade a este diploma normativo.¹⁷ Recentemente foi apresentada pelo Poder Executivo a PLP 446-2009, que tramita com prioridade, e atualmente encontra-se sujeita à apreciação do plenário. No texto da proposta, defende-se que seja inelegível o candidato que tenha sofrido condenação por decisão tomada por órgão colegiado ou em decisão de primeira instância, seja por crime eleitoral ou por um rol de delitos, que inclui abuso de poder econômico ou político e por vários outros crimes comuns. Esta proposição integra o projeto de reforma política.

Como se observa, a discussão permanece em pauta, não só nos debates judiciais, mas também nos espaços de manifestações públicas, como por meio da imprensa, das associações comunitárias, da igreja, do parlamento, dentre outros. Cobra-se com veemência a necessária e urgente regulação legislativa pertinente. Também se instiga nos eleitores uma reflexão quando da escolha responsável dos seus representantes, o que será decisivo para a concretização dos direitos coletivos e a efetivação do interesse público.

¹⁶Informações colhidas em: <<http://www.mcce.org.br/node/228>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

¹⁷Como exemplos a PLP 168-1993 e PLP 35-2003 de autoria do Deputado Davi Alcolumbre, a PLP 53-2003 de autoria do Deputado Inaldo Leitão, e a PLP 3930-2008 de autoria do Deputado Roberto Magalhães.

5 O ATIVISMO JUDICIAL COMO PARADIGMA MODERNO DO ESTADO DE EXCEÇÃO

No comportamento ativista do Judiciário, refletido em decisões que extrapolam o rol de sua competência e comprometem o princípio da separação dos poderes e o princípio da soberania popular, basilares do Estado Democrático de Direito, que, supostamente, legitima-se com a crise e enfraquecimento dos demais poderes do Estado e o reveste na condição de “Guardião da Constituição” (2007), visualizam-se elementos de um estado de exceção, certamente com uma intensidade variada, mas com subsídios suficientes para uma crise institucional.

Com o propósito de analisar os elementos e argumentos defendidos no ativismo judicial e traçar um parâmetro com o estado de exceção, nos moldes formulados por Carl Schmitt, e especialmente na crítica pertinente a este modelo de Estado formulada por Giorgi Agamben¹, será desenvolvido o último capítulo da dissertação como forma de chamar a atenção para os malefícios que este comportamento ativista do Judiciário pode trazer ao equilíbrio do Estado de Direito.

5.1 O que é estado de exceção?

O estado de exceção foi amplamente teorizado por Carl Schmitt a partir de 1920. Remete-se a este doutrinador o perfil de governo que predominou nos regimes totalitários da II Guerra Mundial, por meio do qual, com uma legalidade construída a partir de elementos como necessidade, decisionismo, proteção e manutenção da ordem jurídica, permitia-se a concentração de poder nas mãos de um único poder do Estado.

Aponta-se a origem do estado de exceção da ideia de estado de sítio elaborada

¹Atualmente, o filósofo italiano Giorgi Agamben faz uma nova abordagem sobre o tema em crítica contundente a este padrão em sua obra intitulada “Estado de Exceção”, publicado originalmente em 2002, a partir das reflexões sobre a política de segurança norte-americana do pós 11 de setembro.

na Revolução Francesa, que consistia na possibilidade de se conceder à autoridade militar que em tempos de guerra usufruísse funções da autoridade civil para a manutenção da ordem e das polícias internas.

Mais tarde, o estado de sítio amplia suas prerrogativas podendo ser usado não mais só em casos de guerra declarada, mas também em casos de desordens e sedições internas. Finalmente, no decreto napoleônico de 24 de dezembro de 1811, concretiza-se a ideia de suspensão da constituição através do estado de exceção.

Constata-se, assim, que as origens do estado de exceção coincidem com os primórdios revolucionários do constitucionalismo moderno, o que de início revela a compatibilidade deste modelo com a presença de um regime constitucional. Portanto, nota-se que o estado de exceção, embora seja a negação do estado de direito, foi concebido como uma medida emergencial e temporária para salvaguarda deste regime.

Com a primeira Guerra Mundial, a maior parte dos países envolvidos adotou modelos de estados emergenciais, sendo algumas medidas de urgência previstas expressamente em alguns ordenamentos legais, como, por exemplo, na Alemanha, onde a Constituição de Weimar (1919), em seu art. 48, estabelecia:

Se no Reich alemão, a segurança e a ordem pública estiverem seriamente conturbadas ou ameaçadas, o presidente do Reich pode tomar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e da ordem pública, eventualmente com a ajuda das forças armadas. Para esse fim, ele pode suspender total ou parcialmente os direitos fundamentais, estabelecidos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153.

No caso da experiência alemã, a presença deste dispositivo da Constituição autorizando poderes excepcionais ao presidente constituiu o que Schmitt (1968) descreveu como “ditadura presidencial”, que permitia ao chefe do executivo agir com plenos poderes como “Guardião da Constituição”. Com o fundamento de proteção desta “democracia protegida”, teorizada por Schmitt, na justificativa do estado de exceção, acrescido de outros fatores de ordem econômica e social, o nazismo instaurou-se na Alemanha sob a direção de Hitler, sendo o exemplo mais destacado de totalitarismo da era moderna.

Portanto, constata-se, na observação da história, como o estado de exceção é, ao mesmo tempo, contraditório e contíguo ao estado de direito, transmutando-se

facilmente de medida de urgência para preservação da Constituição em porta de entrada para o totalitarismo.

O retrato do nazismo mostra a que extremo se pode chegar um regime totalitário, construído com bases legais constitucionais e com interesses supostamente legítimos, pois, abalizados na guarda e defesa de interesses nacionais que ante a situação de necessidade não se realizariam ordinariamente no estado de direito, justifica-se a suspensão da ordem jurídica em nome da preservação da mesma.

Com o exemplo dos horrores mostrados com o nazismo e o fascismo, de absoluto desrespeito aos direitos individuais, o natural seria que nunca mais a humanidade se deixasse conduzir pelos argumentos de defesa de estados de exceção, haja vista que através destes se instaurou aludidos regimes. Entretanto, paradoxalmente, o terror da volta de um totalitarismo enche as democracias contemporâneas de mecanismos de exceção que possam preveni-lo e garantir a manutenção do regime democrático, porém se utilizam de expedientes que, ao mesmo tempo, os repelem, mas também os aproximam².

Como se observa, o tempo em que se vive é de crise política e institucional, não só dos governos declaradamente ditatoriais, mas também de exemplos pontuais de democracia. Não se diga com isto que há nesses países modelos padrões de regimes de exceção; ao contrário, observa-se que o paradigma deste constrói-se atualmente nas sociedades ditas democráticas.

Na verdade, presencia-se que no Estado de Direito são cada vez mais frequentes os abusos de funções de poderes estatais, nos quais suspendem-se as regras de competência fundamentais à sobrevivência do Estado de normalidade, utilizando-se dos mesmos argumentos sobre os quais se instauram as prerrogativas dadas ao “guardião da constituição” no estado de exceção.³

Neste diapasão, será abordada neste item da dissertação a forma como o Poder

²Sob uma perspectiva antropológica, o psicanalista Carlos Augusto Peixoto Junior (2008, p.5) explica que “o sofrimento provocado pelo trauma, por ser tão forte e intenso, desperta a necessidade de um ‘dispositivo de urgência’ para fazer face à catástrofe que se deixa anunciar.”

³Carl Schmitt, em sua obra “*Politische Theologia*”, define o soberano como aquele que decide sobre o estado de exceção.

Judiciário, ao adotar o comportamento ativista em suas decisões, reveste-se de elementos autoritários que remetem à ideia de estado de exceção, sobretudo quando, em atividade normativa, apresenta Resoluções, Regulamentos, Instruções e Súmulas Vinculantes como modelos legais de matérias que fogem de sua competência.⁴

As tradicionais doutrinas jurídicas localizam o estado de exceção ora como algo inserido e, portanto, capaz de ser regulado no âmbito do ordenamento jurídico; ora como algo totalmente alheio ao direito e, como tal, um fenômeno essencialmente político. Há ainda os que entendem ser o estado de exceção um direito subjetivo - natural ou constitucional - do Estado em si a sua própria conservação⁵ (AGAMBEN, 2004, p. 38). A todas estas correntes Agamben (2004, p.39) critica com uma provocação:

Se o que é próprio ao estado de exceção é a suspensão (total ou parcial) do ordenamento jurídico, como poderá essa suspensão ser ainda compreendida na ordem legal? Como pode uma anomia ser inscrita na ordem jurídica? E se, ao contrário, o estado de exceção é apenas uma situação de fato e, enquanto tal, estranha ou contrária à lei; como é possível o ordenamento jurídico ter uma lacuna justamente quanto a uma situação crucial? E qual o sentido dessa lacuna?

Em referência a Carl Schmitt⁶, Agamben (2004, p.39) vai dizer que a relação topológica do estado de exceção ao direito é mais complexa, pois coloca em questão o próprio limite do ordenamento jurídico. Explica o autor:

Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica. (AGAMBEN, 2004, p. 39).

Desta forma, o filósofo italiano define o lugar do estado de exceção e sua consequente relação com o direito, explicando que embora aquele represente

⁴As Medidas Provisórias emitidas pelo Poder Executivo de forma rotineira é o exemplo típico de Estado de Exceção, no entanto por questões metodológicas, o trabalho irá se centrar na perspectiva de ações do Judiciário de forma pro-ativa e na semelhança deste comportamento com o Estado de Exceção.

⁵Agamben (2004, p. 38) cita como representantes da primeira corrente Santi Romano, Hauriou e Mortari que argumentam ser o estado de exceção parte integrante do direito positivo, já que a necessidade que o funda age como fonte autônoma do direito; como exemplos da corrente oposta o autor cita Biscaretti, Balladore-Pallieri e Carré de Malberg. Quanto aos que entendem ser o estado de exceção um direito subjetivo do Estado para garantir sua sobrevivência estão Hoerni, Ranelletti e Rossiter.

⁶Embora Agamben (2004, p. 79) concorde com a ideia de Schmitt de elevar a importância da localização do estado de exceção em relação ao ordenamento jurídico, não se filia a tentativa do filósofo alemão de "inscrever indiretamente o estado de exceção num contexto jurídico baseado na divisão entre normas de direito e normas de realização do direito, entre poder constituinte e poder constituído, entre norma e decisão".

exatamente a suspensão deste, ou seja, embora estejam em esferas opostas, um não é indiferente ao outro em razão da referenciabilidade que geram mutuamente. E esta referência cria uma zona na qual os limites são indetermináveis e, por assim se comportarem, acabam permitindo a existência - mesmo latente -, de ambos.

Assim, a natureza do estado de exceção é extraída da conclusão que se faz acerca da sua localização e da sua referência em relação ao ordenamento jurídico, concluindo ser esta uma anomia, posto que suspende o direito, transformando-o num vazio, mas sem eliminá-lo:

Esse espaço vazio de direito parece ser, sob alguns aspectos, tão essencial à ordem jurídica que esta deve buscar, por todos os meios, assegurar uma relação com ele, como que para se fundar, ela devesse manter-se necessariamente em relação com uma anomia. Por um lado, o vazio jurídico de que trata no estado de exceção parece absolutamente impensável pelo direito; por outro lado, esse impensável se reveste, para ordem jurídica, de uma relevância estratégica decisiva e que, de modo algum, se pode deixar escapar. (AGAMBEN, 2004, p. 79).

Nos primórdios da criação do estado de exceção, os teóricos o justificavam como a medida limite para se preservar a ordem jurídica e a sobrevivência da Constituição. Assim era o instituto que, fora do direito, poderia garantir a permanência futura da ordem constitucional nas épocas de crise, vez que nestas situações a Constituição não teria força para sozinha garantir a sua sobrevivência. É este o início do que se chamou de “ditadura constitucional” (1968).

De outra banda, parte da doutrina filia-se ao pensamento de Santi Romano (*apud* AGAMBEN, 2004, p. 47), que entende ser a necessidade o fundamento não só da exceção, mas da própria origem do direito. Aduz o jurista italiano que a necessidade não se submete à lei, pois a desconhece, haja vista tratar-se de um fato estranho ao ordenamento jurídico. Seria, assim, a necessidade a fonte primária da lei, sendo que se esta não acompanha aquela, a própria necessidade como fato irá suspender e eliminar a lei.

A fragilidade desta teoria é alertada por Agamben (2004, p.47) quando lembra que o conceito de necessidade é totalmente subjetivo e só irá se concretizar por meio de uma decisão: “Não só a necessidade se reduz, em última instância, a uma decisão, como também aquilo sobre o que ela decide é, na verdade, algo indecível de fato e de direito”. Portanto, conclui o filósofo italiano que algo subjetivo, como a

ideia de necessidade, não pode fundamentar uma situação excepcional que irá atingir a todos.

Agamben (2004, p.63) afirma, pois, que como o estado de exceção é um estado anômico, o que fundamenta as suas medidas é uma força de lei sem lei, ou seja, a potência da lei, sem a sua forma. Nas palavras deste filósofo:

O estado de exceção é, nesse sentido, abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram uma separação e em que uma pura força de lei realiza (isto é, se aplica desapplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa. Deste modo, a união impossível entre norma e realidade, e a conseqüente constituição do âmbito da norma, é operada sob forma da exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isto significa que, para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção.

Sem dúvida um dos juristas que mais se detiveram sobre o estado de exceção na modernidade foi o filósofo alemão Carl Schmitt, que no início da década de 1920 teorizou o tema através de duas obras, primeiramente no livro “A Ditadura” (1968) – no qual o assunto é tratado através da figura da ditadura soberana e comissária - e um ano mais tarde no livro “Teologia Política” (2006), que define estado de exceção com ligação à ideia de soberania.

No que se refere ao estado de exceção por meio da ditadura, Schmitt (1968) distingue-a em “ditadura comissária”, que busca a defesa e a restauração da constituição vigente, partindo da diferenciação entre normas de direito e normas de realização do direito; e a “ditadura soberana” que, ao contrário, visa a criar um estado de coisas que torne possível impor uma nova constituição. Parte-se aqui da diferenciação entre poder constituinte e poder constituído (AGAMBEN, 2004, p. 55)

Destarte, se para uma das figuras da ditadura (a comissária) a suspensão do ordenamento jurídico se dá em razão da tentativa de, com esta medida emergencial, garantir a sobrevivência da constituição, para a outra forma (a ditadura soberana), o que se quer é exatamente o oposto, ou seja, eliminar a ordem jurídica posta e, de forma revolucionária com ação eminentemente política, impor nova constituição.

Na obra “Teologia Política”, a preocupação de Carl Schmitt (2006) é definir o conceito de decisão atrelado ao estado de exceção e, assim, completar com seu elemento essencial a figura da “ditadura soberana”. Desta forma, Schmitt irá

distinguir a norma da decisão, mostrando estes dois elementos de forma autônoma, vez que “suspendendo a norma, o estado de exceção revela em absoluta pureza um elemento formal especificamente jurídico: a decisão” (AGAMBEN, 2004, p. 56).

Portanto, será o poder de decisão que irá definir quem é o soberano, e é o soberano quem decide sobre o estado de exceção. Explica Schmitt (*apud* AGAMBEN, 2004, p. 57), que “o soberano está fora da ordem jurídica normalmente válida e entretanto, pertence a ela, porque é responsável pela decisão quanto à possibilidade da suspensão *in totto* da constituição”.

Esclarece Giorgio Agamben (2004, p.58) que a teoria de Carl Schmitt sobre o estado de exceção e sua referência ao direito se traduz no fato daquele estar fora e ao mesmo tempo pertencer ao direito, isto por que, em razão da existência do estado de exceção, têm-se sempre dois elementos separados: a norma e a aplicação da norma.

Podemos então definir o estado de exceção na doutrina schmittiana como o lugar em que a oposição entre a norma e a sua realização atinge a máxima intensidade. Tem-se aí um campo de tensões jurídicas em que o mínimo de vigência formal coincide com o máximo de aplicação real e vice-versa. Mas também nessa zona extrema, ou melhor, exatamente em virtude dela, os dois elementos do direito mostram sua íntima coesão.

Dessa forma, após definir, sumariamente, os contornos do que seja o estado de exceção, deve-se prosseguir na tarefa de identificar seus elementos na atualidade de um Estado que se intitula “Estado Democrático de Direito”. Assim, em fidelidade aos propósitos do tema exposto para o capítulo, será trabalhado no item seguinte as aparências que decisões pautadas em ativismo judicial possuem com o estado de exceção.

Desta forma, pretende-se evidenciar as semelhanças que os argumentos defendidos pelo ativismo judicial possuem com o estado de exceção, que na lição de Agamben (2004) se revela dentro e com fundamento em um padrão democrático, o que torna a armadilha do estado de exceção mais sutil e perigosa, e se conduz a uma permanência constante deste paradigma de estado de emergência.

Para demonstrar com clareza o que ora se afirma, cumpre retornar à discussão acerca da Resolução nº 22.610/07 do TSE, já estudada no capítulo precedente, sobre o tema da fidelidade partidária, haja vista ser esta um exemplo típico de ativismo judicial.

5.2 Ativismo judicial e o paradigma atual do Estado de Exceção: ponderações acerca da Resolução 22.610/2007 do TSE

A partir da metade do século XX, com o crescimento da jurisdição constitucional acompanhado do desenvolvimento das constituições dirigentes, há um redimensionamento do papel do Poder Judiciário, colocando-o, muitas vezes, na função de ator político na efetivação dos direitos constitucionais. O quadro que se mostra no Estado contemporâneo e a problemática dos limites de atuação nas decisões judiciais apresentam-se de forma dúbia e insegura em relação ao preço que se deve pagar para a efetivação da Constituição:

Na conjuntura dúbia, onde há, por um lado, direitos individuais e sociais legislados abundantemente e, por outro, escassez de recursos públicos para efetivá-los, mais intensamente o cidadão busca a função jurisdicional do Estado. O Estado Social precisa, sob este aspecto, encontrar um equilíbrio ente as promessas feitas e sua realização – inclusive por via de soluções judiciais. A situação de crise do Estado torna o quadro ainda mais dramático, combinando elevação das demandas e baixa capacidade de resposta do Judiciário. (CABRAL, 2005, p. 36).

Exemplo desta situação dúbia quanto ao real papel e os limites de atuação do Judiciário deu-se com a já exposta Resolução 22610/2007, elaborada diante da necessidade iminente de uma reforma política no Brasil, confrontada com a inércia injustificada do Congresso Nacional de promovê-la.

Assim, com a Resolução nº. 22.610/07, o TSE legislou criando regras processuais e outorgando competências ao Ministério Público não previstas na Constituição para o julgamento de perda de cargo eletivo pelo mandatário que se desfilou da agremiação pela qual foi eleito, sem justa causa. Com isto, a Corte Eleitoral também adentrou em matéria *interna corporis* de competência privada dos partidos políticos e definiu quais as hipóteses em que o detentor de cargo público não é considerado infiel pela agremiação política.

A justificativa desta decisão ativista foi profusamente debatida nos meios de comunicação e o entendimento da população em geral foi no sentido de que, como os parlamentares, muitas vezes por interesses próprios, fugiam do tema fidelidade partidária, mesmo sendo este de fundamental importância para o amadurecimento político do país, o Judiciário estaria incumbido da tarefa de promovê-lo, definindo os contornos do que fora esboçado na Constituição Federal, uma vez que cabe a este

poder zelar pela efetivação dos preceitos da Lei maior.

Em que pese, na observação da realidade, que os argumentos utilizados para justificar a medida sejam simpáticos, não só aos partidários deste novo comportamento do Judiciário, mas também a toda a população que desacreditada com os rumos dados à política nacional, viram na Resolução do TSE um verdadeiro “puxão de orelha” no Congresso Nacional, tal decisão deve ser analisada com parcimônia e prudência, fora de um contexto eufórico permeado de uma retórica sofista. Afinal, em um Estado de Direito, cujas regras e competências são previamente determinadas, nem mesmo a autêntica reivindicação de uma reforma política é capaz de suprir a deficiência de legitimidade que possui o Poder Judiciário para em um ato normativo extrapolar os limites da matéria de sua competência, como fizera na edição da aludida Resolução 22.610. Neste sentido, oportuna é a crítica de Martônio Monta'alverne Lima (2007, p. 186), para quem o ativismo judiciário, aquém dos debates acadêmicos, só atinge a população quando instigado pela imprensa de forma eloquente e pernicioso: Ainda que não de forma clara, a crítica à política e aos políticos deslegitima-os, fazendo com que as esperanças de realizações democráticas e de efetivação constitucionais recaiam quase sempre sobre juízes e tribunais.

Conforme o exposto anteriormente, a história mostra como os regimes totalitários se instauraram em Estados Democráticos que sucumbiram ao temor da inefetividade dos preceitos constitucionais, por entenderem que as ameaças de violação ao direito não poderiam ser combatidas pelo próprio direito. Desta forma, aceitaram soluções ditas emergenciais que viam na suspensão da ordem jurídica a garantia de sua permanência.

Frente a esta constatação trazida de experiências passadas, Giorgio Agamben (2004) chama a atenção para a permanência constante tanto dos argumentos que supostamente justificam estas atitudes excepcionais, como para a existência efetiva e real, cada vez mais presente desta excepcionalidade, não com a declaração formal de um estado de anomia, propriamente dito, mas através da adoção de técnicas e ações de governo que fogem de toda previsão legal e exorbitam as funções dos demais poderes.

Neste sentido, também se enquadram as decisões formuladas em nome do ativismo judicial, sobretudo, quando comparado ao modelo de “ditadura comissária” formulado por Carl Schmitt (1968), pois os que defendem esta atitude do Judiciário o fazem sob o fundamento de que este Poder tem a função de garantir a efetividade dos preceitos constitucionais, mas, para tanto, suspendem o princípio constitucional da separação dos poderes e assim comprometem toda a ordem jurídica.

No caso específico posto em exame, observa-se que os argumentos levantados para elaborar a dita Resolução 22.610 pelo TSE são verídicos; de fato há uma inércia injustificada do Poder Legislativo em tratar assuntos de fundamental importância para o regime democrático. Entretanto, não é suspendendo os ditames de um princípio basilar da Constituição que se pode garantir a efetividade de seus preceitos. Atente-se para a observação feita por Willis Santiago Guerra Filho (2007, p.2-3) sobre a banalização de medidas emergenciais, tal quais as medidas provisórias editadas pelo executivo rotineiramente, o que também se aplica às decisões cada vez mais comuns, nas quais o Judiciário frente à inércia do Parlamento, legisla regulando matérias estranhas a sua competência:

È assim que medidas formalmente tidas como excepcionais se tornam técnicas de governo, como é o caso escandaloso das medidas provisórias entre nós. A banalização de seu emprego atestaria uma concepção política subjacente, de que vivemos em estado de urgência, no qual praticamente não há mais critérios para definir o que é relevante. Valem mais atos ‘com força de lei’, do que as próprias leis, editadas por procedimentos morosos, politicamente complexos, e que passa a existir em um estado meramente potencial, pois de fato o que se aplica são medidas pontuais, oriundas de decisões tomadas pessoal e rapidamente, por quem se reúne condições atuais de poder para tanto. (GUERRA FILHO, 2007, p. 2-3)

Destarte, os clamores de uma reforma política não apagam as regras de competências constitucionais, nem delegam ao Judiciário a tarefa de formular leis processuais, prazos, atribuir legitimidade ativa, interferir em assuntos *interna corporis* de partidos políticos e, até mesmo, ferir princípios constitucionais, como os princípios da separação dos poderes e da ampla defesa. Agamben (2004, p. 19) também denuncia a contribuição que a fragilidade do Poder Legislativo dá para a justificativa de medidas excepcionais por outros poderes que exorbitam as suas funções e interferem na competência do Parlamento.

De fato, a progressiva erosão dos poderes legislativos do Parlamento, que hoje se limita, com freqüência, a ratificar disposições promulgadas pelo

executivo sob a forma de decretos com força de lei, tornou-se, então, uma prática comum. A Primeira Guerra Mundial e os anos seguintes aparecem, nessa perspectiva, como o laboratório em que se experimentaram e se aperfeiçoaram os mecanismos e dispositivos funcionais do estado de exceção como paradigma de governo. Uma das características essenciais do estado de exceção – a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário – mostra, aqui, sua tendência a transformar-se em prática duradoura de governo.

Desta forma, em que pese a grande contribuição que o Judiciário pode trazer na tarefa de efetivação dos direitos e princípios constitucionais, entende-se que sua normatividade constitucional é limitada à competência dos demais poderes do Estado, pois caso assim não fosse, estar-se-ia criando um poder absoluto e tirano que controla os demais sem qualquer restrição a si mesmo.

Constata-se, assim, no atual cenário, sobretudo dos países periféricos, uma confusão entre os limites e definições das funções do Judiciário, pois se de um lado há o sistema de freios e contrapesos com a presença nos poderes de funções típicas e atípicas que se entrelaçam, se completam e se controlam; do outro há a presença de um Judiciário extremamente burocratizado e com uma grave deficiência de legitimidade democrática para exercer a função de poder supremo e absoluto do Estado, tal qual vem se comportando.

De fato, nas decisões ativistas, o que se observa é que, enquanto o Judiciário pode não só controlar tudo, mas também efetivar o que não é de sua competência sob a escusa de um extremado “poder normativo constitucional”, nenhum controle há de seus atos, vez que sempre a última palavra é do STF, que nada mais é que a instância final dos órgãos jurisdicionais. Ou seja, o Judiciário controla os atos dos demais poderes, mas nenhum outro o controla, a não ser ele mesmo.

O que há nas proclamações ativistas do Poder Judiciário, a exemplo da Resolução 22.610/2007, é a banalização de situações emergenciais, nas quais se suspendem as regras de competência basilares para a preservação da ordem jurídica, sob a justificativa de garantir a efetividade de preceitos constitucionais, aproximando-se, assim, do modelo de “ditadura comissária” formulado por Carl Schmitt (1968).

Neste sentido, cumpre trazer à lume mais uma observação que Agamben (2004, p.29) fez ao estado de exceção na Alemanha, que guardando as devidas diferenças, é pertinente ao modelo de exceção por que passam as democracias

periféricas, ainda mais quando se observa que a justificativa para a implantação destas medidas de urgência coincidem com a figura da “democracia protegida”:

O estado de exceção em que a Alemanha se encontrou sob a presidência de Hindenburg foi justificado por Schmitt no plano constitucional a partir da idéia de que o presidente agia como ‘guardião da constituição’ (Schmitt, 1931); mas o fim da República de Weimar mostra, ao contrário e de modo claro, que uma ‘democracia protegida’ não é uma democracia e que o paradigma da ditadura constitucional funciona sobretudo como uma fase de transição que leva fatalmente à instauração de um regime totalitário.

Entende-se, assim, que o que vai autorizar e limitar a atividade jurisdicional de véis político é um só instrumento: a Constituição. Deve-se estritamente a ela os contornos desta nova função judicial, sem possibilidades de ser legítima a suspensão de regras por ela formuladas sob a justificativa de sua proteção e efetivação.

Nesse contexto continuarão sendo muitos os questionamentos sobre o papel do juiz e os seus limites. Não que se queira com isto voltar ao passado, no qual o Juiz era um mero espectador equidistante dos embates políticos. Na verdade, o que se espera é livrá-lo de uma atuação movida por fundamentos não presentes no ordenamento jurídico e tendenciosos às mesmas formulações e justificativas do modelo contemporâneo de estado de exceção, tal qual denunciado por Giorgio Agamben (2004).

CONCLUSÃO

Ao fim do estudo que se propôs com o presente ensaio acadêmico, conclui-se que a Justiça Eleitoral brasileira encontra-se imersa nas premissas do propalado neoconstitucionalismo, pois se observa a defesa efusiva de uma atuação mais ativa dos juízes eleitorais não só na fiscalização e na condução do processo eleitoral, mas também na busca da efetiva validade material das eleições, manifesta através da plena verdade das urnas. Ou seja, intenta-se, cada vez mais, deixar a cabo da Justiça Eleitoral a responsabilidade de garantir a vontade do eleitor sem a influência de quaisquer outros interesses que não os da opção do cidadão pelo melhor programa de governo.

Assim, para execução deste fim, observa-se que a Justiça Eleitoral age de forma ativista, muitas vezes além dos seus limites de atribuições, quer jurisdicionais, quer administrativo-normativo, pois regula questões que não lhe são afeitas, assumindo uma atuação tipicamente legiferante, supostamente justificada pela omissão do Poder Legislativo e, em contraponto, pela real necessidade de se promover mudanças no quadro político nacional.

Partindo-se destas premissas iniciais, constatadas a partir da observação da realidade, propôs-se o estudo de decisões emblemáticas da Justiça Eleitoral nas quais as tendências do neoconstitucionalismo foram evidenciadas e o comportamento ativista do Poder Judiciário, bem como os limites de atuação deste órgão afeitos ao princípio da separação de poderes foram debatidos.

Inicialmente, para se entender sobre esta nova perspectiva de atuação mais política e engajada do Poder Judiciário, foi necessário refletir sobre a democracia e o constitucionalismo, expondo sobre os elementos e características que norteiam as acepções destes temas e tratando, ainda, sobre o atual momento da teoria do constitucionalismo, o qual denominam de neoconstitucionalismo – movimento

apresentado como proposta de superação do positivismo e do formalismo das ciências jurídicas com a defesa de uma hermenêutica jurídica na qual se priorizam a supremacia e a força normativa da Constituição, por meio de um comportamento mais ativo do Poder Judiciário, comprometido, sobretudo, com a efetividade dos preceitos constitucionais, mesmo que ao custo de uma interpretação livre e criativa do Juiz.

Desta forma, ao fim do primeiro capítulo, buscou-se evidenciar a tensão entre democracia e constitucionalismo, refletida em duas concepções de democracia que possuem igualmente ideias diferenciadas acerca do papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito. Tratam-se dos modelos de democracia comunitarista e substantiva e de democracia procedimental-participativa.

No modelo de democracia comunitarista, combate-se a filosofia liberal por meio do resgate do espaço público com a defesa de decisões valorativas direcionadas por uma razão coletiva que pretende realizar um neorepublicanismo, intermédio do qual se intenta a atuação ativa do Poder Judiciário justificada pela proposta de realizar a pauta valorativa incorporada na Constituição.

Também justificando a ampliação de ações da jurisdição constitucional, apresenta-se a democracia substantiva que busca a realização dos direitos fundamentais, colocando este desiderato como pauta suprema do Estado, acima inclusive da soberania popular, para proteger estes núcleos de direitos de eventuais usurpações advindas de processos majoritários de deliberação. Com o objetivo de realizar os direitos fundamentais, e em virtude da natureza principiológica destes direitos, dá-se espaço a uma jurisdição criativa que no momento do julgamento responda e complete o sentido do princípio constitucional, o qual se intenta efetivar.

De outro lado, tem-se a democracia procedimental-discursiva que defende uma opção de governo participativo com grande espaço para discussão e deliberação pública visualizada por meio de uma arena na qual os indivíduos com iguais liberdades subjetivas de ação se associam para debater questões de interesse coletivo. Assim, intenta-se haver legitimidade nas decisões em virtude de um reconhecimento dos cidadãos prévio à aplicação, posto que centrado na fase da gênese normativa, razão pela qual Habermas (2003, p.159-161), doutrinador filiado a esta corrente, aduz que os direitos fundamentais legítimos são os que garantem a

participação no processo de formação da opinião e da vontade do legislador.

Desta forma, para a democracia procedimental discursiva, a função do Poder Judiciário é examinar o conteúdo de normas controvertidas, defendendo sempre os pressupostos comunicativos e as condições procedimentais do processo legislativo, sem, contudo, intervir na deliberação substancial política de uma lei, sendo, pois, defeso a este órgão substituir o discurso político de gênese normativa por um juízo de racionalidade jurídico.

Inspirada na ideia de ampliação do processo de discussão pública, notadamente em temas afeitos ao direito eleitoral, entende-se ser esta um instrumento seguro e legítimo para a efetivação da democracia participativa, vez que neste compasso perpassa-se inicialmente uma mudança na consciência dos cidadãos, a partir de então mais integrados nas questões políticas do Estado.

Destarte, não se pode pensar em um real Estado Democrático de Direito sem antes promover a cidadania por meio da participação popular ativa e consciente, devendo, pois, ser este o primeiro objetivo a se concretizar para verdadeira mudança. Defende-se a ampliação dos espaços de discussões públicas nas quais se possa, cada vez mais, conquistar os cidadãos para debater questões coletivas. Para este intento sugere-se o fomento dos mecanismos de democracia direta, especialmente, de plebiscitos e referendos, nos quais assuntos de relevância do Estado sejam debatidos e escolhidos diretamente pelo povo. Neste sentido, oportuna as palavras do Ministro Edson Vidigal (2003, p.78-79): “Quanto mais eleições tivermos, mais democracia teremos. O exercício do voto é a forma mais legítima de se encontrar respostas seguras para as formulações de Governo em busca de soluções para as demandas sociais.”

Recomenda-se também o incentivo a audiências públicas no processo de elaboração das leis para que se possa realizar a propalada legitimidade advinda da observância a condições processuais da gênese democrática das leis.

Ainda no intento de se formar consciência cidadã como pauta primeira da realização da democracia participativa, defende-se o fortalecimento dos partidos políticos a partir de uma fiel identificação ideológica dos seus filiados, bem como de da correlata assimilação dos propósitos da agremiação partidária com os seus

eleitores e, então, a utilização destes corpos intermediários também como promotores da arena pública de debates.

Claro que a ampliação dos espaços de discussões públicas exige, antes de tudo, uma adequada educação política dos cidadãos, razão pela qual se faz imprescindível, também, o fomento à educação cívica aliado sempre à liberdade de expressão, fazendo com que os eleitores possam ser bem informados e, como tais, que possuam uma participação mais ativa no processo eleitoral, analisando os candidatos e suas propostas de forma crítica e impositiva.

Por óbvio que o Poder Judiciário, especificamente a Justiça Eleitoral, tem papel relevante na concretização saudável do modelo de Estado Democrático de Direito. Esta função reside necessariamente na promoção de um processo eleitoral pautado na lisura e na garantia da igualdade de oportunidade de participação dos candidatos para que se efetive a verdade formal e material das urnas.

Assim, deve a Justiça Eleitoral coibir os vícios do abuso do poder político e/ou econômico, da fraude e da corrupção, motivo pelo qual se defende a judicialização das eleições compreendida não como ativismo judicial, propriamente dito, mas sim como atuação efetiva e legítima do Judiciário, que não ameaça o princípio da soberania popular, mas, em vez, o qualifica, pois expurga os expedientes que viciam materialmente o resultado das urnas e a vontade popular livre e desimpedida.

Conclui-se, desta forma, que a judicialização das eleições, a qual visa impugnar os abusos cometidos por candidatos desleais, é legítima, pois fundada em um arcabouço legislativo que a autoriza, mas especialmente porque resguarda o princípio da soberania popular, impedindo o resultado viciado das eleições.

Por outro lado, evidenciou-se quão perigoso pode ser o ativismo judicial, pois tal qual relatado no segundo capítulo deste ensaio acadêmico, este comportamento protagonista do Judiciário compromete o princípio da separação dos poderes, vez que, sob pretexto de uma interpretação criativa coadunada com lição hermenêutica da força normativa da Constituição, usurpam-se as funções do Poder Legislativo. Observou-se igualmente que o exercício do ativismo judicial padece de legitimidade, pois neste comportamento verificou-se que muitas vezes incumbe justamente ao órgão estatal não escolhido democraticamente a palavra final sobre uma decisão fundamental.

Portanto, combate-se o ativismo judicial também no âmbito da jurisdição eleitoral, especialmente porque as leis pertinentes ao direito eleitoral são escassas e cheias de conceitos indeterminados, fazendo com que a matéria se guie, resignadamente, pela jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, mas, notadamente, considerando-se as características da Justiça Eleitoral, destacando-se a sua função regulamentar que confere competências especiais a esta jurisdição especializada de expedir instruções, completando o sentido do texto legal, elaborarem resoluções regulando o processo eleitoral, ante a omissão legislativa, e responder consultas que lhe são formuladas, em tese, para interpretação de assunto pertinente à matéria eleitoral.

Observou-se que esta função regulamentar da Justiça Eleitoral, ante as atribuições que lhe são pertinentes, favorece o ativismo judicial, vez que são formuladas Resoluções com caráter nitidamente legiferante, capazes de criar e ou restringir direitos e regular institutos da maneira que provém a composição da Corte Eleitoral.

Neste sentido foi que se criou a Resolução 22.610 do TSE, quando as Cortes Eleitoral e Constitucional resolveram tratar do tema fidelidade partidária e por meio deste ato normativo extrapolou os limites de sua função regulamentar, haja vista que criou nova hipótese de perda de mandato eletivo, pois fixou normas processuais para o trâmite e julgamento da lide, interferindo em assuntos *interna corporis* e alargando seu campo de atuação. Tem-se, pois, nas manifestações da Consulta 1398-DF do TSE e no julgado do MS 26603 do STF, que resultaram na produção da Resolução 22.610, exemplo típico do ativismo judicial que ora se combate.

Na outra jurisprudência relacionada, qual seja, nas ações em que se questionou a possibilidade de indeferimento de registro de candidatura fundado em inidônea vida pregressa de candidato, por meio de uma análise subjetiva do juiz quando do deferimento de registro de candidatura, baseado em critérios subjetivos e em condenações sem trânsito em julgado dos pretensos candidatos, observou-se a tendência ativista manifesta em vários Tribunais Eleitorais do país. Contudo, aludido protagonismo foi estancado em julgamento no TSE e na decisão da ADPF 144 proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, na qual se defendia esta possibilidade.

Com isto, verificou-se que o assunto saiu das discussões judiciais e avultou-se nos debates públicos, na imprensa e na defesa de movimentos sociais, lugares onde essencialmente a questão deve ser pautada, e hoje encontra-se prevista no projeto de lei de iniciativa popular – PLP 518/2009 - que atualmente se encontra na Comissão de Constituição e Justiça, aguardando para ser apreciada em plenário.

Conclui-se, pois, que o caminho adequado para efetivação de um processo eleitoral, no qual esteja presente a verdade formal e material das urnas, dá-se através de uma Justiça Eleitoral forte, atuante e coerente, mas não com um judiciário paternalista que supre omissões ou má atuação de outros poderes, pois nestas atitudes o Poder Judiciário reveste-se de um totalitarismo judicante, que com uma inversão total dos valores democráticos promove a permanência de um estado de exceção judicial.

Na verdade, cabe à jurisdição eleitoral julgar de forma célere e efetiva as causas eleitorais que lhe são submetidas e com isso favorecer a viabilidade e a correção das eleições. “Mas a Justiça Eleitoral não julga o bem e o mal de cada candidato. Nesse caso o grande Juiz é o eleitor” (CONEGLIAN, 2003, p.75).

REFERÊNCIAS

ABU-EL-HAJ, Jawdat. Robert Dahl e o dilema da igualdade na democracia moderna. **Análise social** - Revista do Instituto de Ciências Sociais de Lisboa, Lisboa, v. XLIII (1º), n. 186, p. 159-180, 2008.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 17 mar. 2010.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. O impasse da democracia representativa. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES FILHO, José Filomeno (Org.). **Direito constitucional contemporâneo**: Estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 281-303.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira** – legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Estado governo sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

_____. **Teoria geral da política** – a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani, revisão técnica de Claudia Perrone-Moisés. São Paulo: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/noticias>>. Acesso em: 28 ago. 2008.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 ago. 2008.

_____. **Código Eleitoral** (1930). Disponível em: <<http://www.congressonacional.gov.br>>. Acesso em: 27 ago. 2008.

CABRAL, Vanna Coelho. **Direito de acesso á justiça**: conceituação, tutela normativa e obstáculos políticos de sua efetivação. Fortaleza, Universidade de Fortaleza, 2005. Dissertação (Mestrado em Direito), UNIFOR, 2005.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabri, 1993.

CERQUEIRA, Thales Tácito P. L. P.; CERQUEIRA, Camila M. A. P. L. P. **Tratado de direito eleitoral**. São Paulo: Premier Máxima, 2008. t. I, II e IV.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista Alceu**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004.

CLAUS, Wilhelm Canaris. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. A necessária reformulação do sistema eleitoral

brasileiro. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Direito eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 63-70.

CONEGLIAN, Olivar. A justiça eleitoral: o poder executivo das eleições, uma justiça diferente. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). **Direito eleitoral contemporâneo**: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 57-75.

COSTA, Adriano Soares da. **Democracia, judicialização das eleições e terceiro turno**. Disponível em: <<http://www.adrianosoaresdacosta.blogspot.com>>. Acesso em: 13 mar. 2010.

_____. **Instituições de direito eleitoral**. 5. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DAHL, Robert . **Sobre a democracia**. Brasília: UnB, 1998.

_____. **Poliarchy**: Participation and opposition. New Haven: Yale University Press, 1971.

_____. **How democratic is the american constitution?** New Haven: Yale University Press, 2003.

DELGADO, José Augusto. A contribuição da justiça eleitoral para o aperfeiçoamento da defesa da democracia. **Revista de informação legislativa**. Brasília, a. 32, n. 127, p. 105-117, jul/set. 1995.

DUARTE, Écio Oto; POZZOLO, Susana. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAZ, Rodrigo de Castro Remígio. **Emenda constitucional nº 45**: da crise à legitimidade democrática do judiciário. Fortaleza, Universidade de Fortaleza. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). UNIFOR, 2010.

FORRESTER, Viviane. **O horror econômico**. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 1997.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia** - O guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O estado de exceção em que vivemos**. Disponível em: <http://www.Conpedi.org/Manaus/arquivos/anais/Willis_Santiago_Guerra_Filho>. Acesso em: 30 nov. 2009.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia**: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I e II.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Traduzido por Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

LIMA, Martônio Mont'alverne Barreto. Judiciário versus executivo/legislativo: o dilema de efetivação dos direitos fundamentais numa democracia. **Pensar** - revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, v. 11, p. 186, 2007.

LOCKE, John. O segundo tratado sobre o governo. In: **Os pensadores**. Tradução Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MARIANO, Cynara. **Legitimidade do direito e do poder judiciário na democracia brasileira**: o restabelecimento da primazia do poder constituinte, do poder legislativo e de um positivismo ético na teoria constitucional. Fortaleza, Universidade de Fortaleza. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). UNIFOR, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. G. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MORAES FILHO, José Filomeno. **A construção democrática**. Fortaleza: UFC/ Casa de José de Alencar, 1998.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da

modernidade. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. **O sistema jurisdicional de controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro de apuração da verdade eleitoral.** Fortaleza, Universidade de Fortaleza. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). UNIFOR, 2009.

PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. Judicialização da política e substituição tecnocrática: um réquiem para a democracia? **Cadernos do Departamento de Direito da PUC-Rio (Pós-Graduação)**, Rio de Janeiro, p. 64-74, jul.- dez. 2008.

PEIXOTO JUNIOR, Carlos Augusto. **Trauma, vida nua e estado de exceção.** Disponível em: <[http://www. Estadosgerais.org/encontro/IV/PT/trabalho/Carlos_Augusto_Peixoto_](http://www.Estadosgerais.org/encontro/IV/PT/trabalho/Carlos_Augusto_Peixoto_)>. Acesso em: 30 nov. 2008.

PINTO, Djalma. **Direito eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

PINTO, Emmanuel Roberto G. de Castro. **O poder normativo da justiça eleitoral.** Fortaleza, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional), UFC, 2008.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. **Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial.** Fortaleza: ABC, 2005.

RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral.** 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário.** São Paulo: Malheiros, 1995.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro.** São Paulo: Acadêmica, 1994.

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

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo.** São Paulo: Ática, 1994. v. 1.

_____. **Que es la democracia.** Rio de Janeiro: Taurus, 2003.

SCHIMITT, Carl. **La dictadura.** Madrid: Revista de Occidente, 1968.

_____. **O guardião da constituição.** Tradução de Geraldo Luz de Carvalho

Neto. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Teologia política**. Tradução de Elisete Antoniek. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, Gustavo Just da Costa. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

STRECK, Luis Lênio. **A nova perspectiva do STF sobre o controle difuso: mutação constitucional e limite de jurisdição constitucional**. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em: 17 jan. 2008.

TAVARES, André Ramos. Abertura epistêmica do direito constitucional. In: LIMA, Martônio Mont'alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Org.). **Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller**. Florianópolis: Conceito editorial, 2006.

TELLES, Olivia Raposo da Silva. **Direito eleitoral comparado – Brasil, Estados Unidos, França**. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América, livro I, leis e costumes**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil. In: VELLOSO, Carlos Mario da Silva; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Direito eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.11-30.

_____; AGRA, Walber M. **Elementos de direito eleitoral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VEJA. Edição 2.069, n. 28, Páginas Amarelas, 16 jul. 2008.

VIDAL, Jânio Nunes. **Elementos da teoria constitucional contemporânea: estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição**. São Paulo: Juspodivm, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

VIDIGAL, Edson de Carvalho. Quanto ao voto. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direito eleitoral contemporâneo: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 76-79.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

ABU-EL-HAJ, Jawdat, 25

AGAMBEN, Giorgio, 126, 129, 130, 131, 132, 134, 135, 136, 137

AGRA, Walber M, 67, 68, 70, 79

ARAÚJO, Luiz Alberto David, 30, 58

BARROSO, Luis Roberto, 33, 46, 47, 53, 55, 56, 63

BERCOVICI, Gilberto, 27

BINENBOJM, Gustavo, 48

BOBBIO, Norberto, 23, 26

BONAVIDES, Paulo, 27, 31

BRANCO, Paulo G. G, 32, 38, 45, 50

CABRAL, Vanna Coelho, 133

CAMPILONGO, Celso Fernandes, 23

CANOTILHO, J. J. Gomes, 30, 61

CAPPELLETTI, Mauro, 38

CERQUEIRA, Camila M. A. P. L. P. 68, 79, 84, 106, 107

CERQUEIRA, Thales Tácito P. L. P, 68, 79, 84, 106, 107

CITTADINO. Gisele, 53

CLAUS, Wilhelm Canaris, 31

COELHO, Inocêncio M, 32, 38, 45, 50

COMPARATO, Fábio Konder, 96

CONGLIAN, Olivar, 84, 143

COSTA, Adriano Soares da, 68, 69, 77, 85, 88

DAHL, Robert, 25, 28

DELGADO, José Augusto, 92, 110

DUARTE, Écio Ramos, 32, 33, 34

DWORKIN, Ronald, 37, 57, 123

FERRAZ, Rodrigo de Castro Remígio, 63, 65

GARAPON, Antoine, 39

GOMES, José Jairo, 79, 82, 85, 87, 90

GOYARD-FABRE, Simone, 21, 22, 24, 34, 35, 36, 41, 42

GUERRA FILHO, Willis Santiago, 135

HABERMAS, Jürgen, 36, 40, 41, 42, 43, 58, 62, 139

KELSEN, Hans, 23, 24, 27, 31, 48, 49

LASSALE, Ferdinand, 31

LIMA, Martônio Mont'alverne Barreto, 15, 134

LOCKE, John, 58

MARIANO, Cynara, 60, 65

MEIRELLES, Hely Lopes, 87

MELLO, Celso Antonio Bandeira de, 86, 87

MENDES, Gilmar F, 32, 38, 45, 50

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de, 14, 16, 58, 59

MORAES FILHO, José Filomeno, 96

NEGRI, Antonio, 64

NUNES JR., Vidal Serrano, 30, 58

OLIVEIRA, Marcelo Rosendo, 69, 70, 78, 89, 105

PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares, 63

PEIXOTO JUNIOR, Carlos Augusto, 128

PINTO, Djalma, 78, 82, 83, 89, 95, 98, 116

POMPEU, Gina Vidal Marcílio, 27, 32

POZZOLO, Susana, 32, 33, 34
RAMAYANA, Marcos, 75, 86
RIBEIRO, Fávila, 78
ROCHA, José de Albuquerque, 32, 33, 59, 96
RODRIGUES, Horácio Wanderlei, 52
SAMPAIO, José Adércio Leite, 44
SARTORI, Giovanni, 24, 25,26,
SCHIMITT, Carl, 126, 128, 129, 131, 132, 133, 136
SILVA, Gustavo Just da Costa, 64
STRECK, Luis Lênio, 121
TAVARES, André Ramos, 29
TELLES, Olivia Raposo da Silva, 90
TOCQUEVILLE, Alexis de, 22
VELLOSO, Carlos Mário da Silva, 67, 68, 70, 79
VIANNA, Luiz Werneck et al., 24, 52
VIDAL, Jânio Nunes, 21, 25, 35, 36, 46, 49
VIDIGAL, Edson de Carvalho, 140
VIEIRA, Renato Stanziola, 23, 24, 39, 49

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)