



**DEPARTAMENTO DE DIREITO  
DOUTORAMENTO EM DIREITO  
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA  
“LUÍS DE CAMÕES”**

**ATIVISMO JUDICIAL ELEITORAL: A JURISPRUDÊNCIA DOS  
TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NO APERFEIÇOAMENTO DA  
DEMOCRACIA NO BRASIL E EM PORTUGAL**

Tese para a obtenção do grau de Doutor em Direito

**Autor: Juraci Guimarães Júnior**

**Orientador: Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário**

**Coorientadora: Professora Doutora Mônica Teresa Costa Sousa**

**Julho de 2024**

**Lisboa**

**ATIVISMO JUDICIAL ELEITORAL: A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS  
CONSTITUCIONAIS NO APERFEIÇOAMENTO DA DEMOCRACIA NO BRASIL E  
EM PORTUGAL**

**Autor: JURACI GUIMARÃES JÚNIOR (Código 20151984)**

Orientador: Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário

Coorientadora: Professora Doutora Mônica Teresa Costa Sousa

Tese aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Nota: \_\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Presidente

---

Orientador

---

Examinador

---

Examinador

---

Examinador

---

Examinador

---

Examinador

## **DEDICATÓRIA**

Ao meu avô Antônio Guimarães, que há um século, em Sucupira do Riachão, interior do Estado do Maranhão, sem estudo formal, resolveu, ao lado dos filhos mais velhos que encaminhou ao comércio, realizar um sonho e empreender uma saga educacional aos mais novos que os transformaram no primeiro médico (meu tio Pedro Guimarães) e militar oficial do sertão maranhense (meu pai Juraci Guimarães).

Aqui, além-mar, essa tese de doutorado é fruto desse seu sonho.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, a LÍlian, Júlia e João Guilherme, pelo amor construído a cada dia e o apoio incondicional sem o qual nada disso seria possível.

Sou imensamente grato a minha mãe Maria de Lourdes e ao meu pai Juraci Guimarães (in memoriam) ao incentivo que me foi dado ao estudo desde o início da minha vida pela

Gostaria de expressar minha profunda gratidão ao Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, que confiou desde o início na elaboração da tese. Sou-lhe muito grato pela dedicação, orientação e críticas que foram decisivas para a conclusão desta investigação científica.

Manifesto minha imensa gratidão à minha coorientadora Professora Doutora Mônica Teresa Costa Sousa, pela disposição em aceitar mais essa tarefa e pelas inúmeras leituras e sugestões ao longo da elaboração da tese.

Dedico meus sinceros agradecimentos a todos os professores do Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidade Autônoma de Lisboa, na pessoa da Professora Doutora Stela Barros.

Devo meu reconhecimento ao Ministério Público Federal no Brasil, na pessoa do Procurador-Geral da República, Paulo Gonet Branco, que foi meu professor e orientador de pós-graduação na Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal, pelo apoio nas licenças que me foram concedidos para cursar os créditos das disciplinas em Lisboa.

## EPÍGRAFE

*“E o poder, mesmo que seja uma trivialidade dizê-lo, não está nas instituições que elegemos. O poder está é noutro lugar.”*  
(José Saramago)

*“O que é para ser – são as palavras”*  
(Guimarães Rosa)

## RESUMO

Controle Jurisdicional Eleitoral. Ativismo Judicial Eleitoral. Aperfeiçoamento da Democracia em Portugal e no Brasil. Análise histórica do controle judicial eleitoral em Portugal e no Brasil, passando pelo microssistema eleitoral e a administração das eleições. Investigação do Ativismo judicial abordando o conceito, causas e o controle de constitucionalidade em Portugal e no Brasil. Estudo sobre as teses contrárias e favoráveis ao ativismo judicial a partir da perspectiva substancialista e procedimentalista, com indicação de decisões ativistas do Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal. Análise dos principais precedentes de ativismo judicial eleitoral no Brasil, verticalização das coligações, fidelidade partidária e proibição de doação eleitoral por empresas, e em Portugal, extinção do Movimento de Ação Nacional e percentual de quotas de candidatura feminina, que aperfeiçoaram o regime democrático.

**Palavras-chave:** Democracia. Controle de Constitucionalidade. Ativismo Judicial Eleitoral. Decisões em Portugal e no Brasil.

## ABSTRACT

Electoral Jurisdictional Control. Electoral Judicial Activism. Improving Democracy in Portugal and Brazil. Historical analysis of judicial electoral control in Portugal and Brazil, including the electoral microsystem and the administration of elections. Investigation of judicial activism addressing the concept, causes and control of constitutionality in Portugal and Brazil. Study on the theses against and in favor of judicial activism from a substantialist and proceduralist perspective, with an indication of activist decisions from the Constitutional Court of Portugal and the Federal Supreme Court. Analysis of the main precedents of electoral judicial activism in Brazil, verticalization of coalitions, party loyalty and prohibition of electoral donations by companies, and in Portugal, extinction of the National Action Movement and percentage of quotas for female candidates, which improved the democratic regime.

**Keywords:** Democracy. Constitutionality Control. Electoral Judicial Activism. Decisions in Portugal and Brazil.

## ÍNDICE

|                                                                                                                                                |           |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO.....</b>                                                                                                                         | <b>13</b> |
| <b>CAPÍTULO 1 - DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL .....</b>                                                                               | <b>16</b> |
| 1.1 A democracia dos antigos e dos modernos.....                                                                                               | 16        |
| 1.2 Teoria democrática liberal e o estado de direito constitucional .....                                                                      | 19        |
| 1.3 Teoria democrática republicana .....                                                                                                       | 21        |
| 1.4 Teoria democrática liberal de John Rawls e a coparticipativa de Ronald Dworkin.....                                                        | 22        |
| 1.5 Teoria comunista.....                                                                                                                      | 25        |
| 1.6 Democracia discursiva.....                                                                                                                 | 27        |
| 1.7 Democracia e Constituição: “Dois Corações Políticos?” .....                                                                                | 29        |
| 1.8 Jurisdição Constitucional .....                                                                                                            | 31        |
| 1.8.1 Teoria contrária ao controle jurisdicional de constitucionalidade.....                                                                   | 31        |
| 1.8.2 Teorias favoráveis ao controle de constitucionalidade compatíveis com a democracia.....                                                  | 32        |
| 1.8.2.1 Teoria procedimentalista.....                                                                                                          | 33        |
| 1.8.2.2 Teoria substancialista.....                                                                                                            | 35        |
| 1.9 A Democracia e o Controle de Constitucionalidade no Brasil e em Portugal .....                                                             | 38        |
| 1.9.1 Controle de constitucionalidade difuso e concentrado .....                                                                               | 38        |
| 1.9.2 Democracia e controle judicial de constitucionalidade no Brasil .....                                                                    | 40        |
| 1.9.3 A democracia e o controle judicial de constitucionalidade em Portugal.....                                                               | 43        |
| <b>CAPÍTULO 2 - CONTROLE JURISDICIONAL ELEITORAL EM PORTUGAL E NO BRASIL .....</b>                                                             | <b>46</b> |
| 2.1 A governança eleitoral e os sistemas de controle eleitoral.....                                                                            | 46        |
| 2.2 A governança e o controle eleitoral em Portugal .....                                                                                      | 51        |
| 2.2.1 A evolução histórica do controle eleitoral em Portugal.....                                                                              | 51        |
| 2.2.2 O microssistema normativo eleitoral português.....                                                                                       | 55        |
| 2.2.3 A administração das eleições em Portugal.....                                                                                            | 56        |
| 2.2.4 O controle jurisdicional eleitoral em Portugal .....                                                                                     | 59        |
| 2.3 A governança e o controle eleitoral no Brasil .....                                                                                        | 62        |
| 2.3.1 Evolução histórica do controle eleitoral no Brasil.....                                                                                  | 62        |
| 2.3.2 O microssistema eleitoral brasileiro.....                                                                                                | 65        |
| 2.3.3 A administração das eleições no Brasil .....                                                                                             | 66        |
| 2.3.4 Controle jurisdicional eleitoral no Brasil .....                                                                                         | 69        |
| 2.4 Análise comparativa da governança eleitoral em Portugal e no Brasil e as condições institucionais para o ativismo judicial eleitoral ..... | 75        |
| <b>CAPÍTULO 3 – ATIVISMO JUDICIAL .....</b>                                                                                                    | <b>78</b> |
| 3.1 Conceito de ativismo judicial .....                                                                                                        | 78        |
| 3.2 Causas do ativismo judicial .....                                                                                                          | 83        |

|                                                                                                                                                                 |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 3.2.1 A constituição como um sistema normativo aberto de princípios e regras .....                                                                              | 84         |
| 3.2.2 A expansão dos Tribunais Constitucionais .....                                                                                                            | 86         |
| 3.2.3 A “nova” interpretação constitucional.....                                                                                                                | 87         |
| <b>3.3 Teoria contrária ao ativismo judicial por ser antidemocrático .....</b>                                                                                  | <b>90</b>  |
| <b>3.4 Teorias favoráveis ao ativismo judicial por ser compatível com a democracia .....</b>                                                                    | <b>91</b>  |
| 3.4.1 Teoria procedimentalista .....                                                                                                                            | 91         |
| 3.4.2 Teoria substancialista .....                                                                                                                              | 92         |
| <b>3.5 Separação dos Poderes e Ativismo Judicial.....</b>                                                                                                       | <b>93</b>  |
| <b>3.6 Ativismo judicial nos Estados Unidos .....</b>                                                                                                           | <b>94</b>  |
| <b>3.7 Ativismo judicial no Brasil .....</b>                                                                                                                    | <b>98</b>  |
| <b>3.8 Ativismo judicial em Portugal .....</b>                                                                                                                  | <b>105</b> |
| <b>CAPÍTULO 4 - ATIVISMO JUDICIAL ELEITORAL .....</b>                                                                                                           | <b>109</b> |
| <b>4.1 Ativismo Judicial Eleitoral no Brasil.....</b>                                                                                                           | <b>109</b> |
| 4.1.1 A verticalização das coligações eleitorais para Presidente da República e Governador de Estado .....                                                      | 115        |
| 4.1.1.1 <i>As decisões do TSE e do STF que determinaram a verticalização das coligações para Presidente da República e Governador de Estado .....</i>           | <i>115</i> |
| 4.1.1.2 <i>O ativismo judicial eleitoral na verticalização das coligações desobstruiu os canais da democracia brasileira.....</i>                               | <i>118</i> |
| 4.1.2 Fidelidade partidária .....                                                                                                                               | 124        |
| 4.1.2.1 <i>As decisões do TSE e do STF que determinam a perda do mandato do parlamentar por infidelidade partidária.....</i>                                    | <i>124</i> |
| 4.1.2.2 <i>O ativismo judicial eleitoral na fidelidade partidária desobstruiu canais da democracia brasileira .....</i>                                         | <i>126</i> |
| 4.1.3 Proibição de doação eleitoral por empresas para campanha eleitoral .....                                                                                  | 133        |
| 4.1.3.1 <i>A decisão do STF que vedou a doação eleitoral por empresas para campanhas eleitorais.....</i>                                                        | <i>133</i> |
| 4.1.3.2 <i>O ativismo judicial eleitoral na proibição do financiamento de campanha eleitoral por empresas desobstruiu canais da democracia brasileira .....</i> | <i>135</i> |
| <b>4.2 Ativismo Judicial Eleitoral em Portugal .....</b>                                                                                                        | <b>140</b> |
| 4.2.1 A extinção do Movimento de Ação Nacional (MAN).....                                                                                                       | 141        |
| 4.2.2 O Percentual de Candidatura Feminina .....                                                                                                                | 142        |
| 4.2.3 As decisões do TC acerca da extinção do MAN e da Lei da Paridade aperfeiçoaram a democracia portuguesa.....                                               | 143        |
| <b>5 LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL ELEITORAL.....</b>                                                                                                            | <b>144</b> |
| <b>5.1 Democratizando o ativismo judicial eleitoral. As audiências públicas e o <i>amicus curiae</i>.....</b>                                                   | <b>145</b> |
| <b>5.2 A ilusão da última palavra: teoria do diálogo institucional.....</b>                                                                                     | <b>146</b> |
| <b>5.3 A interpretação ativista não pode incorrer num voluntarismo .....</b>                                                                                    | <b>149</b> |
| <b>5.4 Panprincipiologismo em detrimento de regras constitucionais .....</b>                                                                                    | <b>152</b> |

|                                                                                                                                                 |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>5.5 Casos concretos de limites de ativismo judicial no Brasil e em Portugal .....</b>                                                        | <b>153</b> |
| 5.5.1 O ativismo judicial eleitoral brasileiro não pode afrontar a norma de direito fundamental que veda a aplicação retroativa de sanção ..... | 153        |
| 5.5.2 A impossibilidade de o ativismo judicial eleitoral no Brasil admitir a candidatura avulsa ...                                             | 159        |
| 5.5.3 A impossibilidade de o ativismo judicial eleitoral modificar os limites de deputados federais por estado no Brasil.....                   | 160        |
| 5.5.4 O ativismo judicial eleitoral português não pode admitir a elegibilidade de ministro religioso .....                                      | 162        |
| <b>5.6 Síntese.....</b>                                                                                                                         | <b>162</b> |
| <b>CONCLUSÕES .....</b>                                                                                                                         | <b>164</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>                                                                                                         | <b>186</b> |

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AM – Amazonas

AP – Ação Penal

Art. – Artigo

CE – Código Eleitoral

CF – Constituição Federal

CIDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos

CNE – Comissão Nacional das Eleições

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CONAMP – Confederação Nacional do Ministério Público

CRP – Constituição da República Portuguesa

DF – Distrito Federal

DNE – Diretorio Nacional Eleitoral da Argentina

DL – Decreto-Lei

EC – Emenda Constitucional

EMB – Electoral Management Board

EUA - Estados Unidos da América

HAVA – Help America Vote Act

IDEA – International Institute for Democracy and Electoral Assistance

IFE – Instituto Federal Eleitoral do México

JE – Junta Eleitoral

GO – Goiás

L - Lei

LE – Lei Eleitoral

LEAL – Lei Eleitoral dos Órgãos das Autarquias Locais

LEALRAA – Lei Eleitoral da Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores

LEALRAM - Lei Eleitoral da Assembleia Legislativa da Madeira

LC – Lei Complementar

LCNE – Lei da Comissão Nacional das Eleições

LEPR – Lei Eleitoral do Presidente da República

LEAR – Lei Eleitoral da Assembleia da República

LI – Lei das Inelegibilidades  
LOPP – Lei Orgânica dos Partidos Políticos  
MAN – Movimento de Ação Nacional  
MCCE – Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral  
MS – Mandado de Segurança  
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil  
OE – Órgão Eleitoral  
ONG - Organização não governamental  
ONU – Organização das Nações Unidas  
PDS – Partido Democrático Social  
PEC – Proposta de Emenda Constitucional  
PL - Projeto de Lei  
PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro  
PPS – Partido Popular Socialista  
PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira  
RE – Recurso Extraordinário  
RESP – Recurso Especial  
RJ - Rio de Janeiro  
RS – Rio Grande do Sul  
SC - Santa Catarina  
SP - São Paulo  
STF - Supremo Tribunal Federal  
STJ - Superior Tribunal de Justiça (Brasil)  
STJ - Supremo Tribunal de Justiça (Portugal)  
TC – Tribunal Constitucional  
TEDH - Tribunal Europeu de Direitos do Homem  
TJ – Tribunal de Justiça  
TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia  
TRE - Tribunal Regional Eleitoral  
TSE - Tribunal Superior Eleitoral  
TST - Tribunal Superior do Trabalho  
UE - União Europeia  
US – United States

## INTRODUÇÃO

Numa manhã chuvosa de janeiro de 2001, George W. Bush tomou posse como o 43º Presidente dos Estados Unidos, mas foi o primeiro que, em razão dos protestos de muitas pessoas nas ruas em Washington, suspendeu a tradicional caminhada a pé em trechos do trajeto do Capitólio até a Casa Branca.

Quase um mês antes, em 12.12.2000, a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Bush v. Gore*, extremamente dividida, reformou a decisão da Suprema Corte da Flórida e determinou a imediata interrupção da recontagem de 61.000 votos no Estado da Flórida. (ESTADOS UNIDOS, 2000)

Essa decisão da Suprema Corte foi proferida “por curiam” (“por toda corte”), ou seja, sem a autoria de um juiz específico, e circunscrita à questão analisada, portanto, sem servir de precedente para futuras decisões.

A interpretação da abstrata cláusula de proteção igual estabelecida na 14ª Emenda, rompendo com longa tradição jurisprudencial de não interferir nas questões de (re)contagem de votos estabelecidas pelos estados, denota claro ativismo dessa decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Com o julgamento, foi definida a acirrada eleição presidencial dos Estados Unidos de 2000, pois com os 25 votos do Colégio Eleitoral da Flórida, George W. Bush alcançou 271 votos, apenas um a mais que o necessário para ser eleito contra Al Gore.

As reações acadêmicas e políticas a essa decisão foram tão intensas e resultou na elaboração da primeira lei federal nos Estados Unidos sobre administração eleitoral, em 2002, denominada de “Help America Vote Act” (HAVA).

Dez anos depois, o Presidente reeleito da Colômbia, Álvaro Uribe, no fim do seu segundo mandato com alta popularidade no eleitorado, tentava um terceiro mandato subsequente vedado pela constituição, com fundamento na Lei n. 1.354/2009 que determinava para resolver essa questão a convocação de um referendo constitucional.

Contudo, a Corte Constitucional da Colômbia, em fevereiro de 2010, declarou inconstitucional o projeto do referendo, qualificando-o como “inexecutável” por “violações substanciais do princípio democrático” (COLÔMBIA, 2010).

Pouco tempo depois, em 2017, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650 proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, declarou a inconstitucionalidade da doação de empresas para campanhas eleitorais.

Essa decisão foi considerada como tendo invadido deliberação política do Congresso Nacional, uma vez que a Constituição Federal de 1988 não discorre expressamente sobre o

financiamento de campanha eleitoral e o legislador ordinário, pelo menos há vinte anos, permitia a doação de pessoa jurídica.

O então Presidente do Senado Federal, Renan Calheiros, criticou a judicialização dessa questão política ao declarar que “só o Congresso pode fazer as leis. É importante que o Supremo saiba disso e o Tribunal Superior Eleitoral também.” (RENAN, 2013).

No entendimento do parlamentar, o Poder Legislativo é o ambiente propício e constitucionalmente adequado para a escolha e delimitação de um novo modelo de financiamento de atividades partidárias e de campanha eleitoral, uma vez que recebeu delegação do povo brasileiro para legislar.

Quando do julgamento da AP 470, em resposta a várias críticas recebidas acerca da interpretação do Supremo Tribunal Federal quanto à perda do mandato do parlamentar diretamente da condenação criminal, o Ministro Celso de Mello, então decano do Tribunal, declarou em seu voto que o STF teria o “monopólio da última palavra” (BRASIL, 2012).

Também nessa época, o Tribunal Constitucional de Portugal, no julgamento do Acórdão nº 174/2019, entendeu como constitucional o percentual de 40% de candidaturas femininas e com isso ingressou no debate político reforçando o compromisso da igualdade de gênero nas eleições.

O então Primeiro-Ministro de Portugal, Pedro Passos Coelho, ao criticar outrora decisão do Tribunal Constitucional em face do Pacote de Ajuste Fiscal do Governo que restringia direitos fundamentais sociais, questionou “como é que uma sociedade com transparência e maturidade democrática pode conferir tamanhos poderes a alguém que não foi escrutinado democraticamente” (PASSOS, 2014)

Essas decisões dos tribunais constitucionais demonstram que o ativismo judicial, fenômeno que se iniciou principalmente após a 2ª Guerra Mundial, sujeito a críticas por eventual ofensa ao regime democrático e à separação dos poderes, também se irradiou para a questão político-eleitoral.

De fato, o protagonismo do Poder Judiciário nas questões contemporâneas, afastando deliberações emanadas do Poder Legislativo e Executivo, representantes diretos do povo, ou mesmo estabelecendo diretrizes políticas sem uma clara determinação desses poderes, muitas vezes se valendo de interpretações jurídicas não tradicionais, causa debates em face do princípio democrático.

No início do século passado, após longo embate com a Suprema Corte dos Estados Unidos que reiteradamente julgava inconstitucionais leis sociais e do programa do New Deal, o Presidente Roosevelt preferiu ácido discurso no Congresso dos Estados Unidos enfatizando que

a Suprema Corte “tem se colocado impropriamente como uma terceira casa do Congresso – um superlegislativo” (SARMENTO, 2014, p. 139).

Na questão político-eleitoral, o ativismo judicial é ainda mais sensível, pois atua nos pressupostos do próprio sistema político, nos fundamentos que vão disciplinar o exercício da soberania popular e definir os procedimentos para escolha dos representantes do povo.

Assim, há que se investigar, a partir de determinado referencial teórico, se o ativismo judicial eleitoral afronta ou promove a democracia e quais seriam seus limites.

Para tanto, é imprescindível examinar os próprios precedentes de ativismo judicial eleitoral dos tribunais brasileiros e portugueses, analisando o contexto histórico da decisão, os fundamentos jurídicos utilizados e a consequência para o aprimoramento (ou não) do regime democrático.

No Brasil, além da proibição da doação das empresas para as campanhas políticas, o ativismo judicial eleitoral também estabeleceu a fidelidade partidária, punindo com a perda do mandato quem troca a legenda pela qual foi eleito e determinou a verticalização das coligações, precedentes que alteraram profundamente a estrutura do sistema político nacional.

Atualmente, encontra-se em discussão outras questões acerca do sistema eleitoral que podem ser implementadas não pelos representantes diretos do povo, mas pelo Poder Judiciário, como, por exemplo, a possibilidade de que o cidadão possa concorrer a mandatos políticos sem que esteja filiado à partido político.

A análise do ativismo judicial eleitoral, suas possibilidades e limites, é fundamental para que o “voluntarismo bem intencionado, mas institucionalmente desastroso (acabe) por solapar um dos fundamentos mais caros da democracia: o respeito à soberania popular e à participação política que dela decorre” (RAMOS, 2010, p. 316).

Luís Salazar, na metáfora que utiliza de Charles Dickens em a “História das Duas Cidades”, indica que, em relação à democracia, estamos no melhor e no pior dos tempos.

Por certo, na atual quadra da história, em razão das redes sociais na internet, nunca os cidadãos estiveram acompanhando tão diretamente as atividades políticas dos candidatos e seus representantes, contudo, jamais se encontraram tão sujeitos à manipulação da sua vontade.

Indagar a atuação ativista eleitoral judicial nesse contexto, com suas possibilidades, capacidades e limites, é imprescindível para a devida compreensão do papel do Poder Judiciário num Estado Democrático de Direito.

## CAPÍTULO 1 - DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

### 1.1 A democracia dos antigos e dos modernos

“A democracia é feita de promessas, decepções e administração da decepção” (Stephen Holmes)

No Ateneu de Paris, em 1818, Benjamin Constant apresentou famoso discurso acerca da “liberdade dos antigos”, gregos e romanos, comparada à “liberdade dos modernos”, ingleses, franceses e norte-americanos, sobretudo fruto das revoluções burguesas do século XVIII. Dessa distinção, ocupou-se Norberto Bobbio para discorrer sobre a “democracia dos antigos” em relação à “democracia dos modernos” (BOBBIO, 2000, p. 62).

O poder do “demos” na antiguidade estava fundado na liberdade do povo que “consistia em exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública” (CONSTANT, 1980, p. 2).

A democracia dos antigos, desse modo, consubstanciava-se na participação direta dos cidadãos no exercício do poder político, derivada de uma liberdade positiva de autodeterminação política.

Os antigos, portanto, não concebiam qualquer ideia de representação política indireta da soberania popular, tal qual a compreensão de Rousseau de que “(n)o instante que um povo consente em ser representado, já não é livre, já não existe” (ROSSEAU, 2005, p. 33-34).

Diversos fatos favoreceram a democracia dos antigos como a pequena extensão das cidades-estado, homogeneidade do pensamento coletivo e, até a disponibilidade de tempo para o debate público em razão da existência de muitos escravos.

Apesar da exclusão da titularidade do poder político das cidades gregas, em especial Atenas, das mulheres, estrangeiros e escravos, a democracia ateniense foi a primeira experiência histórica na qual o poder de decisão política não possuía uma legitimação metafísica consubstanciada em uma pessoa ou um grupo de pessoas, mas conferida diretamente ao povo, segundo a contextualização histórica existente à época.

Benjamin Constant, todavia, constatou que os antigos, seguindo a concepção aristotélica da qual o indivíduo seria uma mera parte vinculada à totalidade do corpo social, tendo esse sempre prioridade sobre aquele, não desenvolveram uma compreensão de direitos individuais, por conseguinte, na democracia dos antigos, “o indivíduo quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos seus assuntos privados” (CONSTANT, 1980, p. 3).

Por outro lado, a democracia dos modernos tem seu fundamento na liberdade em face do Estado, caracterizada no direito individual à vida, à propriedade, à manifestação de pensamento, à religião e de não ser preso e condenado sem o devido processo legal.

A liberdade para os modernos, desse modo, é uma liberdade negativa, caracterizada contra a intervenção arbitrária estatal, na qual o cidadão possui autonomia e deve obediência apenas à lei.

Com o crescimento populacional, aumento territorial dos Estados e heterogeneidade da concepção de vida boa para cada cidadão, a democracia direta dos antigos foi substituída pela democracia representativa ou indireta, que, ao final do século XIX já estava consolidada por meio de eleições regulares nas quais os cidadãos exercem seu direito de escolha e os candidatos geralmente são filiados a partidos políticos.

A passagem, contudo, da democracia direta dos antigos para a representativa dos modernos não modifica a soberania popular, o poder político continua na titularidade do povo, apenas a forma de exercer esse poder que se modifica a partir da escolha de seus representantes.

Sem embargo, enquanto para os antigos a sua participação nos destinos da sociedade “tinha uma influência real”, para os modernos, o direito de participação da vida política é uma “suposição abstrata”, não raro circunscrita à escolha de certos representantes do governo ou direito de petição aos órgãos estatais para garantia de sua liberdade individual (CONSTANT, 1980, p. 6).

Assim, ocorre evidente contraste entre a democracia dos antigos e a dos modernos, que não se dialogam, pois a resposta à pergunta “quem me governa?” (postulado democrático dos antigos) é totalmente diversa da resposta à pergunta paradigma dos modernos “até que ponto o governo interfere na minha vida?” (BERLIN, 2023, p. 236).

Em uma perspectiva, no entanto, a democracia dos antigos e modernos eram similares, ao possuírem uma concepção restritiva da titularidade do direito político, situação essa que começa a ser alterada no decorrer dos séculos XIX e XX.

A universalização do sufrágio foi fundamental para o aprimoramento do regime democrático, inicialmente afastando as restrições referentes à renda, posteriormente garantindo o direito de voto às mulheres e, em alguns lugares, o direito de votos aos negros, como, por exemplo, no Estados Unidos por meio do Civil Rights Act de 1964.

Após a 2ª Guerra Mundial, sem abandonar o sistema representativo, ocorre um certo retorno à democracia dos antigos, a fim de que a participação do cidadão não fique restrita ao momento da escolha dos seus representantes políticos, mas alcance todo o processo político, sendo denominada de democracia participativa.

A democracia participativa surge, portanto, como crítica à democracia representativa, como tentativa de superar a crise de legitimidade do parlamento, cada vez mais afastada dos anseios dos cidadãos, buscando sua revitalização por meio de uma maior legitimidade política com a participação direta dos cidadãos.

Assim, do princípio democrático decorreriam dois postulados fundamentais, um referente à democracia representativa (órgãos representativos, eleições periódicas, pluripartidarismo) e outro alusivo à democracia participativa, por meio de mecanismos que possibilitem a participação efetiva dos cidadãos nos processos de decisão, produzindo “*inputs políticos democráticos*” (CANOTILHO, 1998, p. 278).

Para além da perspectiva descritiva (realista) que analisa as experiências empíricas dos regimes democráticos, o poder do povo de se auto-organizar politicamente também deve ser investigada na sua perspectiva normativa (prescritiva), cuja finalidade é analisar os valores teóricos ideais do modelo democrático.

Nada obstante, não deixa de existir uma mútua relação entre a perspectiva democrática descritiva e normativa, pois “os realistas nunca abdicaram de atribuir uma justificação racional às instituições democráticas” em especial para comparar com regimes autocráticos e, por sua vez, as concepções normativas “procuram explicar aquilo que os realistas apenas pressupuseram de forma implícita” (MELO, 2012, p. 286).

As teorias democráticas normativas podem ser resumidas nas seguintes: i) teoria democrática liberal; ii) teoria democrática republicana; iii) teoria democrática discursiva.

Essas teorias compartilham pensamentos comuns como a liberdade dos cidadãos e a existência de direitos fundamentais estabelecidos em uma constituição, contudo, divergem da forma de compreendê-los, integrá-los e da atuação da jurisdição constitucional em sua proteção e promoção.

No regime político democrático, é bastante complexa a jurisdição constitucional por meio da qual o Poder Judiciário, nos quais seus membros não são escolhidos pelo povo e nem submetidos diretamente à sua constante fiscalização, tem o poder de afastar a aplicação de normas votadas pelos representantes do povo.

Mesmo chegando à conclusão de que a representação política pode não refletir satisfatoriamente o anseio direto da vontade popular, Alexander Bickel observa que essa constatação não retira o fato de que, essencialmente, “o judicial review é um instituto desviante na democracia norte-americana” (BICKEL, 1986, p. 17).

Portanto, é fundamental, especialmente no que concerne ao ativismo judicial, a análise das teorias democráticas e do fenômeno do constitucionalismo para uma correta compreensão do *locus* da jurisdição constitucional em um Estado Democrático de Direito.

## **1.2 Teoria democrática liberal e o estado de direito constitucional**

A concepção democrática liberal clássica tem fundamento no conceito de autonomia kantiana cuja legitimidade da ação individual repousa na coexistência com a liberdade dos demais, na matriz de justiça não utilitarista e no jusnaturalismo contratualista de John Locke.

Segundo Hobbes, no estado de natureza, haveria a “guerra do homem contra o homem”, no qual prevaleceria o poder da força do indivíduo para garantir sua vida e propriedade, assim, faz-se necessária a criação do Estado por meio da qual os indivíduos celebrariam um contrato social, renunciando seus direitos com atribuição de poderes ilimitados ao governante para garantia desses direitos perante a coletividade social (HOBBS, 2005).

A legitimidade do Estado e da ordem jurídica reside na sua própria constituição no momento do pacto social e sua transferência quase total ao governante. Contudo, a teoria absolutista de Hobbes afasta completamente a participação dos indivíduos na produção do direito. Segundo Habermas, Hobbes é um “teorizador de um Estado constitucional burguês sem democracia” (HABERMAS, 2003, p. 123).

De maneira diversa, para John Locke, mesmo no estado de natureza os homens não viviam em estado de guerra mas com reconhecimento pelos indivíduos da propriedade (vida, bens e liberdade). Sem embargo, a garantia desse direito era incerta, daí porque, por meio do contrato social, houve a criação do Estado para proteção do direito de propriedade e limitação do poder do indivíduo por meio do qual os indivíduos “consentiram em formar uma comunidade ou governo (...) onde a maioria tem o poder direito de agir e de se impor aos outros” (LOCKE, 2005, p. 113).

Desse modo, na teoria liberal lockeana, o poder obtido pelo governante era limitado pelos direitos naturais existentes antes do contrato social, pois, “o homem civil precederia o homem político” (CANOTILHO, 1998, p. 93).

Em Hobbes, pela segurança do Estado, por meio de um “pacto de submissão”, os homens abdicariam de sua liberdade do estado de natureza, em Locke, os homens, ainda no estado de natureza, detinham direitos que apenas seriam garantidos com a criação do Estado por meio de um “pacto de consentimento” (PIRES, 2016, p. 8).

Assim, para teoria liberal, a democracia residiria na proteção dos direitos individuais, como expressão da autonomia privada do cidadão, que não podem ser suplantados em face do interesse coletivo, representando, por conseguinte, a “democracia dos modernos”.

Na concepção democrática liberal existe uma nítida cisão entre o Estado e a sociedade civil, na qual aquele seria o aparato burocrático da administração pública e a sociedade civil o

local onde são realizadas as relações individuais e comerciais dos cidadãos, na lógica de uma economia de mercado.

A política, no ponto de vista liberal, é uma luta de interesses privados para assumir o poder administrativo, por meio dos votos recebidos dos eleitores que assim expressam suas preferências pelos programas políticos, similar à estrutura de escolha no mercado (HABERMAS, 1995, p. 39).

Os direitos políticos, tais quais os demais direitos subjetivos, são vislumbrados com a perspectiva negativa, no sentido de garantias de autonomia contra coações externas. Portanto, os direitos políticos conferem “aos cidadãos a possibilidade de fazer valer seus interesses privados” através das eleições e composições de governo para determinar uma “efetiva influência sobre a administração”. Em suma, os cidadãos na sua participação política “podem controlar em que medida o poder do Estado se exerce no interesse deles próprios como pessoas privadas” (HABERMAS, 1995, p. 40-41).

A democracia liberal tem nítida desconfiança com o despotismo da maioria, como adverte Tocqueville: “Quando vejo concedidos o direito e a faculdade de tudo fazer a uma potência qualquer, seja ela povo ou rei, democracia ou aristocracia, exercida numa monarquia ou numa república, afirmo: está ali o germe da tirania” (TOCQUEVILLE, 2001, p. 299).

Madison, no Federalista 10, sustenta que “um corpo escolhido de cidadãos” serviria para “depurar e argumentar o espírito público”, pois o povo diretamente geraria “instabilidade e injustiça” (HAMILTON *et al*, 2003, p. 64).

Assim, ainda que alguns mecanismos, como constituição, direitos fundamentais, representação política, partidos políticos e até a jurisdição constitucional possam decorrer da vontade popular, trazem em suas características uma suspeita contra essa própria maioria, sendo, por conseguinte, mitigadoras da própria escolha do povo.

O fenômeno do constitucionalismo com o surgimento do Estado Constitucional de Direito, principalmente a partir do século XVIII, inicialmente nos Estados Unidos e na França, fez com que da soberania popular decorresse uma norma jurídica superior: a constituição.

Com a constituição, o seu conteúdo, mormente os direitos fundamentais, estão juridicamente protegidos da deliberação política ordinária, todavia, a própria conformação do exercício democrático encontra-se regulada pelo texto constitucional e resguardada, inclusive, contra a maioria popular.

Assim, o surgimento da constituição representa a própria institucionalização do ideal liberal de proteção qualificada dos direitos fundamentais em face do Estado e da maioria, daí porque, “nas suas origens, constitucionalismo e liberalismo eram gêmeos bivitelinos” (SAMPAIO, 2013, p. 132).

### 1.3 Teoria democrática republicana

A democracia republicana tem longa tradição que remonta à antiguidade, contudo, sua formulação teórica fundamenta-se no contratualismo de Jacques Rousseau, segundo qual, no estado de natureza, é ampla a liberdade dos homens (similar nesse ponto a Locke), sendo a finalidade do contrato evitar a dominação: “Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um se uniria a todos, obedecendo, entretanto, só a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes. (ROSSEAU, 2005, p. 21)

A solução para essa questão, segundo Rousseau, seria a vontade geral dos indivíduos ao celebrarem o contrato social, pois possuem a autonomia de estabelecer os termos acordados que deverão ser seguidos por todos, uma vez que “cada um, dando-se a todos, não se dá a ninguém” (ROSSEAU, 2005, p. 29).

Desse modo, o homem perde a liberdade natural ilimitada do estado de natureza, no entanto, com o contrato social, possui a liberdade civil que é limitada apenas pela vontade geral.

Para a teoria republicana a legitimidade da lei estaria indissociada da sua própria origem democrática, “estabelecendo assim uma conexão interna entre a prática da autodeterminação do povo e o império impessoal da lei” (HABERMAS, 1995, p. 42).

O cidadão, portanto, que desobedece às leis estaria, na verdade, contrariando a vontade geral da sociedade e, em última instância, a si próprio. (ROSSEAU, 2005).

O paradigma democrático republicano, desse modo, tem como fundamento a autonomia pública, a liberdade positiva de participação do cidadão na política social, própria da democracia dos antigos.

Nessa perspectiva republicana, para além de direitos, o cidadão teria “deveres em relação à comunidade política” (SARMENTO *et al*, 2012, p. 218).

Diversamente da concepção democrática liberal, na qual ocorre uma cisão entre Estado e sociedade, na democracia republicana a sociedade se constitui em uma totalidade política. “A sociedade é desde sempre, política – sociedade civilis” (HABERMAS, 1995, p. 116).

A política, segundo a teoria republicana, não é vista como mera competição de interesses agregados para assunção do poder, mas “é uma dimensão constitutiva da formação da vontade democrática”, ou seja, um elemento que constitui a própria ideia da sociedade. Sendo assim: “(1) configura um compromisso ético-político referente a uma identidade colectiva no seio da comunidade; (2) não existe espaço social fora do espaço político como reflexão do bem comum; (3) democracia é a auto-organização política da comunidade no seu conjunto” (CANOTILHO, 1998, p. 1261).

#### 1.4 Teoria democrática liberal de John Rawls e a coparticipativa de Ronald Dworkin

Com críticas às teorias normativas clássicas, mas sem a pretensão de constituir uma concepção teórica própria, o elitismo democrático surge da análise da manipulação da vontade do povo, por meio de eleições regulares, durante a ascensão dos regimes totalitários no século XX.

Para Joseph Schumpeter, a premissa segundo a qual a autonomia pública do cidadão conduziria ao bem comum coletivo não é apenas idealizada, como seria indesejável. Idealizada porque, numa sociedade plural, seria impossível se alcançar o bem comum com argumentos racionais. Indesejada pois o povo não tem capacidade para agir racionalmente, apenas por decisões irracionais na qual seria uma mera massa de manobra destrutiva contra o próprio regime democrático (SCHUMPETER, 1975, p. 251).

Na perspectiva cética da democracia, Schumpeter substitui o “governo do povo” (que não seriam a elite) pelo “governo dos políticos” (elite, tecnocratas), assim, a democracia seria apenas “o arranjo institucional para chegar a decisões coletivas em que certos indivíduos adquirem, por meio de uma disputa competitiva pelo voto popular, o poder de decidir” (SCHUMPETER, 1975, p. 269).

Desse modo, a teoria elitista não acredita na participação política ativa do povo, cuja atuação se dará exclusivamente para a escolha dessa “elite”, como “condição de sobrevivência do sistema democrático, ameaçado pelo princípio da maioria e demagogia” (CANOTILHO, 1998, p. 1258).

Nada obstante, a teoria elitista “não corresponde nem de perto e nem de longe ao sentido do princípio democrático”, que se assentaria em uma “participação permanente, aberta e variada do povo na resolução dos problemas nacionais”, uma vez que “o telos da democracia é a autodeterminação do homem através da participação política dos cidadãos e não apenas da elite” (CANOTILHO, 1998, p. 1258).

Antony Dows, a partir de uma teoria econômica da democracia, discorda que os eleitores ajam de maneira irracional adotando escolhas aleatórias nas eleições. Ao revés, valendo-se de uma lógica produtor-consumidor no processo político, acredita que os eleitores fazem suas escolhas numa racionalidade que maximizem sua utilidade, ou seja, escolhem aqueles representantes que lhes trará melhores benefícios (MELO, 2012, p. 293).

Portanto, diversamente da teoria elitista, na qual a decisão seria da elite política, a teoria econômica da democracia restabeleceria a soberania popular porque, nas eleições, os candidatos apresentariam suas propostas que maximizassem o interesse dos cidadãos.

Contudo, Robert Dahl sustenta que a análise das teorias elitista e econômica ainda são restritas ao tradicional binômio eleitor-candidato, desconhecendo a participação política atualmente de outros atores da sociedade civil diverso dos eleitores e dos partidos políticos (DAHL, 2001).

Assim, sustenta a existência de uma “poliarquia”, conceito plural e capilarizado de participantes do processo político composto por indivíduos, grupos, partidos e, inclusive, grupos minoritários que são considerados insignificantes na concepção tradicional mas que, segundo Dahl, possuem real possibilidades de influência (DAHL, 2001).

Dahl concorda com a teoria democrática liberal e elitista que compreende a política como uma competição de interesses para conseguir o poder e aponta essa disputa como salutar, pois mantém um certo equilíbrio na democracia evitando a tirania da maioria com a supressão de um grupo minoritário (MONTEIRO, 2006).

Essas críticas desencadearam uma releitura dos modelos democráticos normativos a partir de 1970 com a Teoria de Justiça de Rawls e, posteriormente, com as teorias comunitaristas e de Habermas.

Atualmente, a teoria democrática liberal, em um viés mais igualitário, tem como expoentes o filósofo político John Rawls e o jus-filósofo Ronald Dworkin.

Sustentam uma democracia deliberativa, pela qual numa sociedade plural a decisões políticas necessitam do debate por meio de uma razão prática, com a apresentação de argumentos e deliberações com a pretensão de convencimento de todos.

Para John Rawls, a premissa da democracia deliberativa encontra-se na razão, sendo o fundamento político a justiça, “primeira virtude das instituições sociais”, por meio do qual, num contrato social hipotético, sob “um véu de ignorância” em que os indivíduos desconhecem sua “posição original” na sociedade, racionalmente rejeitariam os princípios utilitários, pois poderiam pertencer a minorias cujos interesses seriam desrespeitados (RAWLS, 1997).

Divergindo do critério utilitarista prevalente à época, através do qual a democracia consistiria no sistema político que produziria mais felicidade (bem-estar) para a maior quantidade de pessoas, Rawls advoga uma concepção deontológica, com fundamento da premissa liberal da prioridade do bom (atrelado ao indivíduo na escolha da sua concepção de vida boa) sobre o bem (referente a fins ou interesses coletivos), segundo a qual: “Cada pessoa possui um(sic) inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar da sociedade inteira pode sobrepujar (...). Portanto, numa sociedade justa as liberdades decorrentes da igual cidadania são garantidas, e, os direitos assegurados por razões de justiça não se sujeitam à barganha política ou a cálculos de interesse social” (RAWLS, 1997, p, 3-4).

Desse modo, não competiria ao Estado interferir na liberdade individual dos cidadãos, “sujeitos morais autônomos”, para “promover os valores hegemônicos na sociedade”. O Estado deve ser neutro “diante das diversas concepções sobre o bem existente na sociedade” (SARMENTO *et al*, 2012, p. 208).

Nada obstante liberal, assegurado no primeiro princípio de justiça (“um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas”), Rawls também confere ênfase à igualdade nos termos do segundo princípio (“as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto se possa esperar que se estabeleçam em benefício de todos como estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos”) (RAWLS, 1997, p. 73-75).

Após críticas, em especial dos teóricos comunitaristas de que a sua concepção seria deveras abstrata considerando o homem como “desenraizado”, Rawls, sem afastar seus pressupostos teóricos, passa a abordar a idéia de que, nas sociedades contemporâneas, existem diversas “doutrinas abrangentes” (moral, religiosa ou filosófica), das quais as irrazoáveis (contrárias ao próprio convívio divergente) devem ser afastadas do debate público, mas entre as “razoáveis” é possível ser alcançado um “consenso sobreposto” que serviria de fundamento de uma concepção pública de justiça (RAWLS, 2011).

Segundo Rawls, apenas as liberdades estabelecidas no primeiro princípio de justiça (liberdade de expressão, privacidade e liberdade religiosa) e os pressupostos que garantam seu efetivo gozo devem constar do texto constitucional, sendo que aquelas referentes ao segundo princípio de justiça demandam proteção legal infraconstitucional (SARMENTO *et al*, 2012, p. 209).

Ronald Dworkin, por sua vez, afirma que “a democracia é um conceito interpretativo e muito controverso”, que precisa ser resgatada de “slogans” insuficientes e “pouco claros” como “governo do povo” e adotar uma concepção democrática deliberativa substancialista. (DWORKIN, 2014, p. 580).

A compreensão tradicional de democracia, inclusive liberal clássica, que Dworkin denomina “majoritarista”, seria insuficiente, pois meramente “estatística” ao simplesmente “contar cabeças” e conferir que o poder político se encontra com o maior número de pessoas. De igual modo, os arranjos legais e institucionais existentes (como, por exemplo, eleições periódicas) reforçam essa posição pois conduzem os representantes políticos a atenderem a vontade da maioria (DWORKIN, 2014, p. 585-586).

Nesse sentido, o fundamento da democracia majoritarista no princípio da igualdade (tratar a todos os cidadãos do mesmo modo e que com idêntico peso) representaria apenas uma

“equidade procedimental” que não conduz a uma igual distribuição do poder político (DWORKIN, 2014, P. 590).

E conclui: “a igualdade aritmética da concepção majoritarista não tem valor nenhum em si mesma. O domínio da maioria não é um procedimento decisório intrinsecamente justo” (DWORKIN, 2014, p. 599).

De maneira diversa, Dworkin apresenta uma concepção democrática substancialista do princípio da igualdade que denomina “coparticipativa”, na qual o governo da maioria não se daria “com autoridade sobre todos”, mas o “governo de todas as pessoas atuando como parceiras” na condução da ação política, na qual se deve atuar com “igual respeito e consideração em relação a todos” e da qual decorreria da democracia “restrições substantivas das condições de legitimidade” (DWORKIN, 2014, p. 586-587).

A democracia “majoritarista”, segundo Dworkin, tem mais probabilidade de produzir, como muitas vezes já produziu, resultados injustos, sendo inerente a essa concepção “distinguir a democracia da justiça”, inclusive porque “um autocrata poderia decretar uma distribuição de recursos mais justa do que a aprovada pela maioria” (DWORKIN, 2014, p. 586).

A questão fundamental no modelo democrático não são as consequências (estabilidade e prosperidade) mas o “respeito aos princípios”, a legitimidade substancialista fundamentada na dignidade de tratar a todos com igual respeito e consideração (DWORKIN, 2014, p. 590).

Exemplifica Dworkin que apesar dos judeus terem participado das eleições que levaram Hitler ao poder na Alemanha, o governo nazista não pode ser considerado democrático, tal qual uma “autocracia esclarecida ao modelo platônico” pois em ambos os casos os cidadãos não foram(seriam) tratados com igual respeito e consideração (DWORKIN, 2014, p. 594).

Portanto, a atribuição de voto apenas para os homens, brancos ou alfabetizados, ofenderia o princípio da igualdade pois os trataria em posição política inferior, ademais, além da distribuição do poder político de modo equânime, a democracia exige que o exercício do poder político trate as pessoas de igual modo (DWORKIN, 2014).

Por outro lado, segundo Dworkin, arranjos institucionais que não reflitam diretamente a vontade da maioria não são necessariamente antidemocráticos, desde que aperfeiçoem a legitimidade democrática, como a representação política e o controle judicial de constitucionalidade (DORWIN, 2014).

## **1.5 Teoria comunistarista**

Atualmente, a teoria republicana teria sido reformulada, com algumas particularidades, na “teoria comunitarista”, a partir de críticas ao modelo democrático liberal, em especial de

John Rawls, que compreenderia o homem como “desenraizado” dos valores da comunidade no qual se encontra inserido e da primazia absoluta dos direitos individuais em relação à sociedade.

Diversamente do contratualismo clássico de Rousseau e do neocontratualismo de Rawls, para os comunitaristas não existiria indivíduo antes da comunidade, pois “é esta com sua história, instituições e tradição que acolhe o indivíduo. A relação não é contratual, mas de pertença ética a uma dada comunidade” (SAMPAIO, 2013, p. 174).

Michael Sandel defende que a identidade do indivíduo não é anterior aos seus objetivos, mas se consubstancia nas relações dos vínculos da comunidade em torno de uma vida boa. Assim, “apenas é possível justificar uma concepção de justiça conexa a uma concepção de vida boa”, pois a pretensão de bem-estar é o fundamento da sociedade e pela qual, inclusive, constitui-se a intersubjetividade do “eu”, do sujeito de direitos, cujo bem não é definido pelo indivíduo, mas pela coletividade na interseção entre os meios e os fins (SANDEL, 2005, p. 10).

Para a teoria comunitarista, a concepção liberal seria demasiadamente individualista levando a um isolamento egoísta (“atomismo”) que desintegraria os vínculos sociais e as tradições compartilhadas da comunidade.

Enquanto os liberais adotam uma “ética procedimental” que não estipula previamente o “bem” mas se limita a estabelecer os pressupostos do processo deliberativo, com a “orientação deontológica” da primazia do bom (justo) sobre o bem (coletivo), na qual os “direitos são estabelecidos independentemente da definição do bem comum”; os comunitaristas professam uma “ética substancial”, pela qual “a teoria moral depende da prévia concepção do bem” e sustentam uma “posição teleológica” da precedência do bem comum sobre o bom (SAMPAIO, 2013, p. 139 e 173).

Assim, diferentemente da neutralidade estatal liberal, para os comunitaristas “um dos papéis do Estado é exatamente o de reforçar liames existentes na sociedade, avalizando e promovendo as concepções morais coletivamente compartilhadas” (SARMENTO *et al*, 2012, p. 213).

Uma comunidade política orientada ao entendimento, “como um processo de argumentação racional e não exclusivamente de vontade, de persuasão e não exclusivamente de poder, orientado para consecução de um acordo acerca de uma forma boa e justa” (HABERMAS, 1995, p. 42-43).

Os comunitaristas concordam com a existência da constituição e dos direitos fundamentais, contudo, discordam dos liberais que entendem os direitos fundamentais como de natureza substancial e universal, ao compreendê-los de natureza procedimental, não encapsulados das deliberações políticas, e adstritos à realidade dos valores e tradições de

determinada sociedade. Por conseguinte, os comunitaristas sustentam um papel muito mais restrito ao controle judicial de constitucionalidade.

## **1.6 Democracia discursiva**

A democracia discursiva de Habermas não expressa o governo da maioria, mas reside na deliberação decorrente da comunicação e dos debates livres ocorridos no espaço público.

A soberania popular, portanto, não decorre nem diretamente do conjunto de cidadãos, nem dos representantes do povo, mas na circulação da discussão nos mais diversos fóruns governamentais e não governamentais.

Enquanto a democracia deliberativa de Rawls e Dworkin é substancialista, a democracia deliberativa de Habermas é procedimentalista, com ênfase no discurso público advindo das condições de comunicação humana, pois numa sociedade plural o consenso preliminar possível ocorreria nos procedimentos da deliberação democrática.

Divergindo do pessimismo das teorias elitista e econômica e observando que a tensão entre a perspectiva democrática normativa (validade) e a empírica (facticidade) não teria sido solucionada, pois mesmo na ótica realista utilizam-se pressupostos teóricos de aplicação, Habermas propõe um retorno às teorias normativas democráticas (HABERMAS, 2003).

Discordando da política como mera competição de agentes políticos pelo poder e com a pretensão de encontrar um consenso entre os liberais e os republicanos por meio de uma autonomia pública com respeito aos direitos fundamentais apregoa a possibilidade de se alcançar o bem comum (MONTEIRO, 2006, p. 196).

Segundo Habermas, o processo político compreendido exclusivamente como uma mera de competição de interesses privados e centrada na “satisfação das expectativas de felicidade de pessoas privadas empreendedoras”, tal qual a teoria democrática liberal, alcançaria um resultado que deve ser entendido, “no fundo, de modo apolítico” (HABERMAS, 1995, p. 47).

Em uma sociedade plural, a democracia discursiva não se fundamenta em direitos universais preexistentes (teoria liberal) e nem nos valores compartilhados em determinada sociedade (republicanismo comunitário), mas em regras de debate e negociação que não pode ficar restrita a representantes políticos e partidos, mas descentralizada por meio de uma “uma rede de comunicação e participação estruturante de uma sociedade democrática” (CANOTILHO, 1998, p. 1262-1263).

Semelhante ao modelo liberal, na teoria do discurso ocorre uma separação entre o Estado e a sociedade, mas compreendendo esta como uma “base social de espaços públicos autônomos” e não derivada diretamente da ação econômica (HABERMAS, 1995, p. 48).

A legitimidade do Direito provém da produção do processo democrático, na qual são estabelecidas igualdade de participação de todos na deliberação pública por meio de normas fundamentais, a fim de que os cidadãos sejam destinatários e co-autores das normas jurídicas.

Contudo, a democracia deliberativa discursiva não se coaduna com o idealismo excessivo do modelo republicano atrelado às virtudes cívicas dos cidadãos na busca do bem comum.

Em vez disso, na confluência entre o real e o ideal, embora reconheça a existência da política instrumental (conquista do poder pelos grupos políticos em uma ação voltada para resultados), sustenta que o uso racional da razão pelos cidadãos teria prevalência na busca do bem coletivo por meio dos pressupostos comunicativos e argumentativos em uma “ação orientada para o entendimento”.

Segundo Habermas, a “política dialógica e a política instrumental podem entrelaçar-se no campo das deliberações, quando as correspondentes formas de comunicação estão suficientemente institucionalizadas (...) A teoria do discurso não faz a realização de uma política deliberativa depender de uma cidadania coletivamente capaz de ação, mas sim da institucionalização dos correspondentes procedimentos e pressupostos comunicativos” (HABERMAS, 1995, p. 44-47).

A pretensão da democracia deliberativa, portanto, é, numa sociedade plural, conciliar a autonomia pública dos republicanos com a liberdade individual dos liberais com a finalidade de se alcançar o bem comum por meio de direitos fundamentais que estariam conexos aos próprios pressupostos comunicativos, ou seja, a autonomia privada e a autonomia pública se complementariam, constituiriam um “processo circular”, seriam “co-originários” (CANOTILHO, 1998, p. 1250).

Portanto, “sem os direitos clássicos de liberdade que asseguram a autonomia privada das personalidades jurídicas”, adverte Habermas, “tampouco existe o meio para institucionalizar legalmente aquelas condições sob as quais os cidadãos primeiro podem fazer uso da autonomia cívica” (HABERMAS, 1995, p. 52)

A autonomia pública, desse modo, não afasta a necessidade da normatização do Estado de Direito na concepção liberal, pois a democracia exige a consagração de direitos fundamentais de liberdade e igualdade que atuem não exatamente como limites mas como pressupostos necessários para a deliberação pública legítima no processo político democrático.

Vale dizer: o próprio processo deliberativo está impregnado de direitos fundamentais sem os quais não forem garantidos ele não será legítimo, no entanto, a formulação do conteúdo dos direitos fundamentais se encontra sujeito ao debate público, uma vez que apenas podem ser

formulados se “aqueles por eles afetados se envolveram previamente em discussões públicas” (HABERMAS, 1995, p. 51).

As condições estabelecidas por Habermas configurariam cinco espécies de direitos fundamentais necessários para a deliberação livre e igual entre os cidadãos de determinada comunidade, a saber: “1) direitos fundamentais que resultem da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; 2) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de membro numa associação voluntária de parceiros de direito; 3) direitos fundamentais que resultam da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração autônoma de proteção jurídica individual; 4) direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processo de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo; 5) direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de 1 a 4” (HABERMAS, 2003, p. 159-160).

Como leciona Canotilho, desses direitos fundamentais, os três primeiros têm uma função constitutiva, “são, pois, princípios jurídicos em função dos quais se orientará o legislador constituinte” (CANOTILHO, 1998, p. 1251).

Por conseguinte, para Habermas a Constituição deve apenas estabelecer esses pressupostos fundamentais da deliberação política, pela qual compete a cada geração debater, discutir e deliberar acerca das questões coletivas e morais existentes em cada época.

As diversas concepções, ainda que abstratas e muitas vezes divergentes, podem (devem) servir de paradigmas, a partir de seus fundamentos ideais, como modelo não apenas para a devida compreensão do fenômeno democrático, mas para análise da tensão com o Estado de Direito positivado em uma constituição, justificação do controle judicial de constitucionalidade e da interpretação das questões político-constitucionais por meio de standards de aplicação.

### **1.7 Democracia e Constituição: “Dois Corações Políticos?”**

“A democracia é uma fadiga; mas justamente porque é uma fadiga devemos sentir-nos ainda mais empenhados em salvá-la.” (Norberto Bobbio)

Existe uma evidente tensão entre a democracia (vontade do povo) e a constituição (rule of law), levando Canotilho a indagar se haveria “dois corações políticos” (CANOTILHO, 1998, p. 92).

O professor Pedro Trovão do Rosário chega a falar em “paradoxo da democracia”, pois é bastante complexa e intrincada a relação entre a democracia fundamentada na soberania popular e o constitucionalismo, que limita o poder, inclusive do povo. (ROSÁRIO, 2018, p. 21).

Com o constitucionalismo, portanto, ainda que a democracia seja normatizada e preservada, por outro lado, não deixa de ser “domesticada”, de ter o seu exercício restringido, pois a democracia, “deve ser entendida como aquela constitucionalmente positivada, daí decorre que o povo não pode tudo, pode apenas aquilo que a Constituição autoriza e, quando o faz, leva em considerações os direitos da minoria” (SILVA, 2012, p. 40).

Como já observado, essa tensão decorre da própria concepção democrática republicana (autonomia pública) e liberal (autonomia privada), sendo que uma das questões fundamentais da filosofia política é buscar a legitimidade do ordenamento jurídico, pois a fonte de legitimidade residindo na soberania popular (autonomia política) pode incorrer em um direito positivo que desrespeita os direitos individuais configuradores de autonomia, por outro lado, a legitimidade oriunda dos direitos humanos (autonomia privada) pode levar à um esvaziamento do interesse coletivo em prol de um excessivo individualismo.

As constituições, atualmente, embora advenham da soberania popular, respeitam os direitos humanos, evidenciando essa complexa relação entre facticidade (soberania popular) e a validade (direitos humanos), pois a “a validade da ordem jurídica está na legitimidade que a norma deve ter para além da sua facticidade, ou seja, para além de sua impositividade, e essa legitimidade repousa no consenso racional obtido através do debate político” (LEITE, 2008, p. 114-115).

Daí porque a própria síntese do Estado Democrático de Direito já é uma tentativa de agregar a legalidade inerente ao Estado de Direito na proteção dos direitos fundamentais com a legitimidade e transformações políticas advinda da democracia.

Assim, embora a constituição seja, de certo modo, mitigadora da democracia, sua transfiguração em Estado Democrático de Direito convida que sua análise não seja realizada de modo fechado e acabado, mas sujeito à constantes modificações, segundo as mudanças valorativas ocorridas na sociedade (AIETA, 2006, p. 192).

Como ressalta Canotilho: “O Estado constitucional é ‘mais’ do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar o poder’ (to check the power); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder.” (CANOTILHO, 1998, p. 94).

Embora contenham perspectivas diferentes, historicamente democracia e Estado de Direito caminham juntos, configurando uma “sinergia”, mas “se a imposição de limites para a

decisão das maiorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero revela-se antidemocrático, por cercear em demasia a possibilidade do povo se autogovernar” (SARMENTO *et al*, 2012, p. 39).

## 1.8 Jurisdição Constitucional

O controle judicial de constitucionalidade é uma das questões mais complexas quando se analisa sua compatibilidade com a democracia, em especial porque os juízes não são eleitos pelo povo, mas assumem a sua função normalmente por critérios técnicos.

Existe extensa e profunda discussão teórica em diversas partes do mundo, mas principalmente nos Estados Unidos, acerca da legitimidade democrática do “judicial review” e da atuação dos Tribunais Constitucionais em diversos momentos da história, utilizando uma clivagem entre constitucionalismo popular, teoria substancialista e teoria procedimentalista.

### 1.8.1 Teoria contrária ao controle jurisdicional de constitucionalidade

“Um dos sintomas mais evidentes da erosão da consciência normativa de uma sociedade democrática aparece quando se perde a esperança de que a política seja o meio principal de que uma sociedade dispõe para influir sobre si mesma através da vontade de seus cidadãos” (Jürgen Habermas)

O denominado “constitucionalismo popular” considera o controle judicial de constitucionalidade uma ofensa ao regime democrático e sustenta a “retirada da constituição dos tribunais”, defendendo a valorização do protagonismo popular e de seus representantes eleitos na tarefa de interpretar a constituição (BARROSO, 2011).

Jeremy Waldron entende que o judicial review é antidemocrático, pois em vez de conferir a interpretação e aplicação da Constituição ao cidadão ou seus representantes políticos, delega essa tarefa fundamental a um pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizados politicamente (WALDRON, 2010, p. 94).

Anota que o Parlamento inglês, na década de 1960, após ampla e democrática discussão, deliberou pela abolição da pena de morte e da descriminalização do aborto e das relações homoafetivas. Assim, as maiorias legislativas seriam capazes de debater questões morais delicadas com respeito a minorias políticas (WALDRON, 2010, p.95).

Desse modo, o controle judicial de constitucionalidade seria inaceitável, pois as escolhas políticas e morais devem ser decididas pela sociedade contemporânea, e não pelos Tribunais

Constitucionais, que se valem de discussões secundárias referentes à interpretação e jurisprudência, e não raro refletem o entendimento pessoal do magistrado.

O local próprio para a decisão das questões políticas e morais é o parlamento, com a participação direta da sociedade, através de um amplo processo legislativo, por meio de debates e votação em comissões, algumas vezes em duas casas legislativas.

Andrei Marmor (2005, p. 43) entende que as questões políticas e morais estabelecidas em um texto constitucional configuram apenas “conclusões intermediárias compartilhadas”, pois apesar desses direitos serem reconhecidos naquele momento histórico, a sociedade divide-se em seu resultado que pode ser futuramente alterado.

Assim, as posteriores discussões e deliberações acerca desses temas devem ser feitas pelo Poder Legislativo, e não pelo Poder Judiciário, primeiro porque são democráticos e, portanto, mais próximos de serem moralmente corretos, segundo, pelo fato de que as decisões judiciais transmite a ideia de uma “verdade moral eterna”, enquanto as deliberações legislativas são mais temporárias, e transmite ao grupo que não ganhou a impressão que perdeu aquela rodada, mas pode ganhar a próxima (MARMOR 2005, p. 52).

Diversamente da atuação política no debate parlamentar das questões morais e políticas, que é pública e controlada pela população (ao menos posteriormente nas próximas eleições), na decisão judicial não aparecem claramente as influências dos grupos políticos, escondidas essas preferências por interpretações e precedentes jurisprudenciais, além do fato de que a sociedade não poderá, nem posteriormente, exercer um controle eleitoral sobre o juiz (MARMOR, 2005, p.54).

#### 1.8.2 Teorias favoráveis ao controle de constitucionalidade compatíveis com a democracia

Contrariamente ao denominado “constitucionalismo popular”, existem pensamentos teóricos que legitimam democraticamente o judicial review.

Segundo o desenho político-institucional, a atuação dos Tribunais Constitucionais podem ser: a contramajoritária e representativa (BARROSO, 2017, p. 47).

De acordo com a conformidade da jurisdição constitucional com regime democrático, mas com parâmetros diferentes, são conhecidas como substancialista e procedimentalista.

A teoria substancialista sustenta que o Poder Judiciário pode adentrar ao próprio mérito do resultado do processo político, por sua vez, a teoria procedimentalista propõe uma deferência judicial à deliberação resultante do processo político, mas com atuação incisiva na correção dos pressupostos de funcionamento da democracia (SARMENTO *et al*, 2012, p. 220-222).

### *1.8.2.1 Teoria procedimentalista*

Com fundamento numa compreensão democrática discursiva na qual o consenso obtido pela sociedade e constante na constituição não reside sobre o mérito em si das escolhas políticas e morais, mas tão-somente nos pressupostos sobre as quais se assenta essa decisão, a teoria procedimentalista sustenta que não compete ao Poder Judiciário atuar como intérprete da vontade da sociedade, mas com função imprescindível de fiscalizar e corrigir o cumprimento desses pressupostos.

A legitimidade do controle judicial de constitucionalidade não residiria no formalismo em si, mas pelo fato de que essa análise procedimentalista afastaria o subjetivo do juiz em detrimento da deliberação popular.

Nessa perspectiva, destaca-se o pensamento de John Hart Ely (2010), em sua obra “Democracia e Desconfiança”, que inicia sua argumentação teórica abordando as principais correntes hermenêuticas do constitucionalismo norte-americano, a saber : i) a “interpretacionista”, segundo a qual a atuação judicial deve ser restrita à literalidade da constituição e à vontade do legislador constituinte originário; ii) a “não-interpretacionista”, que propõe uma maior liberdade da jurisdição constitucional ao não ficar presa ao texto da constituição.

Haveria uma preferência pela teoria interpretacionista, mais afeita à tradição norte-americana de interpretação e aplicação do direito pelos tribunais circunscrita aos comandos estritamente legais. Além do mais, a maior liberdade conferida ao magistrado pela teoria “não-interpretacionista”, teria inclinação elitista e contrária aos ideais democráticos, afinal, “nossa sociedade não tomou a decisão constitucional de facultar o sufrágio universal para depois dar meia volta e sobrepor às decisões populares os valores dos juristas de primeiro escalão” (ELY, 2010, p. 79).

Contudo, adverte que a existência de normas de textura aberta praticamente impede a utilização irrestrita da teoria interpretacionista, pois impõe ao juiz ir além da literalidade da norma, não sendo razoável, também, que passados mais de duzentos anos de sua promulgação, o intérprete ainda seja conformado pela vontade originária do legislador constituinte.

Observa, desse modo, que “a incompatibilidade com a teoria democrática é um problema que parece confrontar tanto os interpretacionistas quanto os adeptos do não-interpretacionismo” (ELY, 2010, p. 16).

Haveria, assim, um impasse: a hermenêutica constitucional não é capaz de se manter fiel ao texto da constituição, mas carece de uma justificação externa que seja coerente com os valores da democracia.

Na resolução dessa questão, socorreu-se da análise das decisões ativistas da Suprema Corte dos Estados Unidos durante a denominada “Corte Warren” (1953-1969), que conferiu tratamento igualitário entre filhos legítimos e ilegítimos, estendeu direitos a minorias raciais, interferiu nas qualificações legais de eleitores e na distribuição dos representantes políticos nos distritos.

Até então, prevalecia no meio acadêmico norte-americano o entendimento de que o ativismo da “Corte Warren” buscou seu fundamento nos “valores fundamentais da comunidade”. Todavia, Ely apresentou uma leitura diferente desses precedentes, compreendendo que o fundamento dessa postura ativista não estaria no direito natural, na tradição e nem um suposto consenso compartilhado por toda sociedade.

Nas suas palavras, “É certo que essas decisões foram intervencionistas, mas o intervencionismo era alimentado não por um desejo por parte da Corte de impor certos valores substantivos que considera importantes ou fundamentais, e sim pelo desejo de assegurar o processo político” (ELY, 2010, p. 98).

O fundamento externo encontrado para interpretar as normas constitucionais, resguardando o processo político, foi a nota 4 do voto do Juiz Harlan Stone, da Suprema Corte, na decisão do caso *Carolene Products Co. v. USA*, de 1938, na qual se expõe que a tarefa da Corte Constitucional é manter o regular funcionamento do regime democrático, possibilitando a abertura dos canais de comunicação e participação dos cidadãos, inclusive interferindo em questões decididas pela maioria em tensão com direitos das minorias.

Desse modo, a Corte Constitucional teria, em regra, uma postura de deferência às deliberações da Casa Legislativa, atuando como fiscal do processo político democrático, com a possibilidade de intervir ativamente somente nas situações de “desconfiança”, quando “os nossos representantes eleitos têm óbvio interesse na manutenção do status quo”, a fim de promover a abertura dos canais de participação popular (ELY, 2010, p. 117).

Também quando a decisão política afrontar pretensão das minorias, não pode o Poder Judiciário aceitar essa deliberação, pois advinda de uma maioria opressora em face de uma minoria insuficientemente representada no parlamento.

A Tribunal Constitucional desse modo funciona com “o status de sentinela contra o risco da tirania das maiorias” (BARROSO, 2017, p. 49).

Nessas circunstâncias, a atuação da Corte Constitucional promovendo a abertura dos canais democráticos e a proteção de minorias estigmatizadas não pode ser considerada antidemocrática, pois ela estaria agindo exatamente para preservar e promover a efetiva participação popular no regime democrático.

Também adotando uma perspectiva procedimentalista, embora com contornos mais abrangentes e complexos, existe a posição de Jürgen Habermas (2003), crítico do posicionamento substancialista do Tribunal Constitucional alemão o qual se vê como protetor de uma ordem suprapositiva de valores da sociedade.

Aliás, o próprio controle judicial de constitucionalidade não decorreria diretamente da adoção de uma constituição escrita, pois existem algumas democracias consolidadas que não se valem do controle de constitucionalidade.

Segundo Habermas, a atribuição do tribunal constitucional é garantir o respeito os pressupostos de gênese democrática do direito acerca da autonomia pública e privada dos cidadãos (HABERMAS, 2003).

Desse modo, a função do tribunal constitucional não é preservar direitos (teoria liberal) e nem estabelecer uma ordem de valores (teoria comunitarista) mas “zelar para que a criação do direito se realize segundo critérios procedimentais de legitimação estabelecidos pela comunidade”, bem como “resgare os direitos humanos democraticamente definidos na constituição” (LEITE, 2008, p. 117).

Portanto, se a decisão de maiorias eventuais afrontarem esses direitos fundamentais é imprescindível a atuação do controle judicial de constitucionalidade para preservar a legitimidade democrática.

Todavia, ao realizar essa atividade de guarda do processo democrático do direito, a Corte Constitucional não pode se converter em uma “instância autoritária”, como uma “guardiã dos valores suprapositivos da comunidade”, porque, nessa situação, estaria assumindo um papel de “tutor” de uma sociedade “menor de idade” (HABERMAS, 1997, p. 327).

Depreende-se que, com perspectivas próprias, embora Ely e Habermas sustentem uma concepção procedimentalista, com deferência à deliberação advinda do parlamento, defendem um controle judicial forte dos pressupostos por meio do qual essa deliberação democrática ocorre.

#### *1.8.2.2 Teoria substancialista*

A teoria substancialista argumenta que o Poder Judiciário pode adentrar ao próprio mérito do resultado do processo político, reanalisando as escolhas realizadas pelos representantes do povo.

Os liberais concordam com o controle judicial de constitucionalidade como um meio fundamental de resguardar os direitos fundamentais em face da maioria. Um dos mais importantes expoentes da teoria substancialista, Ronald Dworkin, compreende que a

legitimidade da democracia não reside em um simples critério matemático da vontade da maioria (concepção que denomina “majoritarista”), ao assentar que sua legitimidade repousa em tratar todos os cidadãos com dignidade, com igual respeito e consideração (concepção denominada “coparticipativa”) (DWORKIN, 2014, p. 32-33).

Argumenta que a concepção democrática majoritarista, que fundamentaria a teoria procedimentalista, embora aceite a jurisdição constitucional, a vê com desconfiança, como uma anomalia na ordem democrática, pois a vê com a função restrita de afastar decisões legislativas que impeçam ou dificultem extremamente a deliberação política do cidadão, mas, sem corroborar que juízes não eleitos decidam questões substanciais controversas em detrimento dos representantes do povo (DWORKIN, 2014, p. 588).

A legitimidade política, para Dworkin, não residiria apenas da origem popular direta ou pelas eleições (pois nesse aspecto o nazismo e o facismo seriam consideradas experiências democráticas) mas, também, das suas realizações e objetivos em tratar os cidadãos com igual respeito e consideração. Assim, o papel do Poder Judiciário em um regime democrático é de ser uma das instituições responsáveis (não a única) em aperfeiçoar a legitimidade das decisões políticas (DWORKIN, 2014, p. 41 ou 588-589).

Uma das clivagens mais importantes na teoria jurídica de Dworkin é aquela que diferencia os princípios (“principles”) das diretrizes políticas (“policies”). Os princípios são direitos fundamentais, conformam condutas normativas; as diretrizes políticas são metas coletivas, vantagens para toda a sociedade (DWORKIN, 2002).

Os princípios não podem ser desprestigiados para favorecer diretrizes políticas relativas ao interesse coletivo. Desse modo, os princípios valeriam como “trunfos contra a maioria”, impedindo a utilização de argumentos de diretrizes políticas, de “razão do Estado” ou qualquer outro interesse coletivo contra os direitos fundamentais (DWORKIN, 2002).

Como os membros do Poder Legislativo foram eleitos pela maioria dos cidadãos, e concorrerão posteriormente em novas eleições, na qual prestarão contas aos seus eleitores, tendem, em uma discussão política, acompanhar a vontade da maioria (“fórum de política”). Por essa razão, não seria o parlamento o local inclinado a resguardar questões de princípios (DWORKIN, 2002).

Diversamente, por não se encontrar atrelado a compromissos majoritários, o Poder Judiciário seria o local para melhor analisar questões de princípios (“fórum de princípios”) que, independentemente da vontade da maioria, necessitam de uma defesa argumentativa. (DWORKIN, 2002).

Embora a representação signifique, em um primeiro momento, uma “representação formal”, pela qual ocorre a “autorização dada pelo povo a um órgão soberano,

institucionalmente legitimado pela Constituição (criado pelo poder constituinte e inscrito na lei fundamental) para agir autonomamente em nome do povo e para o povo”, no regime democrático é necessário também uma “representação democrática material”, na qual a sua legitimidade decorre do “conteúdo dos seus actos” (CANOTILHO, 1998, p. 282-283).

John Rawls também descreve os Tribunais Constitucionais como instituições deliberativas que utilizam a razão pública e que favorecem decisões contramajoritárias em relação ao parlamento, pois enquanto os cidadãos e os legisladores votam sem a necessidade de justificar suas escolhas, aos Tribunais Constitucionais é exigida a fundamentação no momento da votação (RAWLS, 2011).

O Tribunal Constitucional, portando, teria a finalidade de resguardar a deliberação do povo estabelecida na constituição através dos direitos fundamentais como representativos de um mínimo ético de determinada comunidade política em face de ameaças majoritárias ocasionais.

A fundamentalidade dos direitos humanos reside exatamente na ideia de que eles não estão à disposição da maioria parlamentar, mas são “expressão de prioridade ou superioridade contra a legislação parlamentar” (ALEXY, 2005, p. 577).

O controle de constitucionalidade serviria como local de análise e ponderação das decisões políticas majoritárias, evitando uma ditadura da maioria. Desse modo, a alegada objeção democrática do judicial review funcionaria na verdade como uma reforçada justificativa, pois ele seria um *player* fora das discussões políticas ordinárias e não estando submetido ao crivo constante do cidadão estaria mais preparado para defender os direitos fundamentais (SAMPAIO, 2002, p. 97).

A legitimidade da representação do Tribunal Constitucional é diferente daquela realizada pelo parlamento, como aponta Alexy: “A proposição fundamental ‘todo poder provém do povo’ exige conceber não só o parlamento como, ainda, o tribunal constitucional como representante do povo. A representação ocorre, certamente, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente” (ALEXY, 2007, p. 53-54, apud SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p.34-35).

A representação do povo, dar-se-ia tanto de forma volitiva/decisionista, expressa na vontade do povo direta ou por meio das eleições, como da forma argumentativa/racional realizada eventualmente pelo parlamento, mas, principalmente, pelo Poder Judiciário no controle de constitucionalidade, no exercício, portanto, de uma democracia deliberativa sustentada na fundamentação argumentativa da tomada de decisão (ALEXY, p. 99-100).

Em cenários que se vislumbra deficiências no sistema político-partidário de representação popular, bem como de desrespeito aos comandos normativos constitucionais, o

Poder Judiciário atuaria ainda como melhor intérprete argumentativo do anseio popular alicerçado na constituição.

Bem ressalta Luís Roberto Barroso que não raro os órgãos legislativos não refletem o anseio popular, sendo que, nessas circunstâncias, não há que se falar que a atuação do Tribunal Constitucional seja “contramajoritária”, mas sim “contrarrepresentativa” (BARROSO, 2017, p. 58).

Adverte Dworkin (2014, p. 136) que, nos dias atuais, o exercício de significativa parcela de poder em países democráticos sem decorrência direta da escolha popular não é exclusividade dos juízes, pois vários agentes não eleitos exercem, individual ou coletivamente, importantes atribuições com reflexos para toda sociedade, como o Presidente do Banco Central, o Ministro da Defesa e o Conselho de Segurança Nacional.

Em uma de suas últimas análises acerca do *judicial review*, inclusive sob o pálio de uma Suprema Corte com viés mais conservador, Dworkin (2014) argumenta que tal como ocorre nas deliberações de agentes políticos escolhidos pelo povo, o controle judicial de constitucionalidade também pode cometer erros (como, por exemplo, na “Era Lockner”), mas que a história demonstrou que seu constante exercício aperfeiçoou a legitimidade política, especialmente em países cuja maioria normalmente desrespeitam direitos fundamentais.

Desse modo, ainda que não sejam dependentes, a democracia e o controle de constitucionalidade normalmente estão de braços dados, e de tal forma que, atualmente, a jurisdição constitucional vem sendo considerado, por muitos, como elemento inerente ao próprio Estado Democrático de Direito, numa confluência entre a democracia representativa (votos) e a deliberativa (argumentos) (MOREIRA, 2001, p. 177).

Nada obstante, ainda que os Tribunais Constitucionais vêm se transformando numa espécie de “guardião das promessas humanistas e civilizatórias dos textos constitucionais”, por certo, possuem limites e não podem ter a pretensão de serem os oráculos na sociedade, sob pena de solapar o princípio democrático (GARAPON, 1998, p. 24).

## **1.9 A Democracia e o Controle de Constitucionalidade no Brasil e em Portugal**

### **1.9.1 Controle de constitucionalidade difuso e concentrado**

Apesar de não se encontrar explícito na Constituição dos Estados Unidos, o controle judicial de constitucionalidade das leis inicia-se na famosa decisão da Suprema Corte, *Marbury v. Madison*, de 1803.

O sistema norte-americano é denominado de sistema difuso, pois o “poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência” (CAPPELLETTI, 1984, p. 67).

Nesse modelo, qualquer das partes de um litígio pode suscitar, como incidente da demanda principal, a inconstitucionalidade da norma aplicada à demanda, que será decidida pelo juiz da causa. Os efeitos da decisão judicial no sistema difuso são conferidos “inter partes”, limitando-se ao caso concreto. Sem embargo, por força do denominado “stare decisis”, o efeito “inter partes” produz consequências vinculantes às demais partes não envolvidas no caso.

Contudo, à exceção de Portugal que em 1911, sob a influência do Brasil, adotou o sistema difuso norte-americano, adotou-se na Europa um sistema de controle de constitucionalidade com características diferentes daquela seguida pelo sistema norte-americano desde o século XIX.

O sistema concentrado de controle de constitucionalidade utilizado pelos países europeus foi concebido por Hans Kelsen e surgiu primeiramente pela Constituição da Áustria de 1920.

Sem embargo, até 1970 apenas existiam três tribunais constitucionais na Europa (Áustria, Itália e Alemanha), quando ocorre de fato uma expansão que faz com que existam atualmente na Europa aproximadamente 30 tribunais constitucionais.

Nesse modelo concentrado de constitucionalidade, diversamente da característica norte-americana de capilarização em todos os órgãos judiciais, com recurso para Suprema Corte, o poder de controle de constitucionalidade é exclusivo, concentrado, no Tribunal Constitucional. O manejo dessa ação direta é restrito a alguns legitimados cuja apreciação no Tribunal Constitucional é objetiva, sem vinculação a um caso concreto de direito subjetivo individual lesado.

Os efeitos da decisão do Tribunal Constitucional no sistema abstrato têm caráter “erga omnes” e vinculante, “em outras palavras, uma vez sobrevindo o pronunciamento de inconstitucionalidade, torna-se ineficaz para todos, do mesmo modo como se tivesse sido abrogada por uma lei posterior” (CAPPELLETTI, 1984, p. 118).

### 1.9.2 Democracia e controle judicial de constitucionalidade no Brasil

Como o seu conteúdo específico é determinado pelo próprio texto constitucional, há que se reconhecer o princípio democrático como “norma jurídica constitucionalmente positivada” (CANOTILHO, 1988, p. 277).

A Constituição Federal do Brasil de 1988, símbolo da redemocratização brasileira após o regime de exceção militar, já estipula, no caput do seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil se configura em um Estado Democrático de Direito, sendo explícito no parágrafo único que “todo poder emana do povo” sendo exercido “por meio de representantes eleitos” (democracia representativa) ou “diretamente” (democracia participativa).

No desenho constitucional democrático brasileiro sobrepõe o sistema representativo, com a garantia do sufrágio universal exercido pelo voto direto (art. 14, caput) e com mandatos temporários para os chefes do Poder Executivo e membros do Poder Legislativo (art. 2º). Assegura o pluralismo político (art. 1º, V), do qual decorre o pluripartidarismo, fundamental na democracia representativa brasileira, inclusive com os partidos políticos possuindo qualificada proteção no rol dos direitos fundamentais (art. 17).

Por sua vez, a democracia participativa, em relação anterior ou posterior com a democracia representativa, estabelece, para a criação de normas, no art. 14, o plebiscito, referendo e a lei de iniciativa popular.

Ademais, diversas regras espalhadas no texto constitucional consagram a democracia participativa propriamente dita, como o direito de petição do cidadão aos órgãos públicos (art. 5º, XXXIII), a participação de trabalhadores nos colegiados dos órgãos públicos de interesse profissional ou previdenciário (art. 10) e perante os empregadores (art. 11), na gestão democrática do ensino público (art. 206, VI), da saúde (art. 198, III) e da seguridade social (art. 194, parágrafo único, VII), e na possibilidade de propositura da ação popular (art. 5º, LXXII) e da ação civil pública (art. 129, III).

Diversamente dos Estados Unidos, no Brasil, desde a Constituição Republicana de 1891, já era explícito o controle de constitucionalidade concreto de sistema difuso.

Em 1965, por meio da Emenda Constitucional n. 16, o Brasil passou a adotar também o controle abstrato de constitucionalidade de sistema concentrado de competência do Supremo Tribunal Federal, com a criação da representação de inconstitucionalidade, fazendo com que fosse adotado uma espécie de controle misto de constitucionalidade, no qual se convivem plenamente o controle concreto com o abstrato, situação essa que permanece expressamente na Constituição Federal de 1988.

De fato, a atual Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXV, estabelece o “*judicial review*” ou princípio da inafastabilidade da jurisdição, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Assim, a todo magistrado lotado em qualquer rincão do país é conferida a possibilidade, em decisão incidental de uma ação proposta perante sua jurisdição, de afastar a aplicação, no caso concreto, de qualquer lei municipal, estadual ou federal que afrontar o texto constitucional.

O controle de constitucionalidade concreto de sistema difuso também é conferido no Brasil a todos os tribunais, tanto na sua competência originária, como na sua competência recursal, inclusive ao Supremo Tribunal Federal, quando a CF/88, em seu art. 102, III, “a”, estabelece a competência do STF para julgar, “mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo desta Constituição”.

Decidindo incidentalmente em um caso específico *sub judice*, a decisão judicial proferida no controle concreto possui efeito “*inter partes*”, ou seja, apenas faz coisa julgada para as partes, não se estendendo a terceiros que não participam da demanda.

Nada obstante, desde a Constituição Federal de 1934, foi criado um procedimento de participação do Senado Federal no controle concreto, possibilitando a concessão de efeito “*erga omnes*” às decisões do STF nessa espécie de controle quando declarasse inconstitucional uma norma federal, estadual ou municipal (atual redação do art. 52, X, da CF/88).

Com a Emenda Constitucional n. 45/2004, foi estabelecida a Súmula Vinculante às decisões do STF em controle concreto.

Senão vejamos a redação do art. 102, parágrafo 1º, da CF/88: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei” (BRASIL, 1988).

Desse modo, o controle difuso, ao menos quanto aos efeitos, passa a ter contornos de controle abstrato, valendo-se mais da defesa objetiva da constituição que proteção de direito subjetivo lesado.

Em razão da decisão de inconstitucionalidade ser conferida em um caso concreto, o efeito da decisão é “*ex tunc*”, de caráter retroativo. Todavia, desde o precedente denominado “Caso Mira Estrela” (STF, RE 197.917/SP, rel. Min. Maurício Correia), em 2002, quando o STF concedeu eficácia para o futuro ao reduzir o número de vereadores desse município

paulista de 11 para 9, a Suprema Corte passou, em determinados casos, principalmente advindo de Súmula Vinculante, a modular, tal qual no controle abstrato, os efeitos da sua decisão também no controle concreto.

Por sua vez, o controle abstrato de efeito concentrado é expressamente estabelecido na CF/88 em seu art. 102, I, “a”, ao determinar exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal a competência para “processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.”

O quadro de atribuição do Supremo Tribunal Federal para atuação no controle abstrato é ampliado com ação direta de inconstitucionalidade por omissão, estabelecida no art. 103, parágrafo 2º, da CF/88, e pela arguição de descumprimento de preceito fundamental, disciplinada pelo art. 102, parágrafo 1º, da CF/88.

Embora o controle concentrado de efeito abstrato tenha sido introduzido no Brasil a partir de 1965, o STF ainda mantinha o mau vizo do controle concreto de efeito difuso, pois, ao julgar procedente a representação de inconstitucionalidade e declarar a norma inconstitucional, informava ao Senado Federal, que decidia definitivamente sobre a definitiva suspensão da lei.

Apenas após 1977, o STF passou a entender que, ao contrário do controle difuso, o controle abstrato era dotado de eficácia *erga omnes*, que não necessitava da intervenção do Senado Federal e independia de lei expressa, pois da natureza do processo objetivo.

O Supremo Tribunal Federal sempre adotou, no controle abstrato, a teoria da nulidade de influência norte-americana, própria do controle concreto, pela qual uma norma declarada constitucional é nula de pleno direito (efeito “*ex tunc*”), no entanto, em alguns julgados, ponderando a situação do caso em análise, proferiu decisões atribuindo eficácia de nulidade relativa ou anulabilidade (efeito “*ex nunc*”), ou seja, preservando as situações inconstitucionais anteriores mas vedando sua permanência após a decisão judicial.

Finalmente, com a edição da Lei nº 9.868/99, foi estabelecido, no seu artigo 27, expressamente a possibilidade da “modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade”, pois, além do tradicional efeito “*ex tunc*”, foi conferido ao STF a possibilidade de conferir eficácia “*ex nunc*” ou mesmo “diferida” a qualquer outro momento.

Um dos debates interessantes é se o Supremo Tribunal Federal seria ou não um Tribunal Constitucional. De acordo com Sander (2008, p. 75), como o STF é um órgão jurisdicional pertencente ao Poder Judiciário ele não seria um Tribunal Constitucional segundo a concepção kelseniana.

Ainda que tenha um desenho particular, incluindo diversas competências ordinárias, é inegável que o Supremo Tribunal Federal também é um Tribunal Constitucional, sendo

guardião da Constituição Federal não apenas no controle concentrado mas também no controle difuso.

### 1.9.3 A democracia e o controle judicial de constitucionalidade em Portugal

A Constituição Portuguesa de 1976 representa o marco normativo de supressão do regime ditatorial até então existente e consagra, logo em seu artigo 1º, que Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular.

Em seu artigo 2º, dispõe que a República Portuguesa configura-se em um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, visando o aprofundamento da democracia participativa.

O exercício da soberania popular ocorre por meio do sufrágio universal, do referendo e de demais formas previstas na Constituição, sendo que os partidos políticos concorrem para essa organização da vontade popular (art. 10º da CRP).

A participação na vida política é um dever de todos os cidadãos, quer diretamente, por meio de seus representantes eleitos e por meio “semi-direto” como referendo, plebiscito e iniciativa popular (art. 48º e 115º da CRP).

“Entre o conceito de democracia reduzida a um processo de representação e o conceito de democracia reduzida a um processo de representação e o conceito de democracia como otimização de participação, a Lei Fundamental ‘apostou’ num conceito ‘complexo-normativo’, traduzido numa relação dialética (mas também integradora) dos dois elementos – representativo e participativo” (CANOTILHO, 1998, p. 278-279).

É mais que evidente a aproximação do constitucionalismo português e brasileiro. A Constituição de Portugal de 1826 foi inspirada na Constituição Imperial do Brasil de 1824, da mesma forma, a Constituição de Portugal de 1911 teve como influxo a Constituição Republicana do Brasil de 1889, embora, desde então, Portugal, diferentemente do Brasil, passou a adotar o Estado Unitário e o Semi-Presidencialismo.

O reverso também ocorreu, a Constituição do Brasil de 1934 tem inspiração na Constituição de Portugal de 1933, quando esta passou a conter um título específico em seu texto da Ordem Econômica e Social. A Constituição do Brasil de 1988 tem forte influência da Constituição de Portugal de 1976, ambas originadas da supressão de regimes de exceção.

As Constituições de Portugal e do Brasil consagram institutos da democracia liberal (direito de liberdade e de propriedade) como também da democracia republicana ao conceber o voto para além de um direito subjetivo público um dever cívico ao torná-lo obrigatório, bem como prestigiar a democracia participativa.

Acerca do controle de constitucionalidade português, as Constituições Monárquicas de 1822, 1826 e 1838, sob forte influência da matriz francesa, estabeleceu a fiscalização de constitucionalidade portuguesa exclusivamente política, realizada pelas Cortes, sem qualquer apreciação pelos tribunais.

Sob influência da Constituição Brasileira Republicana de 1891, a Constituição da República Portuguesa de 1911 foi a primeira constituição da Europa a estabelecer o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, disciplinando, em seu artigo 63º, o sistema difuso de vertente norte-americana (MIRANDA, 2004, p. 135).

A revisão à Constituição de 1933, realizada em 1971, manteve o controle judicial difuso, agora ampliando a todos os tribunais e não apenas os tribunais ordinários, bem como possibilitou o controle de constitucionalidade concentrado de constitucionalidade político sujeito à Assembleia Nacional.

Após a Revolução dos Cravos de 1974, foram aprovadas várias leis constitucionais provisórias, sendo que, ao lado do controle de constitucionalidade judicial difuso, um controle concentrado político, inicialmente, conferido ao Conselho de Estado (art. 13º/3 da L 3/74) e, posteriormente, ao Conselho da Revolução (L 5/75).

A Constituição de 1976 manteve o controle judicial de fiscalização difusa (art. 207º), no entanto, estabeleceu uma fiscalização concentrada na Comissão Constitucional (“prefigura um Tribunal Constitucional”) e uma fiscalização política sujeita ao Conselho da Revolução (MIRANDA, 2005, p. 134).

A fiscalização preventiva abstrata de leis, de tradição francesa, e a possibilidade da fiscalização da omissão inconstitucional são duas novidades ao controle judicial de constitucionalidade português decorrentes da Constituição de 1976.

Com a revisão de 1982 consolidou-se o sistema de controle de constitucionalidade português, com a criação do Tribunal Constitucional, órgão tipicamente jurisdicional cujas competências principais são: “(1) órgão de controlo, a título principal, das questões de constitucionalidade (e de alguns casos de ilegalidade) (...) (2) órgão jurisdicional para, em via de recurso, apreciar as questões de inconstitucionalidade decididas, a título incidental, pelos tribunais nos feitos submetidos a julgamento” (CANOTILHO, 1998, p. 808).

Desse modo, ao lado do controle difuso de efeito concreto, atribuída a todos os tribunais, quer por arguição das partes ou do ministério público, quer de ofício, para julgarem questões incidentais de inconstitucionalidade de normas submetidas a um caso concreto (arts. 204º e 277º), existe o controle concentrado e abstrato dos atos normativos sujeito ao Tribunal Constitucional, que pode ser preventivo, antes da norma entrar em vigor (arts. 278º e 279º), ou sucessivo, depois que a norma se encontra vigente (arts. 280º e 281º).

A Constituição da República de Portugal, quanto aos efeitos do controle de constitucionalidade, segue, em regra, a orientação tradicional de nulidade absoluta, contudo, como ressalta Gomes Canotilho, “a sanção da nulidade (...) pode revelar-se uma sanção pouco adequada para certas situações que, embora imperfeitas sob o ponto de vista constitucional, exigem um tratamento diferenciado, não necessariamente reconduzível ao regime da nulidade absoluta.” (CANOTILHO, 1998, p. 842).

Desse modo, são desenvolvidas técnicas para “situações constitucionais imperfeitas” que demandam construções complexas pela doutrina e jurisprudência, tais quais: a) declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto; b) situação ainda constitucional mas a tender pela inconstitucionalidade; c) interpretação conforme à constituição; d) declaração de nulidade parcial com redução de texto (CANOTILHO, 1998, p. 842).

## CAPÍTULO 2 - CONTROLE JURISDICIONAL ELEITORAL EM PORTUGAL E NO BRASIL

“Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral, o processo político se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-lo” (Mark Graber)

### 2.1 A governança eleitoral e os sistemas de controle eleitoral

Sob o primado de um Estado Democrático de Direito, o exercício do poder político decorre da soberania popular que se concretiza por meio de eleições livres e periódicas para escolha dos seus representantes.

Como expõe Jorge Miranda, “em uma democracia representativa – a qual implica Estado de Direito – o modo por excelência de povo exercer o poder é a eleição” (MIRANDA, 2018, p. 13).

A governança eleitoral (“electoral governance”), como garante da higidez do sistema eleitoral, é denominada, de maneira genérica pela Ciência Política, como “um abrangente número de atividades que cria e mantém o vasto arcabouço institucional no qual se realizam o voto e a competição eleitoral” (MOZAFFAR *et al*, 2002, p. 7).

A investigação teórica da governança eleitoral é bem recente, tendo havido mais destaque com a denominada terceira onda democrática, que se iniciou após a Revolução do Cravos de 1974, em Portugal, irradiando-se em vários países europeus, africanos e latino-americanos. Nos Estados Unidos, em particular, teve maior relevância após as eleições presidenciais do ano 2000, cujo resultado foi definido por decisão da Suprema Corte Norte-Americana (MARCHETTI, 2008, p. 866).

A governança eleitoral desdobra-se em três aspectos, a saber: i) criação das normas eleitorais (“rule making”); ii) aplicação das normas eleitorais (“rule application”); iii) julgamento dos litígios sobre interpretação/aplicação das normas eleitorais (“rule adjudication”).

Electoral Management Board (EMB), segundo o International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), é expressão que designa os órgãos responsáveis especificamente por cada uma dessas funções da governança eleitoral (rule making, application e adjudication), contudo, será utilizada na presente tese, de maneira simplificada, a nomenclatura “Órgão Eleitoral” (OE), designada por Marchetti (2008, p. 867).

A criação das normas eleitorais (“rule making”) consiste em estabelecer o microssistema normativo específico eleitoral, formado por princípios e regras, constitucionais e infraconstitucionais, que disciplinam a aquisição, o exercício e a perda dos direitos políticos de votar e ser votado.

À parte às normas materiais, esse microssistema eleitoral também regula o processo, com suas formas e procedimentos, pelo qual os cidadãos elegem os seus representantes políticos, disciplinando previamente a competição dos candidatos e partidos pela conquista dos mandatos eletivos.

Assim, pelo “rule making” será estabelecido, entre outros, o sistema eleitoral (majoritário ou proporcional), a delimitação dos distritos eleitorais, a idade mínima para votação, a obrigatoriedade ou não do voto, o financiamento das campanhas eleitorais, os requisitos para ser candidato, a possibilidade de reeleição, as vedações para ser candidato (inelegibilidades), a obrigatoriedade ou não do candidato ser filiado a partido político, a propaganda eleitoral, a forma de votação e apuração dos votos, a definição de qual órgão será responsável pela administração das eleições e pelo julgamento do contencioso eleitoral.

Em geral, o Órgão Eleitoral (OE) responsável pelo “rule making” é povo por meio do Poder Constituinte que consolida no texto constitucionais as normas eleitorais fundamentais, bem como o Poder Legislativo ao criar o Código Eleitoral e as diversas legislações eleitorais infraconstitucionais.

A administração das eleições (“rule application”) é a função de gerenciar e executar as normas estabelecidas e configura, de maneira geral, a tarefa de preparar, realizar e apurar as eleições. Consiste, de maneira exemplificada, na inscrição dos eleitores, distribuição dos seus locais de votação, organização das pessoas que trabalharão nas eleições, confecção e distribuição das urnas de votação, registros dos partidos políticos e das candidaturas, organização e fiscalização administrativa da propaganda eleitoral, realização de campanhas educativas e apuração das eleições.

O controlo eleitoral (“rule adjudication”) é o julgamento dos litígios que existirem a partir da divergência da interpretação/aplicação das normas eleitorais entre os *players* do jogo eleitoral, ou seja, é o contencioso eleitoral que “se consubstancia na faculdade de rever os actos praticados nos processos eleitorais” (BARROS, 1998, p. 23).

Indissociável da ideia de processo eleitoral decorre o modo de fiscalização e controle desse devido processo legal eleitoral, pois “hoje em dia, não é possível conceber eleições democráticas sem a existência de instrumentos de controle da regularidade dos procedimentos e autenticidade das decisões dos eleitores” (MUÑOZ, 2015, p. 18).

O modelo de governança eleitoral, segundo a posição institucional do órgão eleitoral (OE), poderá ser governamental, independente, duplamente independente e misto.

O órgão eleitoral será governamental quando, vinculado ao Poder Executivo, desempenhar cumulativamente a função administrativa e de contencioso eleitoral. Normalmente a vinculação do órgão eleitoral ao Poder Executivo será por meio do Ministério da Justiça ou do Interior, como ocorre no Reino Unido e na Itália.

Por sua vez, será independente o órgão eleitoral quando, não vinculado ao Poder Executivo, desempenhar cumulativamente a função administrativa e de contencioso eleitoral, como acontece no Canadá, Israel e na maioria dos países latino-americanos, como o Brasil.

Existem também países, como Portugal, Romênia, Peru e México, nos quais as funções de administrar o processo eleitoral e julgar o contencioso eleitoral são designados para órgãos distintos, com atribuições específicas, e ambos são independentes, sem qualquer vinculação com o Poder Executivo, portanto, é um modelo de governança eleitoral duplamente independente. No México, por exemplo, a função de administrar as eleições é do Instituto Federal Eleitoral – IFE, sem nenhuma vinculação com o Poder Executivo, e o controlo eleitoral de todo país é realizado pelo Tribunal Eleitoral do Poder Judiciário.

Por fim, o modelo de governança eleitoral será misto, quando um órgão eleitoral, vinculado ao Poder Executivo, tem a atribuição de administrar as eleições, e outro órgão, independente, tem a competência de julgar os conflitos eleitorais, como acontece na Argentina, Espanha e França. Na Argentina, por exemplo, a “rule application” é da atribuição do Diretório Nacional Eleitoral – DNE, vinculado ao Ministério do Interior, e o contencioso eleitoral é realizado por um órgão independente, a Câmara Nacional Eleitoral – CNE.

No modelo de governança eleitoral tradicional, a atividade da administração das eleições era vinculada ao Poder Executivo, contudo, nos últimos anos, diversos países estão promovendo reformas para garantir órgãos eleitorais independentes e para cuja composição não haja participação dos partidos políticos (MARCETTI, 2008, p. 873).

De igual modo ressalta Sadek (1995, p. 14): “esses organismos só conseguem garantir um mínimo de confiabilidade aos resultados eleitorais quando possuem autonomia frente aos conflitos partidários”.

Quanto ao contencioso eleitoral (“rule adjudication”), “importa, desde logo, determinar quais são os órgãos competentes para fazer a última apreciação da validade ou para rever em última instância os resultados eleitorais” (BARROS, 1998, p. 23).

Os sistemas de controlo do processo eleitoral, de maneira geral, podem ser : a) sistema interno, autocontrolo ou controlo político, também denominado de “verificação dos poderes”, que fica a cargo do Poder Legislativo; b) sistema de controlo externo, normalmente atribuída ao

Poder Judiciário (controle jurisdicional), ou a outro órgão autônomo e independente aos Poderes Executivo e Legislativo; c) sistema de controle misto ou eclético, que possui características dúplices do controle interno e externo.

O sistema de controle interno surgiu na França, durante o regime monárquico, em 1558, nos Estado Gerais, consagrando a expressão “*vérification des pouvoirs*” em 1789, por meio do qual “cada Câmara é o único juiz da elegibilidade e da regularidade da eleição de seus próprios membros” (RIBEIRO, 2000, p. 151-152).

Em 1604, no Reino Unido, também foi atribuída à Câmara dos Comuns a prerrogativa de exercer o controle das eleições de seus parlamentares. Nos Estados Unidos, a própria Constituição de 1787 já estabelecia, em seu art. 1º, seção V, n. 1, que “Cada uma das Câmaras será juiz da eleição, votação e qualificação de seus próprios membros”, preceito este que continua em vigência até hoje.

É importante apontar que a consagração do sistema de autocontrole pelas Constituições entre os séculos XVII e XVIII demonstrou um avanço e uma conquista democrática relevante, com fundamento na tripartição dos poderes, pois consolidou a “afirmação da independência do parlamento em face do poder absoluto do monarca” (BARROS, 1998, p. 36).

Embora o sistema de controle interno tenha perdido prestígio após o final do século XIX, continua sendo aplicado, com algumas especificidades, nos Estados Unidos, Bélgica, Dinamarca, Finlândia, Suíça, Holanda, Noruega, México e Itália (BARROS, 1998, p. 38).

A esse respeito, por exemplo, a Constituição da Itália de 1948 estabelece, em seu art. 66: “Cada Câmara julga os títulos de admissão de seus componentes e as causas supervenientes de inelegibilidade e de incompatibilidade”.

Ao final do século XIX e ao longo do século XX, dois fatores convergiram para o desprestígio do controle interno, a saber: a) a compreensão de que o monopólio do controle pelo parlamento incorria em abusos e desvios; b) a consciência de que a magistratura ordinária seria mais apta para solucionar as controvérsias advindas das disputas eleitorais.

Conquanto o controle interno tenha sido inicialmente um avanço contra o poder do monarca, o longo do tempo mostrou-se também inapropriado em razão dos abusos cometidos pelos parlamentares no exercício do controle eleitoral acerca das irregularidades praticadas por eles próprios.

Vale dizer, e a experiência histórica tem demonstrado, ninguém é bom juiz dos seus próprios atos. Exercendo o autocontrole das casas legislativas, os próprios parlamentares que incorreram em desvios durante o processo de disputa eleitoral convergem para não acolher as demandas de irregularidades apontadas nas eleições.

Como explica Maria Elisa Ribeiro Amado, “como podem os Deputados eleitos julgar a invalidade de suas eleições, de forma imparcial? O que fazem é garantir a própria legitimidade, em detrimento do apuramento da verdade (...). Nunca a verificação da validade de umas eleições pode ser imparcial quando entregue aos interessados na legitimação. Tal poder, deve ser entregue a órgãos imparciais, máxime ao poder jurisdicional” (AMADO, 1994, p. 16).

Desse modo, a solução que se mostrava mais apropriada era conferir o controlo do processo eleitoral ao Poder Judiciário, pois diferentemente dos demais poderes, não se encontrava diretamente influenciado na disputa política e poderia exercê-lo com maior imparcialidade, mediante um processo judicial sujeito ao contraditório e à ampla defesa.

O controlo externo, por meio do Poder Judiciário, iniciou-se no Reino Unido, com a edição do Parliamentary Election Act de 1868, segundo qual as eleições contestadas seriam submetidas à decisão dos juízes comuns. Depois, foi implementado pelo Canadá, e em seguida pela Hungria, ambos em 1874.

Atualmente, o controlo externo é o meio de fiscalização que mais vem sendo utilizado pelos países democráticos, inerente ao próprio “avanço na construção e consolidação de Estados Democráticos de Direito” (TOVAR, 2022, p. 71).

Desse modo, inclusive tem se falado em uma das características de um Direito Eleitoral comum ou transaccional, como, por exemplo, na recomendação do controle eleitoral judicial como o sistema mais adequado para assegurar eleições livres e justas pelo Conselho Interparlamentar da União Europeia Interparlamentar, conforme a Declaração sobre os Critérios para Eleições Livres e Regulares, de 26.03.1994.

Aponta Aragón (2006, p. 178-179): “la primacia del sistema representativo, la neutralidad de las oportunidades de los candidatos, la universalidad, igualdad, libertad y secreto del sufragio y, en fin, la judicialización del sistema de controles y verificación de la regularidad de la elección”.

Embora o controlo eleitoral externo seja hodiernamente o mais empregado, cada país adota procedimentos com características próprias e diferentes, atribuindo essa função à justiça ordinária, à justiça especializada, à justiça administrativa ou aos tribunais constitucionais.

Nada obstante se encontrar regulada na constituição ou demais normas jurídicas, a jurisdição eleitoral, por manejar valores tão caros para a sociedade alusivos à autonomia pública dos cidadãos, necessitam de uma legitimidade qualificada.

De fato, para além da perspectiva democrática deliberativa ideal, existe uma dimensão real pelas quais normas e instituições autoritativas resolvam de maneira fundamentada litígios no processo político-eleitoral.

A legitimidade democrática da justiça eleitoral residiria, portanto, tal qual a formulação alexyana, numa representação argumentativa do povo, em uma “garantia do projeto democrático deliberativo, desenvolvido por meio de uma representação argumentativa”. (TOVAR, 2022, p. 71).

Por conseguinte, é imprescindível que na motivação das decisões os juízes eleitorais não sejam influenciados pelos “fatores reais de poder” e nem por suas preferências ideológicas e políticas, inclusive porque os destinatários dessa argumentação jurídica “não são unicamente as partes interessadas” mas “a sociedade política em sua totalidade” (TOVAR, 2022, p. 73-74).

Existe, por fim, o sistema de controlo eleitoral eclético ou misto ocorre uma conjunção entre os controlos internos e externos, fazendo com que a decisão acerca do processo eleitoral não seja exclusivamente política e nem jurisdicional.

Surge com a instituição do Tribunal de Verificação junto à Assembleia Nacional alemã na Constituição de Weimar, de 1919, sendo que a atual Constituição alemã manteve esse sistema eleitoral eclético, como se depreende da leitura do seu artigo 41, ao conferir ao Congresso o poder de verificação dos mandatos de seus próprios membros, mas admitindo um recurso para o Tribunal Constitucional Federal.

Ainda que o controlo externo eleitoral exercido pelo Poder Judiciário também não seja isento de críticas e sujeito, de certa forma, também a interferências políticas, como a forma de indicação dos juízes eleitorais e a dependência orçamentária, dentre os meios de fiscalização existentes, é aquele mais imparcial e transparente a garantir o respeito ao regime democrático por meio de um devido processo eleitoral.

## **2.2 A governança e o controle eleitoral em Portugal**

### **2.2.1 A evolução histórica do controle eleitoral em Portugal**

Não é simples fazer um esboço linear acerca do período histórico do controlo eleitoral português, pois, como adverte Jorge Miranda, são “completamente diversas, irreduzíveis e mesmo antagônicas as instituições e a prática do Direito eleitoral em cada uma dessas fases” (MIRANDA, 1995, p. 190).

A primeira Constituição portuguesa, de 23 de setembro de 1822, estabelecia o controlo interno, pois a apreciação do processo das eleições dos Deputados estava a cargo da Assembleia Primária, órgão da própria Câmara dos Deputados. O controlo interno apenas não alcançava a Câmara dos Pares, devido à sua natureza não eletiva cujos membros eram indicados pelo rei.

A Assembleia Primária era formada por cinco Deputados escolhidos pela própria Casa Legislativa, com a função de decidir verbalmente as dúvidas existentes nas eleições, salvo quando referentes à elegibilidade dos candidatos, cuja atribuição seria da Junta Preparatória, outro órgão da Câmara dos Deputados também constituído pelos seus próprios membros.

Embora as Constituições de 1826 e 1838 não disciplinassem de forma explícita o controlo eleitoral, deixando tal regulação explicitamente para o “modo prático das eleições”, seguiu-se o modo de fiscalização eleitoral estabelecido anteriormente pela Constituição de 1822.

Esse modelo de controlo interno das eleições pelo parlamento também permaneceu pelas posteriores legislações eleitorais, como o Decreto de 4 de junho de 1836, o Decreto de 8 de outubro de 1836, o Decreto Eleitoral de 5 de março de 1842, a Lei Eleitoral de 30 de setembro de 1852 e o Decreto Eleitoral de 8 de maio de 1878.

Num curto espaço de tempo, durante a vigência do Decreto de 20 de junho de 1851, vigorou uma espécie de controlo externo jurisdicional ao admitir um recurso das decisões das comissões de recenseamento para os juizes de direito. A comissão de recenseamento era o órgão responsável pela organização do colégio eleitoral, estabelecendo os elegíveis, inelegíveis e incapazes. Contudo, esse controlo atípico foi extinto no ano seguinte, com a atribuição da Câmara dos Deputados para o julgamento definitivo das questões eleitorais.

O controlo eleitoral interno, no entanto, não era capaz de afastar as irregularidades e os vícios do processo eleitoral, com reiterada prática de fraudes nas quais a vontade do Governo se sobrepunha às organizações políticas (CAETANO, 1994, p. 52).

Maria Elisa Ribeiro Amado, aliás, chega a compreender que, nesse período, não havia de fato efetivo controlo eleitoral, porque, “na verdade, ele nunca era genuíno, pois os deputados limitavam-se a ratificar a sua própria eleição” (AMADO, 1994, p. 12).

Todavia, esse quadro começa a ser alterado com a Lei de 21 de Maio de 1884, na qual foi criado o Tribunal de Verificação de Poderes, estabelecendo uma espécie de controlo eleitoral misto, pois a análise dos litígios eleitorais continuava com a Câmara dos Deputados, mas competia ao Tribunal de Verificação dos Poderes o julgamento definitivo dos recursos das eleições que tivessem sido subscritos por quinze deputados.

O Tribunal de Verificação de Poderes era composto por juizes do Supremo Tribunal de Justiça, convertendo-se em “um verdadeiro Tribunal Eleitoral, constituído especialmente para a verificação da validade dos actos eleitorais” (AMADO, 1994, p. 21).

Acrescentou-se, posteriormente, com a Lei Eleitoral de 28 de março de 1895, a competência aos juizes de Direito para julgar as reclamações sobre as operações de recenseamento.

Em 1901, por meio do Decreto de 8 de agosto, foi concedido ao Tribunal de Verificação de Poderes a competência exclusiva para julgamento definitivo de todas as questões eleitorais, “surgindo, assim, o verdadeiro sistema de controlo externo, de natureza jurisdicional” (BARROS, 1998, p. 43).

Depreende-se, portanto, que nesse período constitucional monárquico predominou, por sessenta anos, o controlo interno ou autocontrolo do processo eleitoral, durante dezesseis anos houve um controle misto e nos últimos nove anos um controle eleitoral externo jurisdicional.

Com o advento da República, o Tribunal de Verificação dos Poderes foi extinto pelo Decreto de 26 de outubro de 1910. Retornava-se, assim, ao controlo eleitoral interno, mantido pela Constituição de 1911, ao atribuir à Câmara dos Deputados a apreciação das questões relativas às eleições de seus membros.

A única eleição considerada em Portugal de natureza política era a da Câmara dos Deputados, as eleições para os demais cargos eram consideradas administrativas. Essa situação perdurou até a III República (AMADO, 1994, p. 22).

Em 3 de julho de 1913, foi elaborado o primeiro Código Eleitoral de Portugal, que adotou uma espécie de controlo eleitoral misto, pois embora no recenseamento dos eleitores a competência de controle e fiscalização era realizada por funcionários recenseadores com a colaboração de vários órgãos (juntas de paróquia, ofícios de registro e juizes de direito), eventuais reclamações eram dirigidas aos juizes de direito da comarca do círculo eleitoral, com a possibilidade de recurso, em última instância, para o Superior Tribunal de Justiça.

Nas eleições para os corpos administrativos, os protestos e reclamações eram enviados aos Tribunais Administrativos, que não faziam parte do Poder Judiciário, mas eram independentes em relação à Administração Pública.

Para Barros (1998, p. 46), como o tribunal administrativo não fazia parte do Poder Judiciário, não há que se falar ainda em controlo jurisdicional. Por sua vez, com acerto, Maria Elisa Amado entende que, embora se trate de eleições administrativas, ocorre um “verdadeiro contencioso eleitoral, enquanto tal implica a existência de um órgão jurisdicional para o julgamento das decisões sobre reclamações e protestos e consequente definição de legalidade dos actos eleitorais” (AMADO, 1994, p. 26).

No entanto, em relação à fase eleitoral propriamente dita, quanto às eleições políticas para a Câmara dos Deputados, o controlo eleitoral continuava exclusivamente interno, uma vez que o julgamento definitivo dos protestos era feito pelas comissões parlamentares da Câmara dos Deputados.

Durante o período da Ditadura Militar, iniciado em 28 de maio de 1926, salvo alterações pontuais, não houve revogação da legislação eleitoral vigente em relação ao controlo das eleições.

Bem ressalta Jorge Miranda que “o direito eleitoral, que havia adquirido um tratamento bastante minucioso nas Constituições do século XIX, quase tinha deixado de constar das Constituições de 1911 e 1933” (MIRANDA, 2018, p. 14).

Por meio do Decreto-Lei n. 24.631, de 6 de novembro de 1934, acrescentou-se a possibilidade de controlo jurisdicional acerca das reclamações advindas da apresentação de candidaturas de Deputados à Assembleia Eleitoral, que, dirigidas ao Procurador-Geral da República, posteriormente as encaminhava a um tribunal especialmente constituído para proferir decisão definitiva.

Acerca das eleições presidenciais, o Decreto-Lei n. 37.570, de 3 de outubro de 1949, atribuiu ao Superior Tribunal Administrativo a competência para julgamento contra ilegalidades ocorridas no pleito eleitoral.

Contudo, prevalecia, quanto às eleições propriamente ditas para a Assembleia Nacional, o controlo eleitoral interno realizado pela Comissão de Verificação de Poderes da Casa Legislativa.

Por outro lado, mesmo com o advento da República, não foi erradicado o clientelismo político característico do período monárquico, permanecendo várias irregularidades na execução do controlo eleitoral.

Nesse sentido, anota Maria Elisa Ribeiro Amado (1994, p. 26): “Este sistema revelou-se extremamente pernicioso para a prossecução da justiça e verificação da legalidade das eleições. De facto, estas comissões nada mais faziam do que julgamentos relativos, tendenciosos, conducentes à verificação e legitimação dos grupos de poder, o que nada honrava o princípio de soberania das assembleias, invocado para o exercício destes poderes de controlo”.

Com o fim do período autoritário e o advento da Constituição de 1976, foi finalmente estabelecido em Portugal de maneira integral o controlo externo jurisdicional, ao dispor, em seu art. 113º, n. 7, que “o julgamento da regularidade e da validade dos actos do processo eleitoral compete aos tribunais” sendo que, na dicção da alínea “c” do n. 2 do art. 223º, compete ao Tribunal Constitucional julgar, em última instância, a regularidade e a validade dos actos do processo eleitoral.

Assim, durante o período republicano, o controlo eleitoral misto vigorou durante cinquenta e seis anos e, após a Ditadura Militar, já vigora o controlo judicial eleitoral há quase cinquenta anos.

Portanto, a governança eleitoral portuguesa em relação ao julgamento dos litígios eleitorais (“rule adjudication”) é conferida ao Poder Judiciário. Como bem sintetiza Jorge Miranda, “o Direito eleitoral adjetivo repousa na intervenção dos tribunais” (MIRANDA, 1995, p. 193).

### 2.2.2 O microssistema normativo eleitoral português

Para regular o processo eleitoral é necessário um microssistema normativo eleitoral (“rule”), com princípios e regras próprios, que se alicerça na constituição e se ramifica pela legislação infraconstitucional.

A Constituição de Portugal de 1976, estabelece, ao longo do seu texto, diversos preceitos normativos eleitorais. No seu início, já deixa claro que Portugal se funda em um regime republicano (art. 1º) expresso em um Estado de Direito Democrático (art. 2º) assegurado por meio de eleições através do sufrágio universal (art. 10º e art. 49º). O art. 51º trata dos partidos políticos, que tem seu direito de antena assegurado no art. 40º. O art. 48º disciplina a participação do cidadão na vida política, inclusive por meio de referendo (art. 115º).

Acerca do direito político de ser candidato (direito político passivo), a Constituição da República Portuguesa de 1976 disciplina normas gerais para os principais mandatos eletivos. Assim, por exemplo, em relação ao Presidente da República, estão disciplinados, a sua elegibilidade (art. 123º), candidatura (art. 124º) e sistema eleitoral (art. 126º).

Todavia, a Constituição da República Portuguesa de 1976 não se restringe a estabelecer, como as anteriores, pressupostos eleitorais técnicos-jurídicos, vai além, “explicitando princípios gerais” com a finalidade de uma “perfeita afirmação da democracia”, pois “na democracia moderna, o povo exerce o poder, sobretudo, através de eleição e esta não é ato ou complexo de atos exterior ao Estado, mas sim verdadeiro e próprio ato jurídico-público” (MIRANDA, 2018, p. 14).

No âmbito infraconstitucional, existem em Portugal leis eleitorais específicas para regular cada nível de eleição e o respectivo mandato eletivo em disputa. Assim, a Lei Eleitoral do Presidente da República (LEPR; Decreto-Lei n. 319-A/76), a Lei Eleitoral da Assembleia da República (LEAR; Lei n. 14/97) e a Lei Eleitoral do Parlamento Europeu (Lei n. 14/87).

O art. 236º da CRP estabelece três espécies de autarquias locais e seus respectivos órgãos, a saber: a) Municípios (Assembleia Municipal com função deliberativa e a Câmara Municipal com função executiva); b) Freguesias (Assembleia de Freguesia com função deliberativa e a Junta de Freguesia com função executiva); c) Regiões Administrativas, de

caráter supramunicipais. Esses órgãos das autarquias são independentes, mas estão sujeitos à tutela administrativa, atualmente a cargo da Inspeção Geral de Finanças.

Os membros das Assembleias Municipais, das Câmaras Municipais e das Assembleias de Freguesia são eleitos, segundo as regras estabelecidas a Lei Orgânica n.1/2001, denominada de Lei Eleitoral dos Órgãos das Autarquias Locais (LEAL).

Não existe eleição direta para o Presidente da Junta da Freguesia, que será o candidato mais votado para a Assembleia da Freguesia, sendo os vogais escolhidos pela própria Assembleia da Freguesia eleita dentre seus membros.

Dispõe o art. 5º, n. 1, da CRP, que, além do território historicamente definido no continente europeu, o território português também abrange os arquipélagos dos Açores e da Madeira. Os Açores e a Madeira constituem, portanto, região autónomas integrada à República Portuguesa, dispondo de governo próprio e autonomia administrativa e legislativa, com o processo eleitoral regulado pelo Decreto-Lei n. 267/80 (Lei Eleitoral da Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores – LEALRAA) e o Decreto-Lei n. 318-E, conhecido como Lei Eleitoral da Assembleia Legislativa da Madeira (LEALRAM).

### 2.2.3 A administração das eleições em Portugal

A governança eleitoral portuguesa quanto à função administrativa (“rule application”) é conferida a diversos Órgão Eleitorais (OE) independentes, sem qualquer vinculação direta com o Poder Executivo, a saber: a) Comissão Nacional das Eleições (CNE); b) Comissões Recenseadoras; c) Presidentes de Juntas Municipais, as Juntas de Freguesia, os Presidentes das Juntas de Freguesia, os Governadores Cívicos e nas Regiões Autónomas, os Ministros da República; d) As Mesas das Assembleias de Apuramento e Secções de Voto; e) Juiz judicial e Tribunal Constitucional.

A Comissão Nacional das Eleições (CNE) “é um órgão superior da administração eleitoral com competência para disciplinar e fiscalizar todos os actos de recenseamento e operações eleitorais para órgãos electivos de soberania, das regiões autónomas e do poder local e para o Parlamento Europeu, bem como no âmbito do referendo” (MENDES *et al*, 1999, p. 68).

Por meio do Decreto-Lei n. 621-C/74, a Comissão Nacional das Eleições foi criada em 1975, com a missão inicial de regular as eleições para a Assembleia Constituinte de 1976 mas consolidando-se numa instituição permanente e independente na administração, em todos os níveis, das eleições no país.

A Comissão Nacional das Eleições é um órgão do Estado independente dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, como ressalta Jorge Miranda (1995. P. 194): “A comissão não pertence, pois, a qualquer das estruturas da administração – directa, indirecta ou autónoma – subordinada (ainda que por vias ou graus diferentes, ao Governo), nem depende (ou qualquer de seus membros, no exercício das suas funções) de ordens ou instruções dele ou de outra qualquer entidade”.

Depreende-se, da análise da Lei n. 71/78, de 27 de Dezembro (LCNE), que não foi conferida à CNE a função jurisdicional eleitoral. Aliás, a própria CNE, na Deliberação CNE de 2.2.97, expressamente já consignou que não lhe foi conferido o contencioso eleitoral.

A Comissão Nacional de Eleições (CNE) é formada por um Presidente (Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça) e oito vogais, sendo cinco indicados pela Assembleia da República e três pelos órgãos da Administração Pública (art. 2º, da LCNE).

Nos termos do art. 5º, da LCNE, as atribuições da CNE são, de maneira geral: “1. Promover o esclarecimento objetivo dos cidadãos acerca dos atos eleitorais e referendários, designadamente através dos meios de comunicação socais; 2. Assegurar a igualdade de tratamento dos cidadãos em todos os atos de recenseamento e operações eleitorais/referendárias; 3. Assegurar a igualdade de oportunidades de ação e propaganda das candidaturas a determinada eleição e dos intervenientes nas campanhas para os referendos.”

Por sua vez, as Comissões Recenseadoras são responsáveis em inscrever os cidadãos aptos a votar, elaborar e organizar o recenseamento eleitoral na respectiva unidade geográfica. Vários órgãos realizam em Portugal a atividade “profundamente descentralizada” de recenseamento eleitoral (Comissão Recenseadora, Câmaras Municipais, Conservatórias, Tribunais, etc.) com uma “cadeia interligada e interdependente” pela qual se forma uma “complexa rede burocrática de comunicações e/ou informações” (MIGUÉIS, 2002, p. 9).

As Mesas das Assembleias de Apuramento possuem a natureza de órgão da administração eleitoral autónomo e independente, com existência temporária, sujeitas tão somente à legislação eleitoral, com a atribuição de coordenar as atividades relativas ao sufrágio, decidindo sobre as reclamações e protestos dos votos contestados na apuração, verificar o número de votos por cada lista ou candidatura, votos brancos, nulos e proclamar os candidatos eleitos (BARROS, 1998, p. 48).

Nas eleições para Presidente da República, a presidência será exercida pelo Presidente do Tribunal Constitucional, composta por mais 2 juizes do Tribunal Constitucional e 3 professores de matemática, designados pelo Ministério da Educação e Cultura (art. 106º da LEPR).

Em relação às eleições para a Assembleia da República, existe um apuramento parcial, realizado pela respectiva assembleia de voto, e um apuramento geral, que ocorre na sede de cada círculo eleitoral por uma assembleia de apuramento geral, conforme disciplina o art. 100º, da LEAR.

As Assembleias de Apuramento Geral é composta de um presidente, juiz presidente do tribunal da comarca com sede na capital do respectivo círculo eleitoral, e mais onze membros, nos termos do art. 108º, n. 1, alínea a, da LEAR.

O círculo eleitoral, semelhante às zonas eleitorais na legislação brasileira, é a divisão do território eleitoral, é uma circunscrição territorial eleitoral, referente a determinado colégio eleitoral com os respectivos eleitores e determinados mandatos para o órgão do qual haverá eleições.

Pode haver uma correspondência entre os círculos eleitorais e a organização administrativa, como, por exemplo, nas eleições para a Assembleia da República, na qual coincidem os círculos eleitorais com os distritos administrativos, contudo, os círculos podem ser demarcados especificamente para fins eleitorais.

Ao Tribunal Constitucional e Tribunais Judiciais de primeira instância, que abrange, em regra, a área territorial de um município ou alguns municípios limítrofes, também é conferida atividade administrativa de analisar a regularidade das candidaturas.

O Tribunal Constitucional tem a competência de receber e deferir os registros das candidaturas à Presidência da República e dos Deputados portugueses ao Parlamento Europeu (artigos 124º, n. 2, da CRP e art. 14º, n. 1, da LEPR). Por sua vez, aos Tribunais Judiciais de primeira instância é conferida a competência em relação às demais candidaturas legislativas, autárquicas e regionais (art. 23º da LEAR).

Ademais, a Lei Orgânica n. 10/2015, de 14 de agosto, atribui ainda, ao juiz dos tribunais de primeira instância, a prestação de contas dos votos recebidos (art. 95º, n. 7), bem como outras questões relativas ao processo eleitoral, como, por exemplo, o recenseamento eleitoral (art. 40º, n. 4 e 104º, n. 1).

Os actos regulamentares também são fontes do direito eleitoral português, mas “em casos estritos perfeitamente localizados na lei e de intervenção regularmente indispensável mas sempre em carácter meramente executivo”, devendo ser usados com “parcimónia”, pois normalmente participam na organização das eleições autoridades públicas envolvidas na disputa eleitoral (BARROS, 1998, p. 50).

Na atividade administrativa em geral, os decretos regulamentares desempenham a função de propiciar à Administração Pública atingir o interesse público ao aplicar a lei. Enquanto a lei tem carácter primário fruto da atividade legislativa, o regulamento tem carácter

secundário, pois advém da atividade administrativa, subordinado ao princípio da legalidade (SOUSA *et al*, 2007, p. 239).

No ordenamento jurídico português, os regulamentos podem ser de mera execução, quando vinculados diretamente à lei, ou, regulamentos autônomos, quando são independentes de lei, e estão disciplinados no art. 112º, n. 7, da CRP.

Na seara eleitoral, a fonte primária são as normas constitucionais e legais, pois proveniente diretamente da soberania popular. De fato, estatui o art. 164º, n.1, da CRP, que é da competência da Assembleia da República a atribuição de legislar sobre as eleições dos titulares de soberania.

Para desenvolver a atividade administrativa eleitoral, não se mostra vedado o uso do acto regulamentar, contudo, apenas podem ser aceitos os regulamentos de mera execução, que atendem estritamente aos preceitos da lei aos quais se vinculam, além do fato de serem usados com cautela, pois na disputa eleitoral, não raro, estão envolvidas direta ou indiretamente agentes públicos que participam da organização das eleições.

Embora a Constituição da República Portuguesa, em seu art. 112º, n. 7, acolha o regulamento autônomo ou independente, ele tem como limite o princípio da reserva legal, na qual não será cabível a sua edição em determinadas matérias estabelecidas explicita ou implicitamente do texto constitucional, como ocorre com a matéria eleitoral, no art. 164º, n.1, da CRP.

Como assevera Manuel Freire Barros: “Aliás, considerando a estreita ligação existente entre eleições políticas e direitos fundamentais, é bom de ver que a Constituição reserve, quer para si quer para o legislador, o essencial da criação das regras jurídicas concernentes ao Direito Eleitoral” (BARROS, 1998, p. 51).

#### 2.2.4 O controle jurisdicional eleitoral em Portugal

Na lição de Manuel Freire de Barros, atualmente vigora em Portugal “um sistema de controlo externo, de natureza jurisdicional, administrativo constitucional, directo e exclusivo, tanto no respeito às eleições nacionais, como às eleições regionais e locais” (BARROS, 1998, p. 96).

Esse controlo jurisdicional é denominado no Direito português de “contencioso eleitoral”, que se realiza por meio de uma ação dirigida ao Poder Judiciário e conhecida, em sentido amplo, como “recurso contencioso”, pelo qual se decidem as lides cujas pretensões envolve a análise do microsistema normativo eleitoral.

O recurso contencioso é apresentado por aquele que, insatisfeito com decisão proferida no processo eleitoral, provoca a prestação jurisdicional com a finalidade de obter a sua reforma ou anulação. A legitimidade para propor o recurso contencioso é dos candidatos, mandatários e partidos políticos (art. 33º, da LEAR).

O contencioso eleitoral português tem seu alicerce, inicialmente, no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição que, nessa perspectiva, consubstancia-se na compreensão de que “todos os actos eleitorais podem ser fiscalizados pelos tribunais” (AMADO, 1994, p. 37).

De maneira mais específica, o controlo eleitoral externo jurisdicional é estabelecido pela Constituição da República de Portugal, entre os princípios gerais do direito eleitoral, em seu art. 113º, n. 7, o qual dispõe que “o julgamento da regularidade e da validade dos actos do processo eleitoral compete aos tribunais”.

Embora o aludido art. 113º, n. 7, da CRP, explicita de forma genérica “tribunais”, há que se entender que o contencioso eleitoral é da competência dos tribunais judiciais, pois versa sobre direitos políticos, matéria tipicamente constitucional.

De maneira similar, discorre Jorge Miranda (1995, p. 193): “Trata-se de um contencioso de tipo administrativo mas atribuído aos tribunais judiciais e ao Tribunal Constitucional, e não aos tribunais administrativos, dada a natureza especificamente constitucional da administração eleitoral”.

O referido preceito, todavia, apenas fixa a natureza jurisdicional eleitoral, mas não determina necessariamente um sistema difuso de contencioso. Desse modo, o Tribunal Constitucional tem a competência para o julgamento em última instância (art. 223º, nº 2, alínea c) bem como a possibilidade de a lei (art. 223º, nº 3) nele concentrar o conhecimento de todos os recursos eleitorais (MIRANDA, 2018, P. 24).

O contencioso eleitoral em Portugal analisa, por meio do recurso contencioso, as irregularidades ocorridas em todas as fases do processo eleitoral, a saber: a) as candidaturas; b) a campanha eleitoral; c) a votação; d) a apuração.

Como já decidiu o próprio Tribunal Constitucional, no Acórdão nº 165, de 24 de setembro de 1985, o contencioso eleitoral alcança “não só do acto eleitoral em sentido estrito, mas, integralmente, de todas as operações jurídicas que decorrem ao longo do processo, que vai desde a marcação das eleições aos apuramentos dos resultados – e, pois, também daqueles que respeitam à regulamentação de cada campanha eleitoral em concreto”.

Compete aos tribunais judiciais o julgamento das reclamações e protestos referentes à controvérsia eleitoral do processo eleitoral. Caso a matéria seja da atribuição originária de

órgão diverso do Poder Judiciário, os tribunais judiciais apenas podem ser acionados após se esgotarem os recursos administrativos.

Configura-se em evidente pressuposto de admissibilidade do recurso contencioso, tradicional no direito eleitoral português, segundo o qual, as irregularidades ocorridas no processo eleitoral apenas podem ser conhecidas por recurso, quando tenham sido objecto de protesto ou reclamação no acto que tenham ocorrido (art. 117º, da Lei n. 14/79, de 16 de maio).

Nas eleições, por exemplo, para a Assembleia da República, caso apresentada reclamação quanto à inelegibilidade, deverá o juiz proferir decisão em 24h (art. 30º, n. 4, da LEAR), apenas posteriormente ocorre a possibilidade de acesso ao judiciário por meio da interposição de recurso (art. 33º e 34º, da LEAR).

De igual modo, em face da progressividade dos actos eleitorais, eles devem ser questionados no prazo estabelecido na lei, antes da fase subsequente, sob pena de preclusão. A esse respeito, já decidiu o Tribunal Constitucional (Acórdão nº 548/2005) que não podem ser contestados pelos delegados dos partidos os votos válidos pelas assembleias de apuramento se não o foram reclamados à época.

Ainda que os tribunais judiciais realizem o controlo dos actos administrativos e judiciais, na seara eleitoral, no contencioso eleitoral português, a decisão definitiva, em última instância, é do Tribunal Constitucional (art. 223º, n. 2, alínea c da CRP).

Desse modo, “o contencioso eleitoral político é um contencioso constitucional e, por isso, também se compreende a opção por o confiar ao Tribunal Constitucional” (MIRANDA, 2003, p. 192).

Nada obstante a função do Tribunal Constitucional de atuar como última instância do contencioso eleitoral, sua competência foi alargada pela Lei n. 28/82, de 15 de novembro.

O Tribunal Constitucional tem competência decisória originária nos casos de protestos e reclamações das candidaturas para Presidente da República e Deputados para o Parlamento Europeu.

Na instância recursal, compete ao Tribunal Constitucional: a) julgar os recursos relativos às eleições realizadas na Assembleia da República; b) julgar os recursos sobre a regularidade e a validade dos actos do processo eleitoral referentes à eleição do Presidente da República, Assembleia da República, Parlamento Europeu, assembleias legislativas das regiões autónomas e órgãos do poder local.

Veja-se, a título de exemplo, a situação de candidaturas que ocorrem perante o tribunal de comarca do círculo eleitoral da candidatura em questão (como Deputados). Havendo uma controvérsia e apresentada reclamação/protesto, a decisão do juiz (art. 30º, n. 1, da LEAR)

sobre a questão é passível de recurso ao Tribunal Constitucional (art. 30º, n. 5, e 31º, n. 1 e 2 da LEAR).

Nada obstante, o recurso para o Tribunal Constitucional depende de prévia manifestação da administração eleitoral ou apreciação do tribunal de 1ª instância. Essa prévia análise constitui um pressuposto de admissibilidade para apreciação do Tribunal Constitucional (AMADO, 1994, p. 54).

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal Constitucional que “não toma conhecimento da decisão que não admitiu a substituição de candidatos desistentes, por não ter sido precedido de reclamação no tribunal de comarca” (Acórdão nº 526/89, de 8 de novembro).

## **2.3 A governança e o controle eleitoral no Brasil**

### **2.3.1 Evolução histórica do controle eleitoral no Brasil**

Com eleições regulares para os mandatos da Câmara dos Deputados e do Senado desde a Constituição de 1824, “o Brasil tem uma das mais duradouras experiências com eleições no mundo”, cuja sua suspensão para todos os mandatos apenas ocorreu no curto espaço de período de 1937 a 1945” (NICOLAU, 2012, p. 7).

A Constituição de 1824, com esteio na experiência norte-americana e francesa, estabeleceu o sistema de controle interno do processo eleitoral, ou sistema de verificação dos poderes, como se observa da dicção do seu art. 21: “A nomeação dos respectivos presidentes, vice-presidentes e secretários das câmaras, verificação dos poderes de seus membros, juramento e sua polícia interior se executarão na forma dos seus regimentos”.

Competia ao Poder Legislativo, portanto, o controle sobre a regularidade das eleições de seus próprios membros, por meio de um órgão interno denominado “Comissão de Verificação”. No entanto, a influência monárquica e o controle político pelas oligarquias locais ocasionavam “enorme déficit de legitimidade dos resultados eleitorais pautados na atuação dessa Comissão” (COELHO, 2015, p. 33).

Com o advento da República, foi mantido, pela Constituição de 1891, o sistema de controle eleitoral interno pelo qual a Casa Legislativa decidia as questões referentes às eleições dos parlamentares. Todavia, os mesmos problemas e vícios do controle eleitoral do período imperial permaneceram durante a Primeira República, sendo extremamente ilegítimo e com fraudes identificadas em todas as etapas do processo eleitoral.

Assim, um dos objetivos da Revolução de 1930 foi a moralização do processo e do controle eleitoral, descrito por Vicente Nunes Leal (1975, p. 230): “No regime que botamos

abaixo com a Revolução, ninguém tinha a certeza de se fazer qualificar, como a de votar (...). Votando, ninguém tinha a certeza de que lhe fosse contado o voto (...). Uma vez contado o voto, ninguém tinha a segurança de que seu eleito havia de ser reconhecido através de uma apuração feita dentro desta Casa e, por ordem, muitas vezes, superior”.

Para a moralização das eleições, foi imprescindível “afastar os poderes Executivo e Legislativo da administração e do controle do processo eleitoral, e retirar das Câmaras Legislativas a prerrogativa da verificação dos mandatos” (SADEK, 1995, p. 30).

Por conseguinte, o Brasil passou a adotar o controle eleitoral externo através do Poder Judiciário, mas, indo além, criou um ramo especializado para tal mister, a Justiça Eleitoral, acumulando a função administrativa (“rule application”) e jurisdicional (“rule adjudication”), tendo como órgão máximo o Tribunal Superior Eleitoral, conforme dispunha o Decreto n. 21.076, de 24.02.1932, considerado o primeiro Código Eleitoral brasileiro, e, posteriormente, mantido na Constituição de 1934.

A Justiça Eleitoral brasileira, portanto, “produto da Revolução de 1930”, criou uma governança eleitoral que “nasceu com a missão de restringir a participação dos interesses políticos na administração e na execução do processo eleitoral” (MARCHETTI, 2008, p. 880).

A criação da Justiça Eleitoral brasileira representou um grande avanço ao processo político, pois “pela primeira vez na história brasileira que as eleições tinham o aval de um órgão teoricamente imune à influência dos mandatários” (TAYLOR, 2007, p. 147).

Além do mais, também desde sua criação, a Justiça Eleitoral, inclusive o Tribunal Superior Eleitoral, utiliza na sua composição de “regra de intersecção”, conceito da Ciência Política que designa a concomitante participação de um membro de uma Organização Eleitoral (OE) com o de outra instituição específica, como, por exemplo, a composição do Tribunal Superior Eleitoral, do qual três de seus membros são Ministros do Supremo Tribunal Federal (MARCHETTI, 2008, p. 877).

É importante ressaltar que esse modelo independente de governança eleitoral desvinculado do poder governamental, que no Brasil passou a ser adotado na década de 1930, apenas ganhou repercussão mundial na denominada terceira onda democrática, na década de 1970 (LEHOUCQ, 2002, p. 39).

Com a suspensão das eleições durante o “golpe” do Estado Novo de 1937, a Justiça Eleitoral foi extinta por Getúlio Vargas, mesmo presidente que a criara, contudo, foi revigorada na redemocratização por meio do Decreto n. 7.586, de 28.05.1945, reincorporada, logo depois, na Constituição de 1946.

Em outubro de 1945, durante a redemocratização, o Tribunal Superior Eleitoral, provocado pela Ordem dos Advogados do Brasil, por meio da Resolução n. 215, de 2.10.1945,

garantiu que os parlamentares que seriam eleitos no pleito de 2 de dezembro, acumulariam, além de suas funções ordinárias, poderes constituintes para escrever uma nova constituição

Portanto, “a iminente instauração de uma nova ordem constitucional, sob a ordem expressa do Tribunal Superior Eleitoral, desgastou por definitivo o governo Getúlio Vargas e conduziu à sua renúncia em outubro do mesmo ano” (TERRA, 2018, p. 20).

Após sua restituição, a Justiça Eleitoral permaneceu em todas as Constituições brasileiras. Mesmo durante o regime da Ditadura Militar (1964-1985), em que houve extinção de partidos políticos, estabelecimento do bipartidarismo e severa restrição das eleições para apenas alguns mandatos, embora em evidente situação contida, a Justiça Eleitoral permaneceu inalterada.

Mais uma vez, no final da Ditadura Militar, o Tribunal Superior Eleitoral participou ativamente para manutenção do regime democrático nacional. Na primeira eleição de um civil para a Presidente da República, eleição indireta da qual participaram apenas os parlamentares federais, que envolvia uma disputa entre os candidatos Paulo Maluf (PDS), que contava como o apoio dos militares, e Tancredo Neves (PMDB), da oposição, o TSE, ao responder uma consulta, por meio da Resolução n. 12.017, de 27.11.1984, entendeu que a fidelidade partidária passível da perda do mandato, estabelecida no art. 152, parágrafo 2º, da Constituição de 1967/1969, não seria aplicável ao Colégio Eleitoral para a escolha do novo Presidente da República, possibilitando, assim, que vários parlamentares vinculados ao PDS pudessem votar em Tancredo Neves.

Com a redemocratização e reestabelecimento do pluripartidarismo, em especial na condução das primeiras eleições presidenciais diretas com novas regras eleitorais após mais de 35 anos de ditadura, foi fundamental a existência da Justiça Eleitoral, como instituição consolidada e de credibilidade na administração e controle do processo eleitoral.

Como afirma Maria Tereza Sadek (1995, p. 41): “A justiça eleitoral desempenhou um papel fundamental no processo de transição. Foi um ator mudo, porém decisivo, como fiador da lisura dos resultados eleitorais. Sem uma instituição dessa natureza, dificilmente haveria confiança na competição, ainda mais levando-se em conta as restrições políticas e legais da época. O caminho para a normalidade democrática teria sido muito tortuoso, para dizer o mínimo, sem o respeito aos resultados saídos das urnas”.

Com a Constituição de 1988 foi mantida a tradicional estrutura da Justiça Eleitoral brasileira. Atualmente, embora sistematicamente os perdedores da disputa política questionem o seu resultado em juízo, por meio das ações próprias existentes no microssistema eleitoral, não se discute a legitimidade da Justiça Eleitoral, sendo um importante fator de estabilidade do sistema político brasileiro (MUNÔZ, 2015, p. 19).

### 2.3.2 O microssistema eleitoral brasileiro

Para regular o processo eleitoral brasileiro é necessário um microssistema normativo eleitoral próprio (“rule”), com princípios e regras próprios, que se alicerça na constituição e se ramifica pela legislação infraconstitucional.

A Constituição Federal de 1988, expõe, ao longo de seu texto, os preceitos normativos eleitorais fundamentais. No seu art. 1º, *caput*, já estabelece que a República Federativa do Brasil constitui-se num Estado Democrático de Direito.

No Título II, da Constituição Federal de 1988, alusivo aos Direitos Fundamentais, o Capítulo IV (arts. 14 a 16) é destinado exclusivamente aos Direitos Políticos. Nesses dispositivos são estabelecidas as formas de exercício da soberania popular, o alistamento eleitoral obrigatório, as condições para ser candidato, as inelegibilidades e, até, a ação de impugnação de mandato eletivo para as hipóteses de fraude e abuso de poder.

Também no Título II, da CF/88, no Capítulo V (art. 17), são disciplinados os direitos dos partidos políticos, com a sua criação livre fundada no pluralismo político e com autonomia e personalidade jurídica na forma da lei civil, com direito de antena e acesso ao fundo público partidário. A Justiça Eleitoral também possui assento constitucional nos artigos 118 ao 121, da CF/88.

A legislação eleitoral brasileira infraconstitucional é bastante extensa e diversificada, a saber: a) Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65) ainda do Regime da Ditadura Militar; b) Lei das Eleições (Lei n. 9.504/97); c) Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar 64/90), recentemente modificada pela Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010); d) Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096/95).

Acrescenta-se, ainda mais ao microssistema eleitoral brasileiro, em razão das funções normativa e consultiva da Justiça Eleitoral, as Resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral para cada eleição, bem como as Consultas respondidas pelo tribunal, que são consideradas ato normativo em tese, sem efeito concreto.

A existência de uma legislação tão extensa, surgida em períodos diversos, algumas vezes assistemática e não raro contraditória, demanda especial atividade hermenêutica do intérprete eleitoral.

### 2.3.3 A administração das eleições no Brasil

A governança eleitoral no Brasil quanto à função administrativa (“rule application”) foi conferida integralmente, desde sua criação, em 1932, à Justiça Eleitoral, com a finalidade de afastar a interferência política.

Essa característica difere do desenho conferido normalmente ao Poder Judiciário em outros países, que, ou não exercem atividade administrativa ou a exercem de maneira pontual, em geral acerca da análise das candidaturas e da definição dos eleitos, exceção ao sistema espanhol, que atribui especial função administrativa do Poder Judiciário (PELLELA, 2012, p. 136).

Os atos executórios referentes à atividade administrativa desenvolvida pela Justiça Eleitoral brasileira consistem no alistamento eleitoral, registro das candidaturas, propaganda eleitoral, o processamento, a apuração dos votos, a sua totalização, prestação de contas das campanhas eleitorais e diplomação dos candidatos eleitos.

Assim, a Justiça Eleitoral brasileira acumulou as funções de administrar o processo eleitoral (“rule application”) e de realizar o contencioso eleitoral (“rule adjudication”), por conseguinte, ocorre a “unicidade do órgão administrativo executor e do órgão judiciário incumbido do seu controle judicial” (JARDIM, 1994, p. 15).

É peculiar esse modelo de governança eleitoral brasileiro, no qual se concentra em um único Órgão Eleitoral, independente e com “regra de interseção”, a função administrativa e jurisdicional (MARCHETTI, 2008, p. 878).

Contudo, essa unicidade administração/juridição não é isenta de dificuldade prática, em especial no atributo do poder de polícia inerente à atividade administrativa eleitoral, pois os próprios magistrados e a estrutura da Poder Judiciário são normalmente vocacionada para, em razão do princípio da inércia, esperar ser demandado, enquanto o poder de polícia eleitoral dispõe do atributo da auto-executoriedade.

Assim: “Observam-se imensas dificuldades de determinação dos limites de atuação de ofício dos magistrados, o que gera uma contenção das medidas de cunho administrativo tomadas, especialmente em relação à fiscalização das infrações eleitorais” (PELLELA, 2012, p. 144).

Outras funções atípicas desenvolvidas pela Justiça Eleitoral brasileira são a função de regulamentar a lei eleitoral e a função consultiva apresentada por partidos ou autoridades públicas. Como essas funções não teriam, originariamente, a característica de inovar na ordem jurídica eleitoral, não seriam expressão da legiferação eleitoral (“rule making”), mas seriam

desdobramentos da governança eleitoral administrativa (atividade regulamentar) e da governança eleitoral contenciosa (atividade consultiva).

O poder regulamentar da Justiça Eleitoral não está previsto expressamente na Constituição de 1988, mas se encontra estabelecido em vários dispositivos da legislação eleitoral, como o art. 1º, parágrafo único, e art. 23, XVIII, do Código Eleitoral e o art. 61, caput, da Lei 9.096/95 (Lei de Organização dos Partidos Políticos).

Também o art. 105, caput, da Lei n. 9.504/97 (Lei das Eleições), dispõe que o “Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução”.

Para Eneida Desiree Salgado, por não ter assento constitucional, apenas legal, não seria válida a existência do poder regulamentar da Justiça Eleitoral (SALGADO, 2010, p. 312).

Ocorre que, o poder regulamentar é inerente à própria atividade administrativa, como um instrumento, um meio que dispõe o agente público para atender à finalidade legal que lhe foi atribuída. Nesse passo, para atender a finalidade de administrar as eleições, não é necessário expresse fundamento constitucional, sendo suficiente a autorização legal.

É o que afirma Raquel Melo de Carvalho, ao discorrer sobre o poder regulamentar geral da Administração Pública: “O poder regulamentar é devido pelo Chefe do Poder Executivo, que não necessita de autorização constitucional individualizada e específica para viabilizar a operacionalização das regras legais” (CARVALHO, 2009, p. 320).

A esse respeito já decidiu o Supremo Tribunal Federal que “o poder regulamentar pode ser exercido em relação a toda e qualquer lei, prescindido, portanto, de autorização legal” (ADI n. 3.394-8/AM, rel. Min. Eros Grau, DJ 24.08.2007).

O poder regulamentar, originariamente, é um instituto próprio do Direito Administrativo, por meio do qual é conferido ao agente público a prerrogativa de regulamentar a lei para atender à sua finalidade pública.

Os poderes administrativos não são privilégios dos agentes públicos, mas deveres atrelados à sua função de atender ao interesse público, são, portanto, “deveres-poderes” (MELLO, 2000, p. 87).

Assim, o “dever-poder” conferido ao Tribunal Superior Eleitoral de regulamentar as leis eleitorais é decorrência necessária de sua atribuição de administrar as eleições, da sua função de ser o “Poder Executivo das eleições” (CONEGLIAN, 2003, p. 66).

Noutras palavras, caso essa atividade administrativa das eleições fosse estabelecida a outro órgão, à Justiça Eleitoral não seria atribuída o poder de regulamentar as leis eleitorais.

Segundo Torquato Jardim, os dispositivos legais que atribuem à Justiça Eleitoral o poder regulamentar, embora lhe confira funções “quase-legislativas”, não se confunde com a atividade legal típica do Congresso Nacional, porque, como tratam de uma situação concreta específica, “não quebra o Tribunal o mandamento da independência e harmonia dos poderes, porquanto seu ato não terá o traço de generalidade e abstração que somente a lei editada pelo Legislativo, em princípio, deve conter” (JARDIM, 1994, p. 21).

Contudo, não raras vezes, o Tribunal Superior Eleitoral tem atuado por meio do ativismo judicial para além da finalidade estritamente administrativa do regulamento, expedindo resoluções internas com nítido conteúdo legislativo desvinculado de um caso concreto específico e criadora de uma situação genérica e abstrata inovadora da ordem jurídica.

A função consultiva é outra atividade atípica atribuída à Justiça Eleitoral brasileira, que também não tem assento constitucional, mas está disciplinada nos artigos 23, XII e 30, VIII, do Código Eleitoral. Esses preceitos legais conferem ao Tribunal Superior Eleitoral e aos Tribunais Regionais Eleitorais a competência para responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas, em tese, por autoridades com jurisdição, federal/estadual ou órgão nacional/estadual de partido político.

Diversamente do que ocorre com outros ramos do Poder Judiciário, que apenas podem ser acionados quando existir uma pretensão resistida entre as partes, na Justiça Eleitoral brasileira, a autoridade pública ou partido político podem formular consulta acerca da interpretação de matéria eleitoral.

A finalidade da consulta foi “a introdução de um instrumento que pudesse sanar qualquer dúvida entre os competidores políticos e seus administradores – como as instâncias inferiores da Justiça Eleitoral – sobre as regras do jogo antes mesmo que tivesse seu início” (MARCHETTI, 2008, p 888).

Apesar das respostas às consultas formuladas à Justiça Eleitoral serem desvinculadas de um caso concreto específico e não produzir efeito vinculante, nem ao próprio tribunal que a proferiu, traduzindo muito mais “recomendações sem força executiva”, sua finalidade é, ao menos em tese, trazer uma estabilidade política para situações que possam ocorrer no futuro (RAMAYANA, 2005, p. 77).

Ocorre que, nos últimos anos, as consultas formuladas ao TSE, apesar de representar um pequeno número na estatística do tribunal, resultou em um dos principais meios pelos quais se desenvolveu o ativismo judicial eleitoral.

Como destaca Marchetti (2008, p. 889): “Este instrumento, tão precário do ponto de vista jurídico, acabou ocupando uma posição central no cenário político-partidário brasileiro. Através dele o TSE promoveu (re)interpretações até mesmo do texto constitucional”.

Depreende-se, por conseguinte, que a função regulamentar e consultiva, competências atípicas da Justiça Eleitoral e que, originariamente, seriam um desdobramento da função administrativa e da função jurisdicional, foram um convite, ao longo do tempo, ao desenvolvimento do ativismo judicial pelo qual a Justiça Eleitoral brasileira começou a participar também da governança eleitoral legiferante (“rule making”).

#### 2.3.4 Controle jurisdicional eleitoral no Brasil

O controle externo jurisdicional brasileiro baseado numa jurisdição especial eleitoral inspirou-se no Tribunal Eleitoral tcheco, de 1920, idealizado por Kelsen, e encontrou ressonância na América Latina, inicialmente com o Uruguai em 1924, depois no Chile em 1925 e, finalmente, em 1932, no Brasil.

Inicialmente, quando se analisa a composição dos órgãos da Justiça Eleitoral brasileira, denota-se que, diferentemente dos demais ramos do Poder Judiciário, ela não possui um quadro próprio e permanente de magistrados, valendo-se da utilização de juízes de outros órgãos (STF, STJ, TRF, Justiça Federal e Justiça Estadual) e inclusive advogados, todos com mandato periódico de dois anos com a admissão de uma única recondução.

Como ensina Joel José Cândido, “há órgãos da Justiça Eleitoral no Brasil, mas não há uma magistratura eleitoral exclusiva, própria, de carreira” (CÂNDIDO, 1996, p. 39).

A razão originária dessa ausência de membros permanentes ocorreu devido à urgência da instalação da Justiça Eleitoral, após a Revolução de 1930. Contudo, a manutenção de característica provisória dos membros da Justiça Eleitoral, com o passar dos anos, decorreu muito mais da preocupação de que a estabilidade do juiz eleitoral durante várias eleições seguidas em uma mesma localidade ou tribunal seria uma ameaça a sua imparcialidade (PINTO, 2006, p. 14).

Atualmente, esse é o principal argumento para manutenção da composição provisória da Justiça Eleitoral brasileira, como leciona Vera Maria Nunes Michels (2004, p. 48): “Aliás, pessoalmente, entendo que é muito saudável o sistema vigente na composição dos membros da Justiça Eleitoral, tendo em vista que as competições políticas acarretam frequentes exacerbações passionais, no entrechoque de grupos rivais, que não ficam circunscritas aos protagonistas das lutas partidárias, muitas vezes atingindo também os magistrados que tiveram de contrariar os interesses de uns e de outros. Daí a importância da renovação obrigatória dos mandatos”.

A participação de diversos ramos do Poder Judiciário e da advocacia na sua composição, com uma mudança permanente, também permite uma construção jurisprudencial renovada, com

novas interpretações e perspectivas necessárias para o aprimoramento do processo político-eleitoral.

Nada obstante, esse mesmo fundamento possui um aspecto negativo, que é a excessiva alteração jurisprudencial ocasionando insegurança jurídica. De fato, com a composição dos membros da Justiça Eleitoral sempre se alterando em todas as esferas (TSE, TREs e juízes eleitorais), não é possível haver uniformização da jurisprudência, gerando instabilidade jurídica para os *players* do jogo político-eleitoral.

Para Joel José Cândido, é difícil sustentar atualmente essa composição provisória dos membros da Justiça Eleitoral brasileira, em razão da crescente especialização pela qual passa o Poder Judiciário. Assim, entende que deveria ser criada uma magistratura própria, especializada, similar ao que ocorre com a Justiça do Trabalho (CÂNDIDO, 1996, p. 40).

Há que se observar que essa característica existe desde a criação da Justiça Eleitoral, e, ainda que ela possa levar a uma certa instabilidade jurisprudencial, a sua manutenção (e de certa forma seu aprimoramento), inclusive em períodos de crise política, tem-se mostrado mais apta à realidade brasileira para garantir a indispensável imparcialidade judicial nas disputas políticas brasileiras.

Uma alteração normativa que mitigaria a constante variação jurisprudencial eleitoral, sem redundar no perigo da parcialidade do magistrado, seria o aumento do mandato do ministro ou juiz eleitoral para seis anos sem possibilidade de recondução.

A estrutura da organização da Justiça Eleitoral brasileira é a mesma desde a Constituição Federal de 1946, a saber: a) Tribunal Superior Eleitoral; b) Tribunais Regionais Eleitorais; c) Juízes Eleitorais; d) Juntas Eleitorais.

Na cúpula da Justiça Eleitoral encontra-se o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), órgão máximo da *rule application* na governança eleitoral brasileira, última instância do contencioso eleitoral e que ainda exerce o controle de constitucionalidade concreto da legislação eleitoral.

O Tribunal Superior Eleitoral, na dicção do art. 119, I e II, da Constituição Federal de 1988, compõe-se de 3 (três) Juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, 2 (dois) Juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça e 2 (dois) Juízes nomeados pelo Presidente da República, dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

O Plenário do STF elegerá os Ministros que integrarão o TSE (art. 7º, II, do CE), bem como o STJ escolherá os seus Ministros que irão compor o TSE (art. 10, III e 171, do CE).

A presença de advogados na composição de tribunais brasileiros foi assegurada pelo art. 94, da CF/88, com a finalidade de garantir uma pluralidade de pensamentos jurídicos e ficou conhecido, em razão do percentual estabelecido, de “quinto constitucional”.

Contudo, diversamente do que ocorre na indicação de advogados que irão compor todos os outros tribunais brasileiros (Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça), no caso do Tribunal Superior Eleitoral (e também nos Tribunais Regionais Eleitorais) a Constituição de 1988 não determina expressamente a prévia participação da Ordem dos Advogados do Brasil na composição da lista prévia que será escolhida pelo STF (art. 119, II, da CF/88).

Ainda que exista previsão legal genérica no art. 54, XIII, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8.906/94), sem explícita menção à composição da Justiça Eleitoral, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de afirmar que “compete exclusivamente ao Tribunal de Justiça do Estado a indicação de advogados para a composição de Tribunal Regional Eleitoral” (MS 21.060/DF, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 23.08.1991, p. 11264).

Ao Tribunal Superior Eleitoral é atribuída a competência originária das eleições de presidente da República, a competência recursal ordinária das eleições estaduais (mandatos de governadores, senadores, deputados federais e deputados estaduais) e competência recursal extraordinária das eleições municipais (mandatos de prefeitos e vereadores).

Conforme estabelece o art. 22, Código Eleitoral, compete ao TSE processar e julgar originariamente o registro e a cassação de registro de partidos políticos, dos seus diretórios nacionais e de candidatos à Presidência e vice-presidência da República; julgar originariamente os crimes eleitorais e os comuns que lhes forem conexos cometidos pelos seus próprios juízes e pelos juízes dos Tribunais Regionais; o habeas corpus ou mandado de segurança, em matéria eleitoral, relativos a atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado e dos Tribunais Regionais; as impugnações à apuração do resultado geral, proclamação dos eleitos e expedição de diploma na eleição de Presidente e Vice-Presidente da República.

Na competência recursal, o TSE julga os recursos interpostos das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais (art. 22, II, do CE), quando forem proferidas contra expressa disposição da constituição ou de lei (art. 121, parágrafo 4º, I, da CF/88), ocorrer divergência de interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais (art. 121, parágrafo 4º, II, da CF/88), versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diploma nas eleições federais ou estaduais (art. 121, parágrafo 4º, III, da CF/88).

Depreende-se, portanto, que o TSE funciona como Tribunal de Superposição, com a função de julgar o contencioso eleitoral em última instância da justiça especializada e uniformizar a interpretação e aplicação jurisprudencial da legislação eleitoral, além de exercer, também, o controle de constitucionalidade difuso dos casos eleitorais que lhe são submetidos.

Ainda assim, na estrutura do Poder Judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal poderá ser provocado excepcionalmente por meio de recurso extraordinário interposto das

decisões do Tribunal Superior Eleitoral, conforme dispõe o art. 102, III, da CF/88, quando: a) contrariar dispositivo da Constituição (muitas das normas do microssistema eleitoral estão no texto constitucional); b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; d) julgar validade lei local contestada em face da Constituição.

Em razão da “regra de interesseção” pela qual 3 ministros do STF compõem o TSE, quase sempre as decisões recorridas do TSE são confirmadas pelo STF, o que termina ainda mais por reforça-las. Não por outra razão Marchetti (2008, p. 886) sustenta que “o TSE é um organismo do STF para matérias eleitorais”.

Diversamente de Portugal, que é um Estado Unitário, o Brasil adota a forma federativa de Estado. Daí porque haverá um Tribunal Regional Eleitoral (TRE) em cada Estado e no Distrito Federal, com a finalidade de conferir independência dos entes federativos nas respectivas eleições municipais e estaduais.

Os TREs são compostos de dois juízes dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça; dois juízes, dentre juízes de direito, escolhidos pelo respectivo Tribunal de Justiça; um juiz do Tribunal Regional Federal, e onde não houver, um juiz federal, escolhido pelo Tribunal Regional Federal respectivo; dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça e nomeados pelo Presidente da República (art. 120, da CF/88).

Similar ao que ocorre na composição do TSE, os juízes dos TREs indicados entre os advogados pelos respectivos Tribunais de Justiça dos Estados, não proveem de uma lista prévia apresentada pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Os Tribunais Regionais Eleitorais possuem, segundo expõem os artigos 29 e 30 do Código Eleitoral, a competência recursal das decisões dos juízes eleitorais e a competência originária referente: ao registro e o cancelamento do registro de candidatura do Governador, Vice-Governador, e membro do Congresso Nacional e das Assembleias Legislativas; julgar originariamente os crimes eleitorais cometidos pelos juízes eleitorais; 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.

Na primeira instância da Justiça Eleitoral brasileira há os juízes eleitorais e as Juntas Eleitorais. Os juízes eleitorais são os “Juízes de Direito integrantes da magistratura Estadual, designados pelo TRE para presidirem as Zonas Eleitorais, menor fração territorial com jurisdição dentro de uma circunscrição eleitoral” (MICHELS, 2004, p. 52).

Assim, aqueles juízes de Direito designados juízes eleitorais exercem cumulativamente ambas as funções, comum nas comarcas e eleitoral nas zonas eleitorais, normalmente no mesmo município.

A competência dos Juízes Eleitorais está disposta no art. 34, do Código Eleitoral, para determinar a inscrição e a exclusão de eleitores; decidir o registro e a cassação do registro dos candidatos aos cargos eletivos de prefeitos e vereadores; processar e julgar os crimes eleitorais e os crimes comuns que lhes forem conexos.

Por fim, existem as Juntas Eleitorais, que possuem assento constitucional (art. 118, IV, da CF/88), sendo um órgão colegiado designado pelos TREs com duração efêmera, compostas por dois ou quatro membros, mais o seu presidente, que é o Juiz Eleitoral, formando um colegiado de três ou cinco membros (art. 36, do CE).

A competência das Juntas Eleitorais é restrita a decidir questões administrativas no período eleitoral, em especial apuração e diplomação dos eleitos. Contudo, “com a votação por meio da urna eletrônica, as juntas eleitorais cada vez mais perdem sua razão de existir, devendo, num futuro não tão distante, serem extintas” (LULA, 2012, p. 144).

Ainda que esse modelo da Justiça Eleitoral brasileira, consolidado ao longo de quase um século, mostrar-se mais adequado à realidade política brasileira, ele não é isento de críticas, principalmente quanto à composição dos tribunais. Assim, há que serem realizadas mudanças constitucionais e legais a fim de que se confira maior legitimidade e imparcialidade à Justiça Eleitoral.

No Tribunal Superior Eleitoral e nos Tribunais Regionais Eleitorais, os dois advogados que compõem essas cortes são indicados pelo Presidente da República, em lista tríplice elaborada STF (no caso do TSE) e pelos TJs (no caso dos TREs), sem qualquer participação prévia da Ordem dos Advogados do Brasil.

Ora, não raro, os indicados pelo Presidente da República ao Tribunal Superior Eleitoral, tão logo são nomeados, já participam de julgamento de ações eleitorais que tem como parte o próprio Presidente da República na qualidade de candidato. Da mesma forma, embora com menos intensidade, a nomeação pelo Presidente da República dos advogados que compõem os TREs também proporciona a situação de julgarem ações que envolvam apoiadores ou adversários políticos locais do Presidente da República.

Desse modo, há que se afastar dessa nomeação dos advogados ao TSE e TREs a indicação política do Presidente da República, bem como a prévia participação do STF e dos Tribunais de Justiça nesse processo de escolha, pois esses tribunais já contam com assentos próprios nas respectivas cortes eleitorais.

Assim, a melhor forma seria que a indicação dos advogados fosse diretamente feita pela Ordem dos Advogados do Brasil, que, de acordo com a própria Constituição Federal, presta serviço público com relevante função social indispensável à Administração da Justiça. No Tribunal Superior Eleitoral, a indicação caberia ao Conselho Federal da OAB, e nos Tribunais Regionais Eleitorais, aos Conselhos Estaduais das Subseções da OAB.

Ainda no âmbito da composição do TSE e dos TREs, não se mostra justificável a exclusão da participação de membro do Ministério Público. Em todos os outros tribunais que existe a composição heterogênea (STJ, TRFs e TJs), a Constituição Federal estabelece que o “quinto constitucional”, seja, na mesma proporção, composto de advogados e membros do Ministério Público, não havendo qualquer fundamentação para sua exclusão na seara da Justiça Eleitoral.

Portanto, das duas vagas que hoje existem para advogados no TSE e nos TREs, uma deveria ser destinada ao Ministério Público, indicada pelos seus próprios membros.

Também em relação aos TREs, seria necessário um maior equilíbrio da sua composição entre a Justiça Estadual (4 membros) e a Justiça Federal (apenas um membro), embora, inclusive, a Justiça Eleitoral seja uma Justiça da União e não dos Estados.

Dessa forma, transformar uma (ou duas) das vagas existentes de Desembargador Estadual e/ou Juiz de Direito para Desembargador Federal e/ou Juiz Federal diminuiria esse desequilíbrio.

Por fim, também seria necessário que a indicação dos juízes de Direito e juízes federais não fosse feita pelo tribunal a qual se encontram vinculado, mas diretamente pelos próprios magistrados de primeira instância, porque os tribunais já possuem os respectivos assentos destinados aos seus desembargadores no TREs.

É importante acentuar que essa crítica à composição dos TREs também se reflete na dúvida em relação “à neutralidade dos julgamentos”, pois “chama atenção a condescendência dos tribunais quando os políticos acusados de irregularidades são membros das oligarquias que disputam a hegemonia dos estados” (DALLARI, 1996, p. 132).

Nada obstante essas observações sujeitas a alterações normativas pontuais, a consolidação institucional da Justiça Eleitoral brasileira ao longo de quase um século, inclusive em vários momentos de crise, tanto no exercício da governança eleitoral administrativa (“rule application”) como no contencioso eleitoral (“rule adjudication”) foi “um fator fundamental para explicar a alta estabilidade política vivida pelo Brasil” (NICOLAU, 2012, p. 137).

Da mesma forma observa Óscar Sánches Muñoz que a existência da Justiça Eleitoral na América Latina é, inclusive, um dos fatores relevantes para consolidação do regime democrático na região (MUÑOZ, 2015, p. 19).

## **2.4 Análise comparativa da governança eleitoral em Portugal e no Brasil e as condições institucionais para o ativismo judicial eleitoral**

A governança eleitoral em Portugal e no Brasil possuem muitos pontos em comum, inclusive na trajetória histórica, contudo, a criação de uma justiça eleitoral especializada no Brasil, em 1934, com a atribuição exclusiva de exercer a atividade administrativa (“rule application”) e o contencioso eleitoral (“rule adjudication”), apartou, definitivamente, o modelo lusitano do brasileiro, e explica, em grande parte, a razão pela qual o ativismo judicial eleitoral desenvolveu-se muito mais nesse do que naquele.

Tanto Portugal como o Brasil possuem tradição em eleições, consolidadas há dois séculos, e reguladas praticamente ao mesmo tempo, Portugal em 1822 e o Brasil em 1824.

Prevaleceu, tanto em Portugal quanto no Brasil, desde sua criação, o controle eleitoral interno ou de verificação de poderes, ainda que em Portugal, em períodos esparsos, e com algumas peculiaridades, tenha ocorrido uma espécie de controle eleitoral misto.

Igualmente, as mazelas ocorridas no controle eleitoral interno, sujeitas às ingerências políticas, no período monárquico e republicano, ocorreram, infelizmente, tanto em Portugal como no Brasil. Daí, porque, ambos passaram a adotar o controle judicial eleitoral.

A intervenção judicial no processo eleitoral em Portugal é mais antiga, pois remonta, de maneira mais estável, ao primeiro Código Eleitoral português, de 1913, no qual as reclamações do recenseamento de eleitores eram submetidas ao Poder Judiciário e as eleições para os corpos administrativos eram da competência dos Tribunais Administrativos.

No entanto, na fase eleitoral propriamente dita, nas eleições para a Câmara, o controle eleitoral continuou interno em Portugal até a Constituição de 1976, promulgada após o regime militar, quando, então, foi estabelecido exclusivamente o controle jurisdicional das eleições, em todas as fases do processo eleitoral.

O contencioso eleitoral iniciou-se no Brasil em 1934, contudo, diversamente de Portugal, criou-se uma justiça especializada – a Justiça Eleitoral brasileira – com primeira instância (Juízes e Juntas Eleitorais), segunda instância (TREs) e um tribunal de superposição (TSE). Atualmente ele foi reafirmado pela Constituição de 1988, também promulgada com o fim do regime militar de exceção.

A governança eleitoral portuguesa e brasileira que eram muito semelhantes, em 1934, com a institucionalização do contencioso eleitoral brasileiro por meio de uma justiça própria e especializada, foram distanciadas definitiva e profundamente.

A existência da Justiça Eleitoral em três níveis de instância, inclusive com a possibilidade de recurso do TSE ao STF, explica, em parte, a grande judicialização da questão

eleitoral no Brasil, em comparação com Portugal. Nas últimas eleições, em 2020, apenas o Tribunal Superior Eleitoral recebeu 9.837 processos, enquanto o Tribunal Constitucional Português recebeu, no mesmo ano, para todas as suas competências, 1.141 processos.

É importante registrar também a grande diferença entre o colégio eleitoral brasileiro e o português, enquanto o Brasil tem o 4º maior colégio eleitoral do mundo, com 147 milhões de eleitores, Portugal tem um pouco mais de 10 milhões de eleitores.

A atividade administrativa das eleições (“rule application”) é desenvolvida no Brasil, exclusivamente, pela Justiça Eleitoral, enquanto em Portugal é distribuída para vários órgãos, inclusive com uma parcela de atribuição ao Poder Judiciário.

Ainda que a governança eleitoral portuguesa e brasileira sejam vinculadas a órgãos eleitorais (OE) autônomos, sem relação direta com o Poder Executivo, a peculiaridade do sistema brasileiro potencializa a partição da Justiça Eleitoral no processo político.

Tanto em Portugal como no Brasil podem ser expedidos regulamentos da legislação eleitoral para atender o interesse público na sua aplicação. No entanto, no Brasil, essa atividade é desenvolvida exclusivamente pela Justiça Eleitoral e realizada anualmente, em dois e dois anos, a cada eleição; por sua vez, em Portugal, vai depender do órgão cujo titular se pretende eleger, não sendo muitos os regulamentos eleitorais existentes.

Ademais, enquanto em Portugal apenas é admissível o regulamento eleitoral mera execução, sendo inaceitável o regulamento autônomo, em razão do princípio da reserva legal, no Brasil, diversos preceitos estabelecidos em regulamentos eleitorais expedidos pelo TSE inovam no ordenamento jurídico ao não possuírem uma vinculação direta com a legislação eleitoral.

A função consultiva realizada pela Justiça Eleitoral na governança eleitoral brasileira não tem qualquer correspondente no sistema português. Apesar de ser uma atividade atípica e pouco realizada pela Justiça Eleitoral conduziu a mudanças profundas do sistema político-eleitoral brasileiro.

São únicas as características da governança eleitoral brasileira, que em um único órgão eleitoral independente, especializado e com regra de interseção – a Justiça Eleitoral – concentra a atividade administrativa (“rule application”) e o contencioso eleitoral (“rule adjudication”), exercendo, também com exclusividade a atividade de regulamentar a legislação eleitoral e responder consultas de autoridade e partidos políticos, além de também exercer o controle de constitucionalidade difuso eleitoral.

Essas características peculiares da governança eleitoral brasileira, consolidada ao longo de um século, garantiu à Justiça Eleitoral brasileira as condições institucionais necessárias para ingressar também na seara da legiferação eleitoral (“rule making”), por meio do ativismo

judicial eleitoral. Por sua vez, como são diversos os traços da governança eleitoral portuguesa, o ativismo judicial eleitoral não ocorreu em igual intensidade.

## CAPÍTULO 3 – ATIVISMO JUDICIAL

### 3.1 Conceito de ativismo judicial

“Jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de se o juiz é criador do direito. É óbvio que é. Como poderia não sê-lo?” (Lord Radcliffe)

É atividade das mais difíceis, “quiza impossível” (PIRES, 2018. 70), definir ativismo judicial, pois ele é um “conceito fugidio”, que não raro termina por designar “um significado tão débil no seu conteúdo quanto forte na sua carga emocional” (BRANCO, 2011, p. 387).

Nada obstante, é fundamental para o discurso científico afim de que a questão seja levada a sério no debate acadêmico que se busque um conceito, se não indiscutível, ao menos estável do fenômeno do ativismo judicial, sustentado em balizas teóricas consistentes, sob pena da expressão ser reduzida a uma mera etiqueta sem qualquer conteúdo.

O termo “judicial activism” foi designado pela primeira vez pelo jornalista Arthur Schlesinger, em um artigo intitulado “The Supreme Court: 1947”, na revista de atualidade Fortune, na qual classificou a posição ideológica dos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos entre ativistas (“activists”) e defensores da autocontenção judicial (“self-restrain”) (SCHLESINGER JR, 1947).

Os juízes ativistas seriam aqueles que compreendem a atividade dos tribunais constitucionais como indissociável do seu viés político, pois sua função é desempenhar um papel afirmativo na promoção dos direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional. Por sua vez, os juízes defensores da autocontenção seriam aqueles que criticam essa interpretação constitucional que se confundiria com atividade política, pois tal atribuição não seria do Poder Judiciário, mas dos demais poderes do Estado.

A expressão “judicial activism” ingressa no debate jurídico acadêmico a partir da década de 1950 pela análise do Professor da Universidade de Toronto, Edward McWhinney, com uma conotação negativa do termo, ao considerar que, nessa situação, o juiz agiria de forma voluntariosa, refletindo em sua decisão entendimento pessoal dissociado das normas legais (KMIEC, 2004).

É importante registrar que o surgimento do debate acerca do ativismo judicial nos Estados Unidos ocorre a partir das nomeações do Presidente Roosevelt, na transição entre um tribunal de perfil de autocontenção, com as denominadas “Corte Hughes” (1930-1941), “Corte Stone” (1941-1946) e “Corte Vinson” (1946-1953), de demasiada deferência a atos legislativos com contornos flagrantemente inconstitucionais, para um tribunal de característica ativista, com

a “Corte Warren (1954-1969)”, com profundas transformações em matérias de direitos fundamentais sem qualquer participação direta dos Poderes Legislativo e Executivo.

Nesse momento já se encontram postas as principais críticas que ainda são feitas ao ativismo judicial, a saber: a) atividade pelo Poder Judiciário de “criação” de norma jurídica; b) ofensa ao princípio da separação dos poderes, pois o Poder Judiciário estaria “invadindo” competência adstrita aos Poderes Legislativo e Executivo; c) desrespeito ao princípio democrático porque os juízes não seriam escolhidos diretamente pelo povo, mas, em regra, por critérios técnicos, e com mandatos duradouros (alguns vitalícios) não sujeitos à posterior avaliação por meio das eleições.

Ocorre que, essas críticas devem ser analisadas pelas transformações políticas e jurídicas ocorridas após a 2ª Guerra Mundial, com as constituições adquirindo capacidade normativa e locus central no ordenamento jurídico em superação ao legalismo do sec. XVIII e na qual os Tribunais Constitucionais ganham relevo na promoção de direitos fundamentais e implementação de políticas públicas desatendidas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Nada obstante, o papel de destaque adquirido pelo Poder Judiciário não pode se revelar num desrespeito ao regime democrático, com a desconsideração do ordenamento jurídico, expressão da soberania popular e de seus representantes, pela vontade pessoal do juiz.

A própria conotação do termo “ativismo judicial” é divergente conforme cada intérprete compreende esse fenômeno. Segundo ARGULHES (2019, p. 45), “a expressão ‘ativismo judicial’ pode ser empregada em contexto muito diversos o que pode reduzi-la na prática a mera arma política, um rótulo vazio, desprovida de qualquer rigor”.

Para alguns, como o Ministro Celso de Mello, o ativismo seria o cumprimento pelo STF de sua função institucional, “uma resposta do Supremo a provocações formais da sociedade a partir de mecanismos criados pela Constituição para neutralizar o caráter lesivo das omissões do Congresso ou do Executivo” (MELLO, 2010, p. 77).

No entanto, para outros, como Inocência Coelho, o ativismo judicial teria sempre uma conotação negativa, pois configuraria uma situação na qual o juiz ultrapassaria o limite de interpretação para a criação do direito (COELHO, 2011)

Sem embargo, o próprio Inocência Coelho entende correta as situações que denomina “criação judicial do direito”, que embora sejam decisões criativas, diferenciam-se, no seu entender, do ativismo judicial porque em consonância com o desenho constitucional do poder-dever atribuído aos juízes de interpretar-aplicar na situação concreta o direito contido no ordenamento jurídico (COELHO, 2011).

Há que se reconhecer, contudo, que esse desenho constitucional não é tão claro assim no sec. XXI, de tal forma que sujeito a contornos que podem levar que uma mesma situação possa ser identificada por intérpretes diversos como ativistas ou não.

Ronald Dworkin denota ao termo “ativismo judicial” um viés desfavorável, ao compreendê-lo como uma forma virulenta de pragmatismo jurídico (DWORKIN, 2010).

Contudo, em uma leitura mais apurada, é importante constatar que Dworkin defende uma atividade criadora do intérprete por meio do qual caberia ao juiz realizar uma “leitura moral da constituição”, a partir de argumentos de princípios e tratando o direito como integridade.

Dworkin analisa uma das decisões mais ativistas da Suprema Corte dos Estados Unidos, *Brow v. Board of Education* (1954), a partir da crítica realizada à época pela maioria dos constitucionalistas, que embora sustentassem a ofensa aos poderes representativos da democracia, entendiam que ela foi moralmente legítima. Haveria, para Dworkin, um evidente paradoxo nessa assertiva, com uma compreensão inadequada da democracia e do respeito aos direitos fundamentais (DWORKIN, 2002, p. 148).

Para Dworkin, as liberdades individuais compõem a própria concepção de igualdade, de tal forma que não podendo o Estado impor um projeto de vida boa aos cidadãos, deve tratá-los com igual respeito e consideração com o objetivo de alcançarem seus próprios fins. Daí, portanto, a correção do caso *Brown*, pois os “princípios emanados na constituição e da história política exigiam que o Estado tratasse a todos com igual respeito e consideração, não estando de acordo com essa premissa a segregação racial” (SAMPAIO, 2013, p. 136).

A constituição principiológica de Dworkin é composta por direitos fundamentais, explícitos ou implícitos, estruturados por meio de uma “linguagem moral excessivamente abstrata” que não admitem limitações por razões de política ou utilidade (DWORKIN, 2007).

Um princípio constitucional, portanto, não apenas pode mas deve ser aplicado pelo juiz quando em correspondência com a cultura práticas da história jurídico-política norte-americana (DWORKIN, 2007).

Segundo Sampaio (2013, p. 135): “Não há comprometimento da democracia em assim fazer. Há se não o fizer. Como vemos Dworkin é favorável a um ativismo judicial que se proponha a levar os direitos a sério. Não se trata de conferir ao juiz demasiada discricionariedade. Ao contrário, cuida-se, antes de vinculá-lo àquelas práticas e tradições lidas pelo melhor ângulo”.

Desse modo, o uso da expressão ativismo judicial para Dworkin estaria restrita para a situações nas quais esses pressupostos não são atendidos e quando o juiz impõe seu ponto de

vista para alcançar argumentos de utilidade, em especial numa crítica à escola da análise econômica do direito.

Na presente tese, o fenômeno do “ativismo judicial” será compreendido nas situações que a função jurisdicional, realizada por meio da interpretação jurídica, redundar em uma atividade criadora do direito, mas sujeita a limites estabelecidos pela própria atividade hermenêutica a fim de que não se substitua a norma jurídica pela vontade do juiz.

Assim, um meio que se mostra mais seguro para designar determinada decisão judicial de “ativista” é elencar situações que de antemão ela estaria configurada, estabelecendo os pressupostos a partir dos quais se estaria diante de um ativismo judicial.

Essa é a proposta de Luís Roberto Barroso, para quem o ativismo judicial ocorreria nas seguintes posturas adotadas pelo magistrado: i) aplicação direta das normas constitucionais a situação não explicitamente estabelecidas por ela e independentemente da existência de lei; ii) declaração de inconstitucionalidade de leis com fundamento em critérios mais flexíveis do que o afronta direto a dispositivo constitucional (BARROSO, 2009, p. 6).

Ao revés, a autocontenção judicial, postura pela qual o Poder Judiciário busca não interferir nas ações dos outros Poderes, seria realizada quando: a) evita aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; b) utiliza critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos (BARROSO, 2009).

Luís Roberto Barroso elenca uma terceira situação configuradora de ativismo judicial, que se daria quando ocorre determinação de políticas públicas com imposição de obrigação de fazer ou não fazer ao Poder Público. Contudo, nesse particular, como se demonstrará a seguir, não seria uma situação específica de ativismo judicial, mas própria de judicialização da política.

Conquanto seu crescimento histórico esteja interrelacionado, tenham características semelhantes e no mais das vezes suas aplicações estejam entrelaçadas, o ativismo judicial e a judicialização da política possuem significados e contextos diferentes.

O termo “judicialização da política” surgiu com Carl Schmitt, na década de 20 do século passado, a partir do famoso debate com Hans Kelsen acerca do Tribunal Constitucional. Schmitt contrapunha-se ao controle judicial concentrado de constitucionalidade, sustentando que isso promoveria, com prejuízo a ambos, a uma “judicialização da política” e uma politização da justiça (SCHMITT, 2007).

Segundo os cientistas políticos Tate e Torbjörn, a judicialização da política consiste na frequente transferência ao Poder Judiciário de atribuições tipicamente dos poderes administrativo e legislativo. (TATE, TORBJÖRN, 1995, p. 17).

Por outro lado, não houve apenas uma judicialização da política, pois, também, na esfera política, houve uma “proliferação de um tipo de juridificação da vida moderna” por meio da adoção de discurso de cunho normativo, legal, procedimental e eminentemente jurídico pela esfera política (HIRSCHL, 2011, p. 2, apud PIRES, 2018, p. 69).

A judicialização da política, desse modo, seria um “fenômeno contingencial”, nas palavras de Clarissa Tassinari, pois decorreria da insuficiência na realização das políticas públicas estabelecidas pela Constituição Federal pelos Poderes Executivo e Legislativo. Por conseguinte, demandas de política pública são apresentadas por diversos atores sociais ao Poder Judiciário, que em razão do seu poder-dever de prestar a tutela jurisdicional, realiza essa tarefa independentemente da atitude interpretativa criadora do magistrado (TASSINARI, 2013, p. 55).

Cada vez mais o Poder Judiciário é chamado para decidir questões de políticas públicas polêmicas pela sociedade, muitas vezes por grupos minoritários políticos e sociais perdedores da arena política (SARMENTO, 2009).

Desse modo, enquanto o ativismo judicial configura uma postura interpretativa expansiva do juiz, a judicialização da política “descreve as opções majoritárias – da constituição e da legislação – no sentido de valer-se do instrumental do Direito no esforço de disciplinar fenômenos políticos e sociais.” (BARCELLOS, 2022, p. 276).

De fato, não é o Poder Judiciário, mas é a própria constituição, que assegura diversos direitos fundamentais e comandos de políticas públicas que, acaso desatendidas pelos Poderes Públicos, conferem o direito subjetivo público ao cidadão se acionar o Poder Judiciário, tendo ele o dever de realizar a prestação jurisdicional.

Devido a omissão “e até aversão” dos poderes constituídos em conformar os direitos fundamentais insculpidos no texto constitucional, “seria legítimo ao poder judicial ‘realizar os valores constitucionais’ actuando os princípios e regras constitucionais.” (CANOTILHO, 2013, p. 50).

Assim, bem mais que um convite que se apresenta ao magistrado a fim de que possa adotar uma postura própria mais ativa, a judicialização da política é uma demanda proposta em face da omissão total ou parcial dos demais poderes em realizar as políticas públicas determinadas no texto constitucional a partir de instrumental jurídico estabelecido pelo próprio legislador constitucional ou infraconstitucional.

Por outro lado, “o ativismo é uma atitude, a escolha de modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2009, 24), “ocupando espaços tradicionalmente percebidos como sendo do Legislativo” (BARROSO, 2018, p. 140).

O ativismo judicial caracteriza-se como uma postura interpretativa do juiz mais livre dos parâmetros legais estritos, valendo-se, principalmente, dos vetores decorrentes dos princípios constitucionais. Seria, assim, um fenômeno interno da própria atividade jurídica. (TASSINARI, 2013).

Embora seja comum haver ativismo judicial na judicialização da política, com uma interpretação argumentativa criadora por parte do juiz ao qual é submetida uma demanda de política pública desatendida pelo Estado, também pode ocorrer do juiz decidir uma ação sem usar de uma postura ativa, valendo-se, por exemplo, de uma interpretação literal de uma norma jurídica, como, no Brasil, ao determinar ao município matricular um aluno da rede pública de ensino fundamental com fundamento exclusivamente na subsunção de uma regra clara do texto constitucional.

Da mesma forma, o juiz também pode ter uma conduta ativista na interpretação de uma norma constitucional sem que esteja em discussão uma política pública específica, como, por exemplo, julgar inconstitucional determinado tributo criado pelo Estado exclusivamente com fundamento no princípio constitucional da capacidade contributiva.

Normalmente, os avanços promovidos pelo ativismo judicial levam a uma reação do Poder Legislativo, conhecido na literatura jurídica norte-americana como “backlash”, na qual normalmente a Constituição é alterada para remover o ativismo realizado pelo Poder Judiciário.

### **3.2 Causas do ativismo judicial**

O aumento do ativismo judicial dos Tribunais Constitucionais ao redor do mundo, também incluído o Supremo Tribunal Federal, decorre de três causas interligadas, a saber: a) o caráter normativo adquirido pelas Constituições após a 2ª Guerra Mundial; b) a função conferida aos Tribunais Constitucionais de guardiões dessas Constituições; c) a ascensão de uma nova interpretação constitucional que tem como principal vetor hermenêutico os princípios constitucionais (BARROSO, 2009, p. 262).

“Pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento da práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normalidade dos princípios) e na teoria da interpretação” (STRECK, 2011, p. 37).

### 3.2.1 A constituição como um sistema normativo aberto de princípios e regras

A constituição, desde o seu surgimento moderno no século XVIII, não era normalmente reconhecida como norma jurídica típica dotada de coercitividade a garantir um direito subjetivo do cidadão, mas lei cuja função principal era a organização dos Poderes do Estado que serviria de diretrizes a serem consolidadas pelo Parlamento.

Apenas a Constituição dos Estados Unidos, desde a famosa decisão *Marbury vs. Madison*, de 1803, teve reconhecido seu caráter normativo por meio do *judicial review* realizado pela Suprema Corte.

Nos séculos XVIII e XIX predominava na Europa “uma cultura jurídica legicêntrica”, na qual a lei aprovada pelo Parlamento é a principal fonte do ordenamento jurídico, representado sobretudo pelos códigos (ENTERRIA, 1985, p. 41), por sua vez, a constituição era apenas um simples programa político de intenções, formado por “normas imperfeitas”, desprovidas de força normativa, que dependiam do Parlamento para serem concretizadas (MOREIRA, 2003, P. 317).

“Durante praticamente século e meio, havia Constituição na Europa, mas não era levada a sério. Pelo menos, não era levada a sério enquanto norma jurídica. Na Europa, a Constituição limitava-se a uma natureza de documento com valor político, simbólico, mas não aplicado pelos tribunais e, nunca invocado como fundamento para eventual desaplicação, por inconstitucionalidade, das leis em vigor” (NOVAIS, 2014, p. 31)

No entanto, o “culto do legislador e o fetiche da lei” foi insuficiente para evitar as graves violações aos direitos humanos que ocorreram durante os regimes totalitários do século XX (GOUVEIA, 2014, p. 57).

Assim, após a Segunda Guerra Mundial, com a desconfiança na sociedade no parlamento, ocorre uma “releitura do constitucionalismo”, pela qual os textos constitucionais passaram a adquirir força normativa, constituindo-se no *locus* privilegiado de proteção dos direitos fundamentais em face das maiorias eventuais (PIRES, 2016, p. 218).

“O ‘dever ser’ estava agora ‘constitucionalizado’, ocupando o lugar cimeiro de validade. Cumpria agora assegurar a aplicação directa da constituição, e restringir, ao mesmo tempo, os arbítrios interpretativos dos órgãos políticos, sobretudo dos órgãos legislativos e de governo” (CANOTILHO, 2013, p. 49).

A Alemanha, com a Lei Fundamental de 1949, representa um marco nesse novo constitucionalismo, precedida da Constituição da Itália de 1947 e, posteriormente, da Constituição da França de 1958. A Proclamação Universal dos Direitos Humanos, em 1948, representa, no âmbito internacional, uma prevalência no respeito aos direitos humanos.

Igual situação ocorreu na década de 1970, com a redemocratização em Portugal (1976) e na Espanha (1979), e posteriormente com o Brasil, com a Constituição de 1988, após longo período de exceção durante o regime militar.

Como assenta Alex Sander Xavier Pires: “A nova relação de poder levada ao âmbito constitucional desencadeou uma onda de reconstrução dos institutos inspirada na ideia de que a Constituição, para além de ser o critério último de validade do ordenamento jurídico do Estado, passava a ser a norma jurídica suprema concessiva de direitos individuais e coletivos, fundamentais e sociais, civis e políticos, que poderiam – e deveriam –, desde então, ser acessados diretamente pelos indivíduos, cuja oponibilidade deveria ser garantida pelo próprio Estado, ainda que este fosse o causador da lesão, por ação ou por omissão, ao direito (...) perdeu-se no tempo a ideia de que a constituição seria tão-somente uma nascente do ordenamento jurídico que demandaria a complementação do legislador ordinário” (PIRES, 2016, p. 62).

Essas constituições acolhem normas principiológicas com grande densidade axiológica, cujo epicentro se encontra no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, do qual decorreriam diversos direitos fundamentais.

Esse novo modelo de constituição vem sendo denominado neoconstitucionalismo, com “especial valorização do conteúdo prescritivo dos princípios fundamentais”, que se “ergue à qualidade de alavanca de Arquimedes o princípio da dignidade humana”, colhe sua “interpretação/aplicação da força normativa dos princípios e reaproxima a moral ao Direito” (CANOTILHO, 2013, p. 45-49).

É importante assentar que o termo neoconstitucionalismo não é usado pela doutrina norte-americana e alemã, mas, principalmente, na Espanha, Itália, Portugal e Brasil, na qual se incluem autores com pensamentos muito heterogêneos e que muitas vezes não se autodenominam neoconstitucionalistas.

Na estrutura da norma jurídica, segundo Robert Alexy, diferenciam-se as regras dos princípios. Trata-se de uma distinção fundamental, não meramente gradual, mas qualitativa, “sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico” (ALEXY, 2008, p. 85).

As regras são normas pelas quais se garantem direitos de forma definitiva, ou seja, “em casos de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva”. Assim, se um determinado direito é estabelecido por meio de uma regra, enuncia determinações que devem obrigatoriamente ser atendidas segundo disciplinado. A subsunção é o parâmetro de sua aplicação (ALEXY, 2008, p. 86-91).

De maneira similar, embora com características próprias, Ronald Dworkin compreende que as regras são aplicáveis na lógica do “tudo-ou-nada”, ou seja, “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, 2002, p. 39).

Por sua vez, os princípios são, na lição de Robert Alexy, considerados como “mandados de otimização” a serem satisfeitos em vários graus, na maior medida possível em relação às possibilidades jurídicas e fáticas existentes. As possibilidades jurídicas para sua aplicação decorrem da tensão existente com outros princípios e fáticas porque demandam a qual deles preponderará segundo a técnica de ponderação nas circunstâncias do caso concreto (ALEXY, 2008).

Assim, os princípios garantem direitos “*prima facie*”, porque dificilmente são realizados totalmente – como as regras – mas apenas parcialmente em razão das mencionadas possibilidades jurídicas e fáticas. Há uma diferença entre aquilo que é estabelecido “*prima facie*” pelo princípio e aquilo definitivamente aplicado no caso concreto (SILVA, 2011).

Os princípios não resolvem definitivamente a questão, mas possuem uma dimensão de peso (“*dimesion of weight*”) que serve de fundamento para, em conjunto com outros princípios, buscar uma resposta para o caso concreto (DWORKIN, 2002).

A diferença estrutural dos princípios com as regras fica mais evidente quando se analisa a distinção do conflito entre regras com o conflito (tensão) entre princípios, pois, enquanto os princípios “permitem o balanceamento de valores e interesses”, as regras “não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas precrições, nem mais, nem menos” (CANOTILHO, 2013, p. 1161-1162).

### 3.2.2 A expansão dos Tribunais Constitucionais

Para conferir caráter normativo ao texto constitucional, adotando de efetividade suas normas, mostrou-se indispensável a existência de um controle judicial de constitucionalidade de normas semelhante ao existente nos Estados Unidos.

Após a 2ª Guerra Mundial, e principalmente depois da terceira onda democrática na década de 1970, a “jurisdição constitucional passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático” (MOREIRA, 1995, p. 177).

Dessa forma, como ressalta Vital Moreira, “os Tribunais constitucionais generalizaram-se” (MOREIRA, 2001, p. 317), passando o Poder Judiciário “a ter papel de destaque na

sociedade com estreitamento da fronteira entre legislação e jurisdição e política e direito” (BARROSO, 2015, p. 7)

Todas essas transformações fizeram com que muitas demandas políticas numa sociedade de massa complexa e heterogênea que não são suficientemente atendidas pelo Poder Público por desrespeito ao texto constitucional terminem por desaguar no Poder Judiciário que, por sua vez, contribuem para a adoção de posturas ativistas para enfrentá-las.

Como salienta Antoine Garapon, o Poder Judiciário, em especial o Tribunal Constitucional, transformou-se numa espécie de “guardião das promessas humanistas e civilizatórias dos textos constitucionais” (GARAPON, 1998, p.24).

### 3.2.3 A “nova” interpretação constitucional

A interpretação jurídica tradicional restringia ao juiz uma função metodológica baseada na subsunção, muitas vezes mecânica que lembrava a célebre citação de Montesquieu na qual os juízes seriam “seres inanimados”, “são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei” (MONTESQUIEU, 1987, p. 176).

Contudo, no contexto histórico posterior à 2ª Guerra Mundial, mostrou-se insuficiente o procedimento lógico-dedutivo da subsunção da regra jurídica alicerçado no legalismo positivista.

Houve, assim, a transformação no Estado constitucional de direito em relação ao “marco teórico”, com “o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, ponderação e argumentação” (BARROSO, 2015, p. 7).

O neoconstitucionalismo procura, desse modo, “dar resposta aos impasses metodológicos do positivismo”, pela qual o “carácter de uma norma conduz a um processo de compreensão e aplicação também diferente”. Enquanto “aplicar regras é, ainda, um esquema metodológico de ‘subsunção’; concretizar princípios exige um novo modelo – o modelo da ponderação” (CANOTILHO, 2013, p. 49).

Essa “nova hermenêutica constitucional” desenvolveu-se por meio da construção argumentativa do intérprete de uma solução para o caso concreto que não se encontra prefixada no ordenamento jurídico, mas que é construída na compreensão dos princípios constitucionais e com diálogo com os espaços político, social e econômico.

“As texturas da vida – política, econômica, social e cultural – terão de se articular com o texto e o contexto das normas da constituição sob pena de a força normativa desta se dissolver na força normativa dos fatos. Por sua vez, os ‘referentes da vida’ – dimensões econômicas,

sociais, políticas e culturais – emprestarão aos textos dinâmica dialéctica de uma constituição viva, sob pena de a constituição se degradar em esquema vazio de uma juridicidade formal” (CANOTILHO, 2013, p. 45).

A argumentação jurídica desenvolvida pelo juiz constitucional é imprescindível para conferir legitimidade à interpretação realizada. Alexy, com a finalidade de sustentar a racionalidade do discurso jurídico, afirma que a argumentação jurídica é “um caso especial” do discurso prático geral advinda de uma reaproximação com a razão prática, na qual se busca relacionar a filosofia com o raciocínio jurídico e político (ALEXY, 2005, p. 45).

Contudo, a argumentação jurídica tem a “pretensão de correção”, com “uma série de condições limitadoras” (vinculação a lei, aos precedentes e à dogmática jurídica), para que as decisões judiciais sejam fundamentadas em raciocínios racionais e jurídicos, afastando a discricionariedade e arbitrariedade do juiz. (ALEXY, 2005, p. 46).

Desse modo, o discurso do Direito é uma argumentação prática que diminui o arbítrio do intérprete referente ao que é permitido/proibido, contudo, possui como especificidade a vinculação a fundamentos legais, decisões judiciais e dogmática jurídica.

Nada obstante, sob pena de não alcançar uma pretensão de correção, mas um mero exercício de poder, é necessário que a argumentação jurídica também tenha fundamentação em argumentos morais. Segundo Alexy (2005, p. 39): “O juiz deve atuar sem arbitrariedade; sua decisão deve ser fundamentada em uma argumentação racional. Deve ter ficado claro que a lei escrita não cumpre essa função de resolver um problema jurídico de forma justa. A decisão judicial preenche então essa lacuna, segundo os critérios da razão prática e as ‘concepções gerais de justiça’ consolidadas na coletividade”.

Na “nova interpretação constitucional”, sobressaem a compreensão dos princípios constitucionais que possuem natureza normativa ao demandarem um comportamento jurídico em relação aos seus destinatários, no entanto, diferentemente das regras, conferem uma maior abertura hermenêutica, em especial nos denominados “casos difíceis”.

Quando duas regras se referem à mesma situação fática, o conflito será solucionado com a declaração de uma das regras como inválida ou por meio de uma “cláusula de exceção”. Assim, o conflito de regras na realidade é aparente, pois apenas uma regra de fato se aplica na hipótese, pela declaração de invalidade de uma delas (lei superior revoga lei inferior ou lei posterior revoga lei anterior) ou por meio de uma cláusula de exceção (lei especial revoga lei geral) (SILVA, 2011).

Diversamente, não ocorre declaração de invalidade na colisão entre princípios, situação bastante comum em razão do seu alto grau de abstratividade, mas relação de precedência de um princípio em relação ao outro sobre determinadas circunstâncias fáticas.

Vale dizer: “a concorrência de direitos fundamentais existe quando um comportamento do mesmo titular preenche os ‘pressupostos de facto’ (‘tatbestände’) de vários direitos fundamentais” (CANOTILHO, 1998, p. 1135).

É utilizada para a resolução da tensão entre princípios a técnica da ponderação de princípios ou interesses, na qual se sobressai a análise fática do caso concreto, fundamental para determinar a “dimensão de peso” dos princípios em conflito para determinar qual deverá ser aplicado.

Nessa ponderação, em um primeiro momento, identifica-se os princípios em conflito, analisando profundamente os elementos em tensão. Depois, o julgador compara o “peso genérico” que a constituição atribui a cada princípio em conflito, sendo “apenas indiciário do peso específico” da tensão do caso concreto.

É certo que as constituições atuais não estabelecem uma escala rígida de normas, contudo, costumam indicar, ainda que implicitamente, princípios que gozam abstratamente de prevalência sobre os demais, e.g., no texto da CF/88, teriam peso genérico em face das demais normas constitucionais, aquelas estabelecidas no título dos direitos fundamentais, bem como as protegidas por cláusulas pétreas (art. 60, parágrafo 4º) e os denominados princípios sensíveis (art. 39) (SARMENTO, 2002, p. 103).

Por fim, busca-se o “peso específico” dos princípios em tensão, nos contornos fáticos do caso concreto. Neste momento, é imprescindível que o julgador se sustente no princípio de interpretação da unidade da constituição, segundo o qual a constituição se constitui em um todo sistematizado de normas pela qual é dever do intérprete aplicar o princípio de interpretação da concordância prática buscando conciliar princípios constitucionais antagônicos, encontrando uma solução otimizada que prestigie, na medida do possível, ambos valores.

“Os direitos consideram-se direitos *prima facie* e não direitos definitivos, dependendo a sua radicação subjectiva definitiva da ponderação e da concordância feita em face de determinadas circunstâncias concretas. O Tatbestand (o domínio normativo) de um direito é também sempre, em primeiro lugar, ‘um domínio potencial’, só se tornando um domínio actual, depois de averiguação das condições concretamente existentes” (CANOTILHO, 1998, p. 1139).

Nesse aspecto, o julgador há que se auxiliar do princípio da proporcionalidade em seus três aspectos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, nos seguintes termos: “O julgador deve buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses em jogo, que atenda aos seguintes imperativos: (a) a restrição a cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro; (b) tal restrição deve ser a menor possível para a proteção do interesse contraposto e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico” (SARMENTO, 2002, p.104-105).

O princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, com seus subprincípios: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, é difundido por toda a Europa pelo Tribunal de Justiça das Comunidades (art. 5º do Tratado da União Europeia), pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 8º e 11º) e pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Na resolução da tensão entre princípios constitucionais sobreleva a atuação do Poder Judiciário, cuja legitimidade, nessa hipótese, como já visto, repousa numa representação argumentativa da sociedade.

Neste particular, “quanto mais racional é a ponderação, mais legítima é a ponderação de princípios constitucionais pelos tribunais” (SIECKMANN, 2022, p. 87)

É importante ressaltar que embora o Poder Judiciário possa melhor analisar questões de princípios, não estaria absolutamente livre, tal qual o rei-filósofo ao modelo platônico, pois “não é um tirano usurpador que procura enganar o povo e despojá-lo do seu poder democrático” (DWORKIN, 2014, p. 433).

### **3.3 Teoria contrária ao ativismo judicial por ser antidemocrático**

A clivagem realizada pela doutrina constitucional norte-americana entre as teorias que analisam o déficit de legitimidade democrática do judicial review pode ser utilizada como parâmetro quando se analisa as posições favoráveis e contrárias ao ativismo judicial.

De fato, uma abordagem contrária à jurisdição constitucional (constitucionalismo popular), em comparação com uma aceitação ampla (substancialista) ou mitigada (procedimentalista) da jurisdição constitucional, serve de paradigma teórico para posições contrárias (constitucionalismo popular) e favoráveis ao ativismo judicial (substancialista ou procedimentalista).

Os teóricos do “constitucionalismo popular” sustentam que ele seria antidemocrático e defendem uma revalorização do parlamento e do próprio povo.

Esse mesmo raciocínio crítico também transparece no ativismo judicial, na qual a interpretação e o âmbito de aplicação das normas constitucionais de alto grau de abstratividade e grande debate na sociedade é conferida com prioridade ao Poder Judiciário, quando o local democrático próprio seria o Parlamento.

Além disso, o ativismo judicial perpassa a falsa impressão de que o ambiente judicial é um local puro, livre da contaminação da influência dos agentes políticos. Ora, a própria indicação dos juízes dos tribunais superiores perpassa por mecanismos de influência política, e, mesmo após a indicação, ou mesmo aqueles que são nomeados por meio de concursos públicos,

não raro se inclinam por posições pessoais ou de grupos aos quais pertencem (STAMATO, 2009, p. 33).

Na perspectiva da mobilização democrática dos cidadãos, o ativismo judicial também enfraquece esse importante meio de participação política, pois incentiva que as soluções dessas questões políticas e morais sejam delegadas ao Poder Judiciário e não sejam exercidas pela pressão popular democrática aos agentes públicos (TUSHNET, 2009, p. 121).

### **3.4 Teorias favoráveis ao ativismo judicial por ser compatível com a democracia**

Contrariamente ao denominado “constitucionalismo popular”, existem pensamentos teóricos que legitimam democraticamente o judicial review e, nessa perspectiva, apresentam argumentos importantes para justificar o ativismo judicial. Duas correntes que defendem a jurisdição constitucional em um regime democrático, mas com parâmetros diferentes, são conhecidas como substancialista e procedimentalista.

O Poder Judiciário, segundo a teoria substancialista, pode ingressar no mérito da deliberação política, enquanto a teoria procedimentalista, ainda que exerça a autocontenção em relação ao resultado do processo político, concorda com uma atuação forte em relação aos pressupostos desse processo político.

Desse modo, os fundamentos da teoria substancialista redundam em argumentos favoráveis a um ativismo judicial mais acentuado, enquanto os da teoria procedimentalista justificam um ativismo judicial mais moderado.

#### **3.4.1 Teoria procedimentalista**

O consenso obtido pela sociedade na Constituição, para a teoria procedimentalista, não residiria do conteúdo dessa deliberação, mas nos procedimentos pelos quais se encaminha essa decisão política.

O Tribunal Constitucional, nesse sentido, atuaria com uma postura de autocontenção das leis emanadas do parlamento, mas com a necessidade de intervir ativamente nas hipóteses de “desconfiança” do parlamento, quando “os nossos representantes eleitos têm óbvio interesse na manutenção do status quo”, a fim de promover a abertura dos canais de participação popular (ELY, 2010, p. 117).

Nessas circunstâncias, a atuação ativista da Corte Constitucional promovendo a abertura dos canais democráticos e a proteção de minorias estigmatizadas não pode ser considerada

antidemocrática, pois ela estaria agindo exatamente para preservar e promover a efetiva participação popular no regime democrático.

Nesse contexto, se a decisão de maiorias eventuais afrontar os direitos elencados nesses pressupostos condicionantes da democracia, não apenas seria justificado o ativismo judicial, como até imprescindível para preservar a sua legitimidade democrática.

A análise da teoria procedimentalista é bastante pertinente quando convertida à compreensão do ativismo judicial, pois propõe um “ativismo moderado” (RAMOS, 2010, p. 31), um ativismo mais contido, ao não admitir que o Poder Judiciário ingresse no mérito da discussão moral e política, mas impõe uma intervenção judicial rigorosa nos pressupostos da deliberação democrática.

### 3.4.2 Teoria substancialista

A teoria substancialista argumenta que o Poder Judiciário pode adentrar ao próprio mérito do resultado do processo político, reanalizando as escolhas realizadas pelo parlamento. Esse fundamento doutrinário resulta em argumentos favoráveis ao ativismo judicial, numa concepção bem mais incisiva do que aquela vislumbrada pela teoria procedimentalista.

Em razão Poder Judiciário não ser eleito diretamente pelo povo e não se encontrar sujeito a escrutínio periódico, diferentemente do Poder Legislativo, estaria mais apto de decidir sobre direitos fundamentais.

Desse modo, a alegada objeção democrática do ativismo judicial funcionaria na verdade como uma reforçada legitimidade, pois ele seria um *player* fora das discussões políticas ordinárias e não estando submetido ao crivo constante do cidadão estaria mais preparado para defender os direitos fundamentais (SAMPAIO, 2002, p. 97)

O ativismo judicial, portanto, estaria justificado com uma releitura do próprio regime democrático, não meramente como uma vontade da maioria, mas por meio de uma interpretação axiológica dos princípios constitucionais, calcada sobretudo nos direitos fundamentais insculpidos nos princípios constitucionais.

Embora não utilize a expressão “ativismo judicial”, preferindo “criatividade judiciária”, Mauro Cappelletti (1999, p.133) entende que tal postura é inevitável e fundamental em países democráticos, pois confere ao Poder Judiciário a características de um “terceiro gigante”, necessária para fazer frente ao “legislador mastodonte” e o “leviatanesco administrador”.

### 3.5 Separação dos Poderes e Ativismo Judicial

A teoria da separação dos poderes, apesar de já vislumbrada por Aristóteles e John Locke, foi sistematizada por Montesquieu durante a Revolução Francesa e com ampla repercussão que, o artigo 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, estabelece literalmente que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Na clássica formulação da separação dos poderes, Montesquieu observa três funções exercidas pelo Estado, a função legislativa, a função executiva e a função judiciária.

Apregoa que essas funções estatais, para evitar a concentração e o abuso, devem ser exercidas por poderes autônomos e independentes, com limites estabelecidos, garantido, por conseguinte, a liberdade dos indivíduos (MONTESQUIEU, 1987).

Por fim, esses poderes autônomos devem estar em equilíbrio, andarem em “concerto”, mas de tal forma exerçam entre eles um controle mútuo por meio do qual “só poder controla o poder”, por meio de “freios e contrapesos” (“checks and balances” do direito norte-americano).

A repartição dos poderes estabelecidas no constitucionalismo moderno, portanto “é instrumental relativamente ao objetivo principal de qualquer Estado de Direito: a garantia dos direitos fundamentais das pessoas perante o Estado e os poderes públicos” (NOVAIS, 2014, p. 21).

Canotilho, por sua vez, discorre sobre uma dupla dimensão do princípio da separação dos poderes, uma dimensão negativa, referente à ideia de divisão, controle e limite, e uma dimensão positiva, “como ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas” (CANOTILHO, 1998, p. 250).

Na perspectiva clássica de Montesquieu, não é conferida ao juiz qualquer liberdade interpretativa inovadora do ordenamento jurídico, que deve atuar como mera “boca que pronuncia a lei”, numa atividade praticamente mecânica, sob pena de invadir a função do Poder Legislativo (MONTESQUIEU, 1987).

Roberto Gargarella observa, todavia, que apesar de eficiente por meio da técnica de “freios e contrapesos” como forma de proteção do cidadão em face do arbítrio e concentração do poder, a teoria da tripartição dos poderes “se assenta em uma concepção muito pobre de democracia” (GARGARELLA, 1999, p. 14).

De fato, preocupado com os aspectos externos na limitação do poder como forma de evitar seu uso abusivo em face dos direitos dos indivíduos, a teoria da tripartição dos poderes foi incipiente no desenvolvimento da forma do exercício do poder político do cidadão, na sua autonomia pública.

Ao longo de mais de duzentos anos de sua formulação, nas mudanças substanciais advindas da própria ideia de Estado e de Constituição, a teoria da tripartição dos poderes seria “um conceito em crise”, pela qual a sua concepção estática não mais vigoraria, havendo uma mitigação de sua rigidez para uma maior fluidez nas funções típicas e atípicas exercidas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (PAULA, 2013, p. 280).

Segundo Jorge Bolzan de Moraes, “a leitura clássica da separação dos poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário cede espaços a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa de valores constitucionais” (MORAIS, 2009, p. 22)

Assim, as transformações advindas principalmente após meados do século passado, com a função normativa adquirida pelas constituições, pelo surgimento e expansão dos Tribunais Constitucionais e com o desenvolvimento de uma interpretação constitucional mais criativa, não mais é possível se sustentar uma separação rígida da separação de poderes.

Cumprir lembrar o pensamento de Bruce Ackerman de que “a separação de poderes é uma boa ideia, mas não há nenhuma razão para supor que os escritores clássicos esgotaram a sua excelência” (ACKERMAN, p. 113).

### **3.6 Ativismo judicial nos Estados Unidos**

Com normatividade jurídica da Constituição dos Estados Unidos estabelecida desde 1803, com a decisão *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte sempre serviu como fundamento político do país e paradigma para investigação do ativismo judicial ao redor do mundo.

Tal fato não passou despercebido pelo francês Alexis de Tocqueville, em sua viagem aos Estados Unidos em 1831: “O que o estrangeiro tem maior dificuldade de compreender nos Estados Unidos é a sua organização judiciária. Não há, por assim dizer, ocorrência política em relação a qual não se ouça que será invocada a autoridade do juiz. E conclui à vista disso, naturalmente, que o juiz é, nos Estados Unidos, uma das primeiras forças políticas” (TOCQUEVILLE, 2001, p. 132).

Nada obstante, o controle de constitucionalidade não é explícito no texto constitucional norte-americano, embora constasse em “O Federalista” (“Federalist Papers”), um conjunto de 85 artigos escritos na imprensa de Nova York a partir de 1787 por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, com a finalidade de convencer a sociedade americana para que os estados membros ratificassem a Constituição dos Estados Unidos.

No Federalista nº 78, intitulado “Os juízes como guardiões da Constituição”, Hamilton expõe que a guarda da Constituição não pode ser conferida ao Poder Legislativo, porque “não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir

a sua própria vontade à dos constituintes”, assim, descreve o Poder Judiciário como “o menos perigoso (“the least dangerous”) à Constituição”, porque “diferentemente do Poder Legislativo e Executivo, não dispõe da bolsa ou da espada”( HAMILTON *et al*, 2003, p. 458-460).

Também no Federalista nº 81, Hamilton sustenta que “atribuir o dever de guarda da Constituição ao Poder Legislativo seria pouco producente, pois não há de se esperar que o Legislativo que violou a Constituição na elaboração de más leis há de temperar o efeito destas, reparando como juízes o mal que fizeram como legisladores. (HAMILTON *et al*, 2003, p. 474-476).

Pouco tempo depois de sua ratificação pelos Estados Membros, em 1803, a Constituição dos Estados já foi objeto de análise pela Suprema Corte no precedente *Marbury v. Madison* na qual afirma expressamente que é sua atribuição precípua a guarda da Constituição contra atos praticados pelos demais poderes constituídos.

Nos últimos dias do mandato do segundo Presidente dos Estados Unidos, John Adams (1797 a 1801), foram nomeados vários juízes de paz ligados ao Partido Federalista, derrotados nas eleições, entre eles William Marbury, para o Distrito de Columbia, esse fato ficou conhecido na política norte-americana como “os juízes da meia-noite”.

Com a posse no novo Presidente eleito, Thomas Jefferson (1801 a 1809), do Partido Republicano, ele determinou ao Secretário-Geral, James Madison, que não desse posse a esses juízes nomeados pelo ex-presidente no fim do seu mandato.

Marbury então ingressou com um “writ of mandamus” na Suprema Corte dos Estados Unidos, com fundamento na Seção 13 da Lei Judiciária de 1789 que o Congresso havia aprovado para estabelecer a competência da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Embora no mérito a Suprema Corte não tenha ordenado que Madison desse posse a Marbury, julgou em sua fundamentação a inconstitucionalidade da Seção 13 da Lei Judiciária de 1789, sob o fundamento de que ela tinha extrapolado a competência estabelecida originariamente pela Constituição dos Estados Unidos.

Desse modo, a Suprema Corte deu início ao “judicial review”, ao controle judicial de constitucionalidade especificamente a partir de uma decisão ativista, uma vez que não havia previsão expressa em seu texto.

É significativo, portanto, que o controle judicial de constitucionalidade já surja sob o pálio do ativismo, com a “falta de deferência da Suprema Corte ao Congresso Nacional e autoafirmação de um espetacular poder decisório sem previsão constitucional clara” (CAMPOS, 2016, p. 72).

KMIEC (2004, p. 1462) observa 3 fases do ativismo judicial norte-americano, a saber: a) Era Lochner (Lochner v. New York (198, U. S. 45 (1905))) que vai até o New Deal; b) Cortes Warren e Burger (1950/1970); c) atualmente, iniciada com New York v. United States.

Em 1905, uma Lei aprovada pelo Estado de Nova York, estabelecia como limite de jornada de trabalho de padeiros 60 horas semanais. Essa lei foi julgada inconstitucional pela Suprema Corte na decisão Lockner vs. New York, sob o fundamento de que a lei não poderia interferir no princípio da liberdade da relação de contrato entre o empregador e o trabalhador.

A decisão foi ativista porque julgou inconstitucional uma legislação aprovada pelos representantes do povo relativa à proteção de direitos trabalhistas sob o fundamento ilimitado na liberdade de contratação entre as partes (liberdade individual) que não encontra guarida no texto constitucional e sem observar o desequilíbrio na relação contratual do empregador com o trabalhador (bem comum).

Esse período ficou conhecido como “Era Lockner”, na qual a Suprema Corte continuou a adotar uma postura ativista contrária à intervenção do Estado na economia, inclusive em 1935, ao julgar inconstitucionais várias leis do Programa “New Deal”, criadas para combater a crise econômica iniciada em 1929, ocasionando um profundo confronto com o Presidente Roosevelt.

Em represaria, o Presidente Roosevelt, em 1937, apresentou uma proposta ao Congresso a fim de que ele pudesse nomear novos para Suprema Corte que completassem 70 anos (“Court Packing Plan”). Embora não viesse a ser aprovada, e acrescida da mobilização da sociedade, a Suprema Corte modificou seu entendimento, freando sua postura ativista e passando a aceitar as leis de intervenção estatal na economia.

Posteriormente, com as novas nomeações para Suprema Corte pelo Presidente Roosevelt, houve uma transformação no tribunal que veio a culminar em posturas ativistas pela Corte Warren (1954-1969) e Corte Burger (1969-1986).

É importante ressaltar que o artigo de Sclesinger, de 1947, que inaugura a discussão teórica do ativismo judicial, surge exatamente em uma transição de autocontenção da Suprema Corte no final do mandato do presidente Roosevelt, vinda do ativismo da Era Lochner para um novo ativismo da Corte Warren.

Em 1954, no precedente Brown v. Board of Education, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou inconstitucional as leis estaduais que estabelecessem a segregação racial em escolas públicas. Assim, superou o precedente de 1896 (Plessy v. Ferguson) que legitimava a segregação racial ao reconhecer que não haveria ofensa ao princípio da igualdade, pois seriam “separados, mas iguais”.

Uma Lei de Connecticut proibia o uso de qualquer droga ou instrumento médico para promover a contracepção. Em 1965, a Suprema Corte (*Griswold v. Connecticut*) julgou inconstitucional a lei sob o fundamento de ofensa ao direito à privacidade dos cônjuges em relação à contracepção protegida pelo texto constitucional e que não pode ser desrespeitado pelo Poder Legislativo.

Em 1974, a Suprema Corte dos Estados Unidos, no precedente *Roe v. Wade*, profere sua decisão ativista mais polêmica, ao julgar inconstitucional as leis estaduais restritivas ao aborto, por violação ao direito constitucional à privacidade, implícito na cláusula do devido processo legal, em seu sentido substancial, constante na 14ª Emenda.

Como assevera Barroso (2009, p. 47): “ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial”.

Nos últimos anos, com absoluta maioria de juízes indicados pelo Partido Republicano, inclusive porque no debate político são apregoadas indicações de juízes para reverterem decisões judiciais, como, por exemplo, no caso do aborto, a Suprema Corte começou a adotar nova onda ativista que se inicia em *New York v. United States*, 1992, na qual julgou inconstitucional uma lei federal de resíduos radioativos, impedindo que a União obrigasse os estados de aprovar lei específicas para esse fim e com isso dando maior autonomia ainda aos estados.

Recentemente, duas decisões são significativas dessa nova postura da Suprema Corte, reformando entendimentos firmados na Corte Warren e Burger. Em 2022, no caso *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, a Suprema Corte anulou o precedente *Roe v. Wade*, sustentando que a Constituição dos Estados Unidos não discorre explicitamente sobre o direito ao aborto.

Em 2023, ao julgar os casos *Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina* e *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College*, a Suprema Corte anulou precedentes de quase cinquenta anos (*University of California vs. Bakke*) que garantiam as ações afirmativas em relação a minorias raciais para acesso à universidade pública e assentou “os programas universitários devem realizar um exame minucioso estrito (para admissões) e nunca usar a raça como um estereótipo um ponto negativo. Seus sistemas de admissão, embora bem-intencionados e implementados em boa-fé, falham nesse critério. Portanto, precisam ser invalidados, de acordo com a Cláusula da proteção da Igualdade da 14ª Emenda”.

Essa é a uma das principais razões, inclusive, para que alguns juristas norte-americanos mais filiados com os programas políticos do Partido Democrata, defendam a “teoria do constitucionalismo popular”, opondo-se ao judicial review.

### **3.7 Ativismo judicial no Brasil**

A atuação do Poder Judiciário brasileiro, nada obstante a expressa existência da jurisdição constitucional desde a Constituição de 1891, sempre foi de “baixa frequência e intensidade”, com excessiva deferência aos atos emanados dos Poderes Legislativo e Executivo ao deixar de declarar normas flagrantemente inconstitucionais (KOENER, 2013, p. 80).

É famosa a afirmação de João Mangabeira de que o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, “é o poder que mais falhou na República” (MANGABEIRA, 1946, p. 37).

Dalmo Dallari também chega a falar em uma “tradição paralisante” do Poder Judiciário, “por temor reverencial ou por falta de reconhecimento de sua importância social e política”, defendendo um “despertar dos juízes” para assumir sua responsabilidade política (DALLARI, 1996. p. 5 e 77).

Essa atuação de aquiescência do Poder Judiciário com os arranjos políticos nacionais começa a ser alterada com a Constituição de 1988, advinda da onda do constitucionalismo posterior ao fim da 2ª Guerra Mundial, como marco do período de redemocratização do país após vinte e um anos de governo militar.

A denominada “Constituição Cidadã” abarca direitos fundamentais de várias dimensões, inclusive direitos sociais e transindividuais, com evidente caráter compromissório com a mudança social brasileira, cuja guarda e sua efetividade é conferida, precipuamente, ao Supremo Tribunal Federal.

A Constituição Federal de 1988 também ampliou enormemente os legitimados a instaurar o controle de constitucionalidade concentrado, rompendo com o monopólio que existia anteriormente do Procurador-Geral da República e “permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas” (MENDES, 1998, p. 78).

Posteriormente, esse quadro do fortalecimento normativo da jurisdição constitucional é completado com as Emendas Constitucionais nºs 03/1993 e 45/2004, que introduziram no Brasil o efeito vinculante no controle concentrado, a ação declaratória de constitucionalidade e a súmula vinculante no controle difuso de constitucionalidade.

Sem embargo, a situação de letargia do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade não se alterou nos primeiros anos seguintes à promulgação da Constituição Federal de 1988, principalmente porque muitos ministros nomeados no regime militar ainda permaneceram um tempo na sua composição, e apenas gradativamente foi havendo a sua alteração pelas sucessivas indicações dos novos ministros pelos presidentes eleitos após a redemocratização (VIANNA, 1999).

Nesse período inicial, a omissão do Poder Judiciário em implementar os direitos fundamentais levou-se, inclusive, a pensar que a eficácia do texto constitucional por meio da jurisdição constitucional estaria condenada à letra morta.

Depois do ano 2000, foi revertida essa tendência omissiva, com uma atuação visivelmente mais ativa do Supremo Tribunal Federal no quadro político nacional em diversos julgamentos.

Ainda que, diferentemente dos Estados Unidos, o controle judicial de constitucionalidade seja expresso no texto constitucional brasileiro, não se exime de justificativa e discussão, em especial em relação ao ativismo judicial, pois se encontram “em aberto questões relativas ao seu alcance e profundidade”, pois “não podem ser resolvidas por inteiro por meio de regramentos abstratos e prévios à prática jurisdicional” (MORO, 2004, p. 110).

O debate doutrinário norte-americano acerca da legitimidade do *judicial review* bem se aplica à atual discussão brasileira do ativismo judicial, a fim de que se encontre justificativa de sua atuação, pressupostos de sua aplicação e limites de sua realização. Nada obstante, essas teorias devem ser confrontadas com a realidade jurídica, política e social nacional.

Inicialmente, não há como acolher no quadro político-jurídico brasileiro a “teoria do constitucionalismo popular”, uma vez que o controle de constitucionalidade, tanto difuso como concentrado, é explícito na Constituição Federal de 1988.

Nada obstante, os fundamentos da teoria do constitucionalismo popular podem ser analisados e levados em conta em situações nas quais o Poder Judiciário deve adotar uma postura de autocontenção judicial, ciente da sua incapacidade institucional para solução de demandas complexas.

Vale dizer, “nas situações que não estejam em jogo direitos fundamentais e os pressupostos da democracia, a Corte deve ser deferente para com a liberdade de conformação do legislador” (BARROSO, 2018, p. 50).

É importante ressaltar, nesse ponto, que mesmo a tese defendida por Waldron (2010, p. 105-106) de oposição ao judicial review “não é incondicional”, pois se fundamenta nos seguintes pressupostos, a saber: a) existência de instituições democráticas, com eleições

regulares e imparciais sustentadas pelo sufrágio universal; b) instituições judiciais em razoável funcionamento; c) a maioria dos cidadãos tenha compromisso com os direitos fundamentais e com o respeito às minorias; d) discordância substancial e de boa-fé entre os membros da sociedade.

Conquanto após a redemocratização as eleições regulares e imparciais tenham sido consolidadas no Brasil, ainda temos diuturnamente graves afrontas a direitos fundamentais estabelecidos na Constituição de 1988 e explícito desrespeito às minorias.

A severa desigualdade social e econômica brasileira, que ainda carrega fortes traços históricos da escravidão, do patrimonialismo e do mandonismo, predispõe uma sociedade civil ainda em formação, incapaz de levar a sério os direitos fundamentais e o respeito às minorias políticas, tudo a justificar uma atuação ativa do Poder Judiciário na realização dos compromissos firmados no texto constitucional.

Nesse aspecto, o ativismo judicial que confere um maior papel ao Poder Judiciário deriva também da crise de representatividade do Congresso Nacional. Adverte o próprio Waldron, ao citar Raz (1998, p. 46, apud WALDRON, 2010, p. 124), que: “em muitos países existem razões amplas para suspeitar que os membros do legislativo sejam tão motivados por interesses sectários que é pouco provável que cheguem sequer a tentar determinar quais direitos (algumas) pessoas têm”.

A teoria procedimentalista, por sua vez, embora entenda compatível o controle judicial de constitucionalidade com o regime democrático, confere ao Poder Judiciário uma função mais restritiva, com uma atuação exclusivamente “antitruste”, sem adentrar ao mérito do debate político, mas apenas quando não houver um funcionamento normal da arena e dos atores políticos.

Na realidade da Constituição Federal de 1988, com diversos direitos fundamentais, inclusive sociais e transindividuais, conferir uma atuação residual ativa do Poder Judiciário apenas para hipótese de abertura para participação política é seguir na contramão da perspectiva normativa do próprio texto constitucional brasileiro.

Além do mais, os argumentos procedimentalistas, mormente na concepção de Habermas, pressupõe uma sociedade cujos direitos sociais já foram integralmente cumpridos, uma “sociedade(s) com alto grau de emancipação social e autonomia dos indivíduos”, muito longe, da realidade de exclusão social brasileira, não havendo um consolidado espaço público de deliberação, e no qual a matéria votada pelo parlamento na maioria das vezes não atende os interesses da sociedade, mas dos próprios congressistas ou de grupos específicos (STRECK, 2014, p. 172).

Portanto, o texto constitucional e a realidade social e política nacional caminham para uma abordagem substancialista do controle judicial de constitucionalidade brasileira, incentivando uma postura mais ativa do Poder Judiciário para interferir nas questões políticas.

O ativismo judicial observado no Brasil após o ano 2000, transformaram o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, numa “nova arena pública”, diversa da tradicional “sociedade civil-partidos-representação-formação majoritária”, por meio de processos judiciais que cedem espaço aos processos políticos (VIANNA et al., 1999, p. 44).

É importante observar que, não raro, as discussões sociais são mais visíveis e fundamentadas com a participação da sociedade civil organizada quando a questão chega ao STF que mesmo no Congresso Nacional, como ocorreu na discussão da constitucionalidade das pesquisas em células tronco embrionária.

Diversas são as decisões do Supremo Tribunal Federal que demonstram esse crescente ativismo judicial do tribunal, das quais se destacam as seguintes.

Em 2004, ao julgar a liminar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade da intervenção judicial em políticas públicas, em especial saúde pública, quando: a) visar sua concretização; b) a política pública estiver contemplada na Constituição Federal; c) houver seu descumprimento pelo Poder Executivo e Legislativo, conforme a situação.

Bem asseverou, na decisão, o Ministro Celso de Mello (2004): “Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostram incapazes de garantir um cumprimento prestacional dos respectivos preceitos constitucional”.

Após sucessivos mandados de injunção julgados procedentes com o Congresso continuando em mora sem a elaboração da lei que garantisse o direito de greve do servidor público, amparada pelo texto constitucional mas por meio de uma norma constitucional de eficácia limitada, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito de greve do servidor público utilizando, por analogia, enquanto não promulgada a lei específica, a lei geral de greve dos empregados (MI 670, 708 e 712, j. 25.10.2007).

Rompendo com consolidado mau vezo adotado pelos gestores públicos da nomeação de parentes para ocuparem cargos públicos de livre nomeação e exoneração, o STF, ao julgar, em

2008, a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12 e editar a Sumula Vinculante nº 13, denominado “Súmula do Nepotismo”, com fundamento nos princípios decorrentes do regime republicano, em especial os princípios da impessoalidade, eficiência, igualdade e moralidade, vedou a nomeação de cônjuge e parente da autoridade nomeante ou investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Ao julgar a ADPF n. 132/RJ e ADI 4227/DF, no ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a equiparação jurídica entre a união estável homoafetiva e a heteroafetiva, com fundamento nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da autonomia, da intimidade e da igualdade, com a vedação de discriminação das pessoas em razão do gênero e da orientação sexual.

Em 2012, ao julgar a ADPF nº 54, o STF autorizou a prática de aborto em feto anencéfalo, embora essa situação não esteja prevista na legislação, com esteio nos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da privacidade, da saúde e da integridade física, psicológica e moral da mãe, pois, como afirmou o Relator Min. Marco Aurélio, “obrigar a mulher a manter esse tipo de gestação significa colocá-la em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo”.

A 1ª Turma do STF, ao julgar o HC nº 124.306, em 2016, reconheceu a inconstitucionalidade do crime de aborto no caso da interrupção da gestação no primeiro trimestre. Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, relator da decisão:

A tipificação penal viola o princípio da proporcionalidade : (i) constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que se pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (mortes e problemas de saúde) superiores aos seus benefícios. Nenhum país democrático e desenvolvido trata a interrupção da gestação no primeiro trimestre como crime (Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália)(BRASIL, 2016).

Essa discussão ainda não foi decidida definitivamente no Supremo Tribunal Federal, em razão da suspensão do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442.

Recentemente, em 26.06.2024, o STF concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659 que reconheceu a inconstitucionalidade do art. 28, da Lei n. 11.343/2006 e, por

consequente, descriminalizou o porte de maconha para uso pessoal, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, autonomia, privacidade e proporcionalidade.

Em seu voto, o Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, sustentou que: “Há decisões que o Estado pode tomar legitimamente, em nome de interesses e direitos diversos. Mas decisões sobre escolhas existenciais e outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de violar sua privacidade, sua autonomia, sua dignidade” (BRASIL, 2024).

Em alguns importantes precedentes do STF, também analisando questões sensíveis de direitos fundamentais numa sociedade multifacetada, como ao julgar a constitucionalidade da lei que autorizou a pesquisa em células-tronco embrionária (ADI 3510, em 2018) e a constitucionalidade da lei que estabeleceu as cotas raciais em universidades públicas (ADPF 186, em 2012) e concursos públicos (ADC 41, em 2017), não há que se falar especificamente em ativismo judicial, pois nesses exemplos o legislador inovou na ordem jurídica e o STF ratificou a constitucionalidade dessas normas.

No entanto, há pouco tempo, em 17.06.2024, o STF concedeu liminar na ADI 7654 e julgou inconstitucional o dispositivo da Lei n. 12.990/2014 que estabelecia o prazo de dez anos de vigência da política de cotas raciais em concurso público. Nessa situação, há que se reconhecer a existência de ativismo judicial pois se prorrogou a política afirmativa em descompasso com a determinação expressa legal com fundamento no princípio da igualdade para a promoção da desigualdade racial.

O Ministro Flávio Dino, relator da ADI 7654, pronunciou-se nos seguintes termos: “O fim da vigência da ação afirmativa sem que haja avaliação dos seus efeitos, das consequências da sua descontinuidade e dos resultados alcançados, além de não resultar na mens legislatoris, como demonstrado acima, não se coaduna com as promessas constantes na nossa Constituição de construção de uma sociedade justa e solidária, com erradicação das desigualdades sociais e sem preconceito de raça, cor e outras formas de discriminação (art. 3º, I, III e IV, CF/88).

Todas essas decisões retratam o crescimento do ativismo judicial do STF nos últimos vinte anos, evidenciando a sua participação efetiva na seara política brasileira.

Em apenas três oportunidades houve reações do Congresso Nacional a decisões ativistas do STF com a aprovação de emendas que modificaram o texto constitucional em sentido contrário à decisão judicial (“backlash” do direito norte-americano).

Ao julgar o RE 197917, em 2004, o STF interpretou o art. 29, IV, da CF, ao entender que o número de vereadores de um município deve ser proporcional ao número de habitantes. Essa decisão, na prática, redundou na diminuição de 8.936 vereadores em todo o Brasil.

Insatisfeito, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional n. 58/2009, que modificou os critérios estabelecidos pelo STF e resultou na recriação de 7.343 cargos de vereador em todo país.

Em 2016, o STF, ao julgar a ADI n. 4983, declarou a inconstitucionalidade do esporte conhecido como “vaquejada”, por impor sofrimento demasiado aos animais e, em consequência, contrariando os princípios constitucionais de proteção ao meio ambiente e à fauna.

O Congresso Nacional, no entanto, aprovou a Emenda Constitucional n. 96/2017, acrescentando o parágrafo 7º ao art. 225 e assim determinando que não podem ser consideradas cruéis práticas desportivas que usem animais, desde que elas sejam reconhecidas, legalmente, como manifestações culturais.

Nada obstante esse protagonismo do Supremo Tribunal Federal, não se pode transformá-lo na “mais alta instância moral da sociedade”, uma espécie de oráculo do povo, considerando-se acima das aspirações da comunidade na qual se encontra inserido (MAUS, 2000, p. 13).

Na seara de pressupostos e limites do exercício do ativismo judicial, sobreleva aproveitar as críticas apontadas pela teoria do “constitucionalismo popular” e pela teoria procedimentalista, a fim de que o excesso de ativismo judicial não possa incorrer, também, numa perda da autonomia pública dos cidadãos, pois em vez de se mobilizarem politicamente por diversas frentes, vão preferir ser tutelados para garantir o “gozo passivo de direitos” advindos do processo judicial (HABERMAS, 2003).

Desse modo, ainda que justificável o ativismo judicial no desenho da realidade político e jurídica brasileira, há que se reconhecer que existem limites para a sua atuação, pois o seu uso abusivo é capaz de gerar uma “supremocracia” (VIEIRA, 2008)

Ao analisar as decisões ativistas do STF entre 2003 a 2013, CANOTILHO entende que elas “estão longe de se transformar em um judicialismo militante”, pois “trabalham os factos e os dados (...) de modo a prefigurar decisões sociais de tipo particularizado” (CANOTILHO, 2013, p. 50).

Em conclusão, embora no ativismo judicial exista uma carência de representatividade popular, ele se mostra adequado ao quadro constitucional pátrio por meio de uma representatividade argumentativa e necessário à nossa realidade social e política porque aprimora a democracia brasileira.

### 3.8 Ativismo judicial em Portugal

As circunstâncias que propiciam o ativismo judicial no Brasil também estão presentes no desenho jurídico-político português.

De fato, como uma constituição advinda da 3.<sup>a</sup> onda democrática, após regime de exceção militar, com força normativa através de princípios e regras, e um controle judicial de constitucionalidade misto tanto difuso como concentrado, com a presença expansionista de um Tribunal Constitucional, Portugal apresenta as condições jurídicas necessárias também para a promoção do ativismo judicial e da judicialização da política

Em 2010, em processo de fiscalização abstrata preventiva, o Tribunal Constitucional (Acórdão 121/2010) reconheceu a constitucionalidade do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo com fundamento no princípio da igualdade e a finalidade de diminuir a discriminação. O relator do Acórdão, Conselheiro Victor Gomes, assim expôs na sua fundamentação:

É certo, como o Tribunal tem abundantemente repetido, que o princípio da igualdade, consagrado no n.º 1 do artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, impõe ao legislador que dê tratamento igual ao que for essencialmente igual e que trate diferentemente o que for essencialmente diferente (...) Só existe violação do princípio da igualdade enquanto proibição do arbítrio quando para a medida legislativa não é possível encontrar suporte material (...) Ora, sendo embora certo que, na perspectiva biológica, sociológica ou antropológica, constituem realidades diversas a união duradoura entre duas pessoas do mesmo sexo e duas pessoas de sexo diverso, no aspecto jurídico a equiparação de tratamento não é destituída de fundamento material. Na verdade, é razoável que o legislador possa privilegiar o efeito simbólico e otimizar o efeito social antidiscriminatório do tratamento normativo, estendendo à tutela dessas uniões o quadro unitário do casamento (BRASIL, 2010).

Acerca do direito ao aborto, o Tribunal Constitucional, manifestou-se, desde 1984, cinco vezes pela constitucionalidade das reformas legislativas. Em 1984 (Acórdão nº 25/84) e 1985 (Acórdão nº 85/85), o TC corroborou a proibição da penalização do aborto. Em 1998 (Acórdão 288/98) e 2006 (Acórdão 617/2006) reconheceu a constitucionalidade das alterações legislativas realizadas por meio de referendos adotando modelos de prazo.

Por fim, o Tribunal Constitucional, em 2010 (Acórdão 75/2010), reconheceu a constitucionalidade da Lei Sobre a Interrupção Voluntária da Gravidez, de 2007, que permitiu a mulher o direito ao aborto até a décima semana de gestação, acolhendo o aconselhamento não dissuasivo.

Nesse precedente, o TC reconheceu a proteção da vida intrauterina mas realizou a devida ponderação, conforme o período, com a autonomia reprodutiva das mulheres.

O ativismo judicial do Tribunal Constitucional português é ainda mais evidente nesse ponto quando se observa que no restante da Europa o avanço legislativo em relação ao aborto, em regra, foi barrado exatamente pela atuação dos tribunais constitucionais, como ocorreu na Alemanha, Hungria e Polônia.

Com a finalidade de combater a crise financeira de 2008 que assolou o mundo, e em especial Portugal, foi realizado um programa de austeridade fiscal com a finalidade buscar um equilíbrio orçamentário por meio da edição de diversos atos normativos.

Esse programa fiscal advinha da determinação da Comissão Europeia, do Banco Central Europeu e do Fundo Monetário Internacional, como condições para a ajuda financeira a Portugal (“Troika”).

Muitos desses atos normativos desrespeitavam frontalmente direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional. O Tribunal Constitucional, entre os anos de 2010 a 2014, realizou o controle de constitucionalidade dessas normas, cujo conjunto dessas decisões ficou conhecido como a “Jurisprudência da Crise”.

Na lição de Pedro Trovão do Rosário, vivia-se “em Portugal, na Europa, como no resto do mundo, momentos de alguma sobrevalorização de soluções imediatas em prejuízo dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos” (ROSÁRIO, 2012, p. 44).

A constitucionalidade das leis do orçamento de 2011, 2012 e 2013, que restringiam direitos sociais de agentes públicos, como salários e férias, foram julgadas pelo Tribunal Constitucional, respectivamente, no Acórdão 396/2011, no Acórdão 353/2012 e no Acórdão 187/2013.

Inicialmente, no Acórdão 396/2011, o Tribunal Constitucional adotou uma medida de autocontenção, por meio da técnica de ponderação de princípios, reconhecendo a constitucionalidade das normas com fundamento em um suposto estado de exceção financeira e com isso acolhendo a opção política do legislador para atender o período de emergência.

Contudo, no ano seguinte, no Acórdão 353/2012, o Tribunal Constitucional iniciou um processo de alteração do seu entendimento, advertindo ao legislador que as normas inconstitucionais deveriam ser transitórias.

Desse modo, embora o TC tenha declarado a inconstitucionalidade da norma, utilizou-se da técnica de procrastinar seus efeitos a partir do ano seguinte, sendo, portanto, uma nítida mensagem aos Poderes Executivo e Legislativo que não mais aceitaria normas que afrontassem direitos sociais constitucionais, competindo a eles encontrar outros meios de sanar o desequilíbrio das contas públicas.

De acordo com Meneses (2022, p. 12): “Foi o alerta do Judiciário de que as políticas excepcionais de restrição a direitos fundamentais tinham que ser marcadas pela transitoriedade, e

que o controle judicial zela para que a exceção não se torne regra. A jurisprudência da crise criou nesse momento a “cláusula da transitoriedade temporalmente limitada dos sacrifícios” e firmou que o limite temporal da janela de excepcionalidades seria o final da assistência financeira da troika, isto é, até 2014”.

A partir do Acórdão 187/2013, o Tribunal Constitucional passou a julgar inconstitucionais as normas que restringiam os direitos sociais dos agentes públicos, em especial suspensão das férias e tributação de auxílio doença e auxílio-desemprego.

No entender do TC, o princípio da igualdade, na sua perspectiva de proibição do arbítrio, teria sido atendido nas normas dos anos anteriores, todavia, nos anos subsequentes, a manutenção (e até ampliação) da restrição dos direitos sociais ocasionaram sua inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Depreende-se, portanto, que na “Jurisprudência da Crise”, o Tribunal Constitucional transitou da autocontenção para o ativismo judicial, transformando-se em um player fundamental do debate político.

Meneses (2022, p. 15-16) entende que “a integração do novo ator constitui-se na participação do Judiciário, instituição que ostenta a característica de inércia, e precisa ser provocada mediante devido processo legal para compor a política pública (...). Pode-se dizer que a própria política pública só se perfaz nesse caso com a participação do Poder Judiciário, que tem o condão de alterá-la de forma drástica para desconstituir a decisão orçamentária. A inserção desse novo ator e seus limites de atuação geraram controvérsias que no campo do Direito se denomina de limites do ativismo judicial (...). A explicação técnico-jurídica não é suficiente para explicar a participação do Judiciário na política pública”.

Essas decisões do TC demonstram que o ativismo judicial que se desenvolveu no mundo depois da 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial também encontrou eco em Portugal após sua redemocratização.

No entanto, há que se reconhecer que o ativismo judicial no Brasil é muito mais acentuado que em Portugal, cujas razões residem na atribuição de maior competência ao STF, de uma mais sólida formação político-partidária portuguesa e da maior desigualdade social brasileira.

Inicialmente, a própria competência do Supremo Tribunal Federal, alcançando matérias da legislação ordinária, é muito mais extensa que a do Tribunal Constitucional de Portugal.

Isso se reflete numa maior quantidade de processos que são apreciados no STF. A título de comparação, enquanto no ano de 2014 o Supremo Tribunal Federal chegou a julgar quase cem mil processos, o Tribunal Constitucional de Portugal analisou dois mil processos, ou seja, cinquenta vezes menos processos (CARNEIRO, 2018, p. 88).

Essa acentuada divergência quantidade também se espelha qualitativamente, pois, nesse contingente, o STF termina por apreciar muito mais questões de controle de constitucionalidade, aumentando a probabilidade de ativismo judicial.

A grande desigualdade social brasileira em comparação com a portuguesa faz com que a demanda das camadas menos favorecidas da sociedade brasileira em desrespeito aos direitos fundamentais sejam mais levadas ao Poder Judiciário brasileiro em relação a Portugal, em especial por meio da criação e fortalecimento de instituições criadas com a Constituição de 1988, como o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Além do mais, a consistente formação partidária portuguesa em comparação com a brasileira faz com que a maioria das divergências e discussões da sociedade sejam normalmente tratadas nas vias ordinárias de representação do parlamento português, enquanto no Brasil os debates em geral são transferidos ao Poder Judiciário pela sociedade civil organizada e não raro pelos partidos políticos que foram derrotados no debate político no parlamento.

## **CAPÍTULO 4 - ATIVISMO JUDICIAL ELEITORAL**

O crescimento do ativismo judicial nas últimas décadas em todo o mundo também alcançou indiscutivelmente a seara eleitoral.

Nos Estados Unidos, em 2000, apesar da determinação da Suprema Corte do Estado da Flórida haver determinado a recontagem de 61.000 votos, a Suprema Corte dos Estados Unidos determinou a suspensão dessa recontagem e sagrou vencedor das Eleições Presidencial George W. Bush (caso Bush v. Gore).

Em 2010, apesar do evidente uso abusivo do poder econômico nas eleições, desequilibrando demasiadamente a disputa eleitoral, a Suprema Corte, ao julgado o caso Eleitoral Citizens United States v. Fec, admitiu a possibilidade de doações eleitorais ilimitadas de corporações e sindicatos para campanhas eleitorais.

Nessa mesma época, o Tribunal Constitucional da Colômbia, vedou que o Presidente da República reeleito, Álvaro Uribe, concorresse a um terceiro mandato eleitoral subsequente vedado pela constituição, apesar da possibilidade de um referendo popular para modificá-la, sob o fundamento que haveria ofensa ao princípio republicano e democrático.

A Corte Constitucional da Turquia, em 2007, decidiu pela anulação completa do primeiro turno das eleições, situação similar do Supremo Tribunal do Egito que considerou as eleições para o Parlamento inconstitucional e determinou sua dissolução com a realização de novas eleições.

O ativismo judicial em matéria eleitoral, no entanto, é mais complexo que em outras áreas do direito, pois “pode escapar dos controles institucionais e gerar um decisionismo político no qual a própria democracia seria derrotada”. Por conseguinte, “um ativismo jurídico moderado e crítico pode beneficiar a democracia, sobretudo em tempos de crises institucionais, derivadas na politização da justiça e da ascensão de poderes selvagens, sejam econômicos, midiáticos ou políticos” (TOVAR, 2022, p. 79-80).

### **4.1 Ativismo Judicial Eleitoral no Brasil**

O ativismo judicial que se desenvolveu no Brasil a partir do ano 2000 também se estendeu ao Direito Eleitoral; aliás, uma das primeiras decisões ativistas do Supremo Tribunal Federal foi exatamente na seara eleitoral quando, em 2002, determinou a “verticalização das coligações”.

Importante apontar, também, que o Tribunal Superior Eleitoral, em 2004, reconheceu a união estável homoafetiva ao declarar inelegível a companheira da Prefeita reeleita do

município de Viseu, no Estado do Pará (RESP nº 24.564, rel. Min. Sepúlveda Pertence), quando o Supremo Tribunal Federal apenas iria fazê-lo sete anos depois (ADPF n. 132/RJ e ADI 4227/DF).

O protagonismo do Poder Judiciário na questão eleitoral nos últimos anos configura, inicialmente, uma judicialização da política em sentido amplo (pois não se trata de política pública em sentido estrito), mas por conformação do próprio texto constitucional, ao estabelecer a Justiça Eleitoral, com um tribunal de superposição como o Tribunal Superior Eleitoral, ao dispor sobre as condições de elegibilidade e inelegibilidade e inclusive a ação de impugnação de mandato eletivo, bem como da legislação ordinária em estabelecer vários instrumentos processuais para questionar a legitimidade do pleito eleitoral em face do abuso do poder político e econômico.

Por outro lado, a proeminência do Poder Judiciário na matéria eleitoral decorre, em especial, pelo fenômeno do ativismo judicial eleitoral que interfere na realidade política brasileira, afastando escolhas do legislador em face de uma interpretação inovadora das normas constitucionais principiológicas e do cenário social e político nacional.

Diversos fatores contribuem para o ativismo judicial eleitoral, a saber: a) uma constituição com normas principiológicas na qual os capítulos referentes aos direitos políticos e partidários estão inclusos no Título dos Direitos Fundamentais; b) a arquitetura da Justiça Eleitoral brasileira, em especial do Tribunal Superior Eleitoral, na qual se exerce, simultaneamente, a governança eleitoral administrativa e o contencioso eleitoral; c) controle de constitucionalidade difuso, do qual faz parte o Tribunal Superior Eleitoral, e concentrado no Supremo Tribunal Federal; d) as funções atípicas regulamentar e consultiva da Justiça Eleitoral.

Nada obstante, ainda que esses pressupostos sejam fundamentais para o ativismo judicial eleitoral, uma das principais razões para que ele ocorra é a crise de legitimidade da política brasileira, na qual as questões de interesse da sociedade não encontram ressonância nos representantes eleitos e nos partidos políticos, que não têm interesse em realizar uma alteração do sistema político porque são beneficiados por ele.

É certo que essa crise de representatividade na relação entre eleitores e os políticos não é exclusivamente brasileira, chegando o cientista político francês Pierre Rosanvallon (2010, p. 21) a falar num atual “mal-estar democrático”, revelado pela decepção e desencantamento do povo com as eleições.

Nada obstante, em países em desenvolvimento como o Brasil, com regimes democráticos mais recentes e em construção, acrescido de problemas estruturantes como a desigualdade social e a corrupção, o distanciamento da sociedade com a classe política é ainda

bem mais acentuado, chegando a se falar em um “déficit democrático da representação política” (BARROSO, 2017, p. 53).

No Brasil, é inegável que com a Constituição Federal de 1988 foi garantido aos cidadãos eleições livres e periódicas, o que Canotilho denomina “representação formal”, no entanto, a representação democrática não pode ser reduzida a uma “simples ‘delegação da vontade do povo’”. Atualmente, é latente a ausência da “representação material”, expressa no distanciamento das decisões levadas a cabo pelos mandatários políticos dos anseios do povo. (CANOTILHO, 1998, p. 283).

As promessas não concretizadas do texto constitucional na solução dos principais problemas brasileiros, como a violência, o desemprego e o péssimo serviço público de educação e saúde que faz com que “os próprios mecanismos e agentes do sistema democrático, como as eleições, os partidos, o Congresso, os políticos, se desgastam e perdem a confiança dos cidadãos” (CARVALHO, 2012, p. 8).

Essa “crise de representatividade” seria atribuída ao “esgotamento do modelo liberal de representação política”, que, “ainda não realizou plenamente suas potencialidades na formação da vontade coletiva em nosso país”. (MEZZAROBBA, 2004, p. 1).

Pedro Trovão do Rosário afirma que a concepção clássica do partido político como fundamento da democracia representativa (“partidocracia”) tem se mostrado insuficiente para atender aos anseios democráticos, inclusive porque atualmente os cidadãos possuem mais acesso à informação pela internet, com aumento da transparência e controle das instituições (ROSÁRIO, 2018, p. 29-30).

No epicentro dessa crise na democracia representativa brasileira, encontra-se um sistema eleitoral com vícios que necessita de uma ampla reforma.

A grande quantidade de partidos políticos (atualmente contamos com 32 partidos), sem democracia interna e na maioria das vezes sem uma identidade ideológica clara que possibilite ao eleitor encontrar uma diferença entre as plataformas políticas das diversas agremiações, favorece a uma fragilidade na legitimidade dos partidos na condução da política nacional.

Tal fato é acrescido na ampla possibilidade de coligação entre os partidos e no extenso acesso das agremiações aos recursos públicos do Fundo Partidário e ao horário eleitoral gratuito (direito de antena), possibilitando que alguns partidos sem qualquer representatividade no cenário nacional (conhecidos como “nanicos”), sejam utilizados quase que exclusivamente para negociação de tempo do horário eleitoral nas coligações, por isso pejorativamente chamados de “legendas de aluguel” (MOTTA, 2008, p. 22).

“É notória a ideia que os partidos políticos brasileiros pouco ou nada significam. É notório que para vários candidatos, não faz diferença o partido pelo qual se candidatam, já que

o importante é a campanha pessoal. Em suma, é difícil, no Brasil, falar-se em política partidária (...) os partidos passam, então, a ser normalmente um veículo para que alguns políticos possam se eleger, independente de posições ideológicas e programas partidários, o que os transforma em partidos de aluguel.” (SILVA, 2012, p. 160-161).

A grande influência do poder econômico nas eleições brasileiras, quer com o uso da máquina pública, quer com a doação irregular de empresas que futuramente serão contratadas ilicitamente pelo Poder Público, possibilitam a compra de votos e de apoio político, gerando a corrupção eleitoral e o desequilíbrio nas disputas, fragilizando ainda mais a representativa política nacional.

Desse modo, a crise do modelo representativo brasileiro conduz inexoravelmente à necessidade de uma profunda alteração do nosso sistema político-eleitoral. No entanto, é evidente que os mandatários políticos eleitos por esse sistema eleitoral não têm qualquer pretensão em alterá-lo, mas, pelo contrário, de mantê-lo.

Assim, as recentes alterações mais profundas no sistema político-eleitoral brasileiro foram conduzidas diretamente pelo próprio cidadão, por meio de leis de iniciativa popular, e pelo Poder Judiciário, principalmente através do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral.

Foi aprovada pelo Congresso Nacional, em 1999, a Lei n. 9.840, decorrente de lei de iniciativa popular, organizada pela Ordem dos Advogados do Brasil e a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, que conseguiu um milhão e sessenta mil assinaturas de cidadãos, com a finalidade de combater a corrupção eleitoral por meio da cassação do registro da candidatura e a perda do diploma do candidato eleito pela prática de captação ilícita de sufrágio, mesmo que comprovada a compra de voto de apenas um único eleitor.

Quase dez anos depois, também decorrente de um projeto de lei de iniciativa popular, que contou com a adesão de um milhão e trezentos mil cidadãos, foi aprovada pelo Congresso Nacional a Lei Complementar n. 135, de 05.05.2010, denominada “Lei da Ficha Limpa”, que criou novos casos de inelegibilidade e mitigou a exigência da coisa julgada para impedir de concorrerem ao pleito candidatos condenados em ilícitos por órgãos colegiados do Poder Judiciário (normalmente em segunda instância), mas que ainda estejam recorrendo para as instâncias superiores.

Esse registro de duas leis provenientes de iniciativa popular que alteraram profundamente o sistema eleitoral brasileiro é ainda mais significativo quando se constata que em pouco mais de 35 anos de vigência da Constituição de 1988 tivemos apenas cinco situações nacionais decorrentes da democracia participativa no âmbito normativo, subvertendo, portanto,

a lógica da história dos movimentos reformadores brasileiros cujo autor estão no andar de cima e o povo apenas assiste o fato.

Ocorreu apenas no âmbito nacional um único plebiscito, determinado expressamente pela Constituição de 1988 (art. 2.º, do ADCT), para escolha da forma e sistema de governo, bem como um único referendo, em 2005, para manifestação popular acerca da permissão/proibição da comercialização de armas de fogo no Brasil, disposto no art. 35, da Lei n. 10.826/2003.

No que concerne à lei de iniciativa popular, afora as mencionadas Lei n. 9.840/99 e LC 135/2010, apenas foi aprovada pelo Congresso Nacional por decorrência direta da democracia participativa a Lei n. 11.124/2005 (Fundo Nacional para Moradia Popular).

Essas mudanças no sistema eleitoral brasileiro apenas foram possíveis a partir de uma profunda mobilização dos atores sociais, pois “é difícil acreditar que o Congresso teria tomado a iniciativa de promover esta reforma sem uma pressão mais direta da sociedade” (TAYLOR, 2007, p. 151).

Por outro lado, e de maneira mais silenciosa e bem mais profunda, o sistema eleitoral brasileiro vem sendo modificado nos últimos anos pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal.

Nessas situações de ativismo judicial eleitoral, o Supremo Tribunal Federal promoveu mudanças estruturais no sistema jurídico eleitoral brasileiro, substituindo o legislador em razão de desconfiar que os parlamentares não tenham a pretensão de reformular as normas políticas pelas quais foram eleitos e, portanto, que lhes favorecem, pois “aqueles que estão dentro desejam ter certeza de que aqueles que estão fora permaneçam fora” (ELY, 2010, p. 106).

Para desempenhar essa atuação ativista, o Supremo Tribunal Federal valeu-se, na maioria das vezes, da aplicação elástica de princípios constitucionais e de uma interpretação que levou em conta uma compreensão histórica dos vícios do processo político brasileiro, capaz de conduzir a um enlace entre a Constituição e a atual realidade político-social, não como consequência da norma, mas como “*fattispecie* constitutiva do âmbito normativo” (MÜLLER), para conferir uma máxima eficácia da força normativa constitucional.

Além de interpretar e aplicar os princípios constitucionais, o STF intervém diretamente no processo político brasileiro, substituindo o legislador em razão de desconfiar que os parlamentares não tenham a pretensão de reformular o sistema político pelo qual foram eleitos.

Coelho (2015, p. 54) pondera que o art. 14, parágrafo 9º, da CF, sustentaria um ativismo judicial eleitoral mais moderado, pois sua abrangência é maior do que garantir a normalidade e legitimidade das eleições, pois expressa os princípios democrático e republicano “no sentido que não basta a existência de eleições para a escolha de representantes”, mas autoriza o Poder

Judiciário de afastar “qualquer outra forma de vício ao processo democrático, que lhe comprometa a liberdade de escolha”.

Ainda assim, o ativismo judicial eleitoral, “como qualquer outra iniciativa política, não poderá justificar-se apenas por seus eventuais resultados, à parte do sistema democrático”, devendo se fundamentar nos direitos fundamentais insculpidos na Constituição. (BARCELLOS, 2022, p. 278).

Contudo, no ativismo judicial eleitoral, a discussão sobre a sua legitimidade é ainda mais sensível, pois, nesse campo, o Poder Judiciário inovaria ingressando nos pressupostos, na aquisição, desenvolvimento, suspensão e perda dos direitos políticos fundamentais (direito de votar e ser votado).

Desse modo, a teoria substancialista que ampara uma atuação genérica mais incisiva do Poder Judiciário do mérito do ato político não se mostra a mais adequada a ser aplicada no ativismo judicial eleitoral, pois disciplinaria diretamente as próprias regras do jogo político-eleitoral nas quais se materializa a soberania popular, sendo bastante perigoso para a própria concepção democrática.

Assim, a abordagem procedimentalista, que configura um ativismo judicial mais moderado, mostra-se a mais justificada e explicaria melhor as decisões do Supremo Tribunal Federal na seara eleitoral. Nessa perspectiva, cumpre ao Poder Judiciário respeitar as regras eleitorais advindas das instâncias políticas majoritárias, salvo quando se justificaria uma atuação judicial mais ativa com a finalidade de desobstruir os canais democráticos e proteção de minorias insuficientemente representadas politicamente, pois, nessas situações, estaria atuando na própria preservação da democracia.

É importante ressaltar que uma análise procedimentalista do controle judicial das leis eleitorais não quer dizer uma abordagem destituída por completo de uma cognição substancial, pois é necessária uma interpretação criativa para avaliar quando haveria obstrução aos canais democráticos e qual a melhor forma de afastá-la, além de investigar de que forma uma minoria não estaria suficientemente representada no parlamento de maneira abstrata.

Desse modo, neste capítulo, será analisada especificamente cada uma das principais decisões do Supremo Tribunal Federal, inclusive justificando por qual razão seriam de ativismo judicial eleitoral e observando, sob a ótica procedimentalista, se de fato houve desobstrução dos canais da democracia brasileira com a finalidade de aprimorá-la.

#### 4.1.1 A verticalização das coligações eleitorais para Presidente da República e Governador de Estado

Na história eleitoral brasileira, sempre foi bastante ampla a possibilidade de coligação entre os partidos nas eleições para o Poder Legislativo, cuja única limitação era referente ao candidato do Poder Executivo em disputa.

Quando coincidem as eleições para Presidente da República, Governador do Estado (ambos do Poder Executivo), Senador da República, Deputado Federal e Deputado Estadual (Poder Legislativo) – o que ocorre a cada quatro anos – não havia qualquer determinação legal de vinculação entre os partidos coligados para as eleições estaduais em face das eleições nacionais.

O TSE e o STF, por meio do ativismo judicial eleitoral, pretenderam alterar essa realidade política (e de fato durante um período alteraram) e com isso fortalecerem a identidade partidária e, por conseguinte, a democracia brasileira.

##### *4.1.1.1 As decisões do TSE e do STF que determinaram a verticalização das coligações para Presidente da República e Governador de Estado*

A principal finalidade do Poder Judiciário é resolver as demandas existentes na sociedade, solucionar as pretensões resistidas concretas, não servindo como órgão consultivo para litígios ainda não existentes.

Contudo, uma das características atípicas da Justiça Eleitoral brasileira, conforme se depreende da leitura dos arts. 23, XII e 30, VIII, do Código Eleitoral, é a competência para responder consultas, formuladas por autoridades públicas ou partidos políticos. Com isso, antecipam-se questionamentos eleitorais, resolvem-se previamente futuras demandas e se assegura uma estabilidade das regras do jogo democrático.

Nesse contexto, em 10.09.2001, o Deputado Federal Miro Teixeira, acompanhado de outros parlamentares federais também filiados ao Partido Democrático Trabalhista (PDT), formularam ao Tribunal Superior Eleitoral a Consulta n. 715, com o seguinte teor: “Pode um determinado partido político (partido A) celebrar coligação, para eleição de Presidente da República, com alguns outros partidos (partidos B, C e D) e, ao mesmo tempo, celebrar coligação com terceiros partidos (E, F e G, que também possuem candidato à Presidência da República) visando a eleição de Governador de Estado da Federação?”

Essa consulta visava esclarecer a interpretação do art. 6º, *caput*, da Lei n. 9.504/97, em especial para as eleições de Presidente da República e Governador de Estado, que ocorrem na mesma data. Dispõe o referido dispositivo, “é facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário”.

O Tribunal Superior Eleitoral, em 26.02.2002, divergindo do parecer do Procurador-Geral Eleitoral, respondeu negativamente à consulta, e, assim, determinou a obrigatoriedade de congruência entre as coligações de âmbito nacional/federal (Presidente da República) com as coligações de âmbito estadual (Governador do Estado), o que se passou a denominar na doutrina de “verticalização das coligações” ou “verticalização das eleições”.

Os Ministros do TSE compreenderam que os partidos têm autonomia assegurada no art. 17, *caput*, da CF/88, para definir sua estrutura interna, organização e composição em coligação eleitoral, contudo, essa autonomia não é absoluta para contrariar a regra estabelecida no art. 6º, da Lei 9.504/97.

Segundo esse dispositivo, na interpretação conferida pelo TSE à expressão “mesma circunscrição”, haveria a obrigatoriedade de simetria entre as coligações partidárias para Presidente da República e para Governador de Estado, pois a circunscrição estadual estaria incluída na circunscrição nacional. Assim, seriam vedadas coligações híbridas, na qual partidos que se coligaram na candidatura para o cargo majoritário federal não poderiam, nos estados, apoiarem candidatos diversos.

Tal conclusão adviria do “caráter nacional” dos partidos políticos, estabelecido no art. 17, I, da CF/88, a partir da qual prevaleceria a unidade partidária nas composições das coligações majoritárias federais, em detrimento dos acordos de composição de coligação meramente estaduais.

Desse modo, foi editada pelo TSE, para as Eleições de 2002, a norma disposta no art. 4º, parágrafo 1º, da Instrução Normativa TSE n. 55, publicada por meio da Resolução TSE n. 20.993/2002, com a seguinte redação: “Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador/a de Estado ou do Distrito Federal, senador/a, deputado/a federal e deputado/a estadual ou distrital com partido político que tenha isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato/a à eleição presidencial”.

Sob o argumento de que essa norma regulamentar do TSE fixou regra inteiramente nova e inconstitucional, alterando abruptamente o processo eleitoral, o Partido da Frente Liberal – PFL propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.626, e o Partido Popular Socialista –

PPS, Partido Comunista do Brasil – PCdoB, Partido Liberal – PL, Partido dos Trabalhadores – PT e Partido Socialista Brasileiro – PSB, conjuntamente, propuseram a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.628, perante o Supremo Tribunal Federal.

Os parâmetros de controle das normas constitucionais afrontadas, segundo os autores das ações diretas de inconstitucionalidade, foram o princípio da legalidade (art. 5º, II), o princípio da segurança jurídica e anualidade da lei eleitoral (art. 16), a autonomia dos partidos políticos (art. 17, *caput*) e o princípio da reserva legal por usurpação pelo TSE da competência normativa do Congresso Nacional em legislar sobre direito eleitoral (arts. 22, I).

O Supremo Tribunal Federal não conheceu das ações propostas, com o argumento de que o ato do TSE impugnado por meio das ações diretas não teria caráter normativo, seria uma norma meramente secundária, pois adviria de uma interpretação exclusivamente legal do dispositivo do art. 6º, da Lei n. 9.504/97, não havendo, assim, ofensa direta à Constituição a ser amparada em controle concentrado.

Ainda que o STF tenha agido no julgamento das ADIs “como Pôncio Pilatos”, nas palavras do Ministro Marco Aurélio, lavando as mãos à inovação jurídica do TSE, é evidente que ao assim fazê-lo aquiesceu com a modificação, além do fato de que, dos 7 ministros do TSE, 3 compõe o STF, e já haviam se manifestado nesse sentido. (BRASIL, 2002)

Assim, com a manutenção da Resolução TSE n. 20.993/2002, a verticalização das coligações vigorou para as Eleições de 2002.

Ocorre que, logo após essa decisão do STF, o Congresso Nacional, com a finalidade de alterá-la pelos meios políticos-constitucionais (“backlash”), retornando ao quadro anterior de total liberdade de coligação pelos partidos, apresentou a Proposta de Emenda Constitucional n. 548/2002, que foi aprovada quase quatro anos depois, em 25.01.2006, convertendo-se na Emenda Constitucional n. 52/06, dando, assim, nova redação ao parágrafo 1º do art. 17 da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: “É assegurado aos partidos autonomia para definir sua estrutura interna, organização, funcionamento para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária”.

O art. 2º da mencionada EC n. 52/06 estabelecia a vigência imediata do fim da “verticalização das coligações”, com aplicação para as eleições de 2006.

Todavia, como essa emenda constitucional foi promulgada em 08.03.2006, há menos de sete meses das Eleições de 2006, foi questionada sua constitucionalidade pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 3.685) e pela Confederação Nacional do Ministério Público – CONAMP (ADI 3.686), acerca da sua aplicação imediata, por ofensa ao princípio da

anualidade da lei eleitoral que determina a aplicação de lei que altera o princípio eleitoral apenas um ano após a sua vigência (art. 16, da CF),

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar as ADI n. 3.685 e 3.686, acolheu o pedido formulado, por julgar que o princípio da anualidade confere segurança jurídica às mudanças no processo eleitoral e deve ser também limite à emenda à constituição (art. 60, parágrafo 4º, da CF).

Assim, mesmo com a alteração pelo Congresso Nacional da Constituição Federal, a “verticalização das coligações” ainda vigorou para as eleições de 2006, apenas sendo extinta a partir das eleições de 2010.

Por conseguinte, por exclusiva determinação e interpretação do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, a “verticalização das coligações” foi estabelecida nas eleições de 2002 e 2006, e com a EC n. 52/06, não mais vigora desde 2010.

#### *4.1.1.2 O ativismo judicial eleitoral na verticalização das coligações desobstruiu os canais da democracia brasileira*

No ativismo judicial eleitoral referente à “verticalização das coligações” é possível constatar que o TSE e o STF adotaram explícita postura diversa da vontade dos atores políticos, com a finalidade de fortalecer os partidos políticos e seus programas, afastando o mau vezo nacional dos eleitores em escolhas na pessoa do candidato sendo irrelevante o partido político.

Durante o regime militar (1964-1985), com o bipartidarismo e sem eleição para Presidente da República, a questão de coligações partidárias concomitantes para as eleições federais e estaduais não existia, situação que apenas se tornou possível após a redemocratização com a Constituição de 1988, na qual foi estabelecido o pluripartidarismo e eleições regulares para todos os cargos políticos.

Identificar as decisões do TSE e do STF que estabeleceram a “verticalização das coligações” como situações de ativismo judicial advém, inicialmente, do fato de que a obrigatoriedade de congruência entre as coligações majoritárias nacionais e estaduais não é expressa em nenhum dispositivo constitucional. Vale dizer, o constituinte sequer tratou explicitamente tal matéria, conferindo, em princípio, ampla liberdade ao legislador ordinário.

A primeira eleição para Presidente da República após a redemocratização ocorreu em 1989, mas não coincidiu com as eleições para Governador de Estado, que aconteceria apenas no ano seguinte. A primeira eleição que houve coincidência foi em 1994, quando também ocorreu a mudança do mandato presidencial de cinco para quatro anos.

Atendendo à liberdade de conformação advinda do texto constitucional, o legislador ordinário promulgou a Lei n. 8.713/93, que vigorava à época das Eleições de 1994, e estabelecia, em seu artigo 6º, a ampla possibilidade de coligação entre os partidos políticos, vedando apenas que não poderiam ser diferentes dentro da mesma circunscrição, nos seguintes termos: “É facultado aos partidos políticos celebrar coligação para eleição majoritária, eleição proporcional ou ambas, desde que elas não sejam diferentes dentro da mesma circunscrição”.

Da leitura do preceito normativo, depreende-se que a exigência de simetria das coligações, a fim de não descaracterizar as eleições, é aquela realizada simultaneamente na mesma circunscrição do pleito. E a circunscrição é a unidade jurídica territorial na qual ocorrem as eleições, assim, a circunscrição nacional/federal (eleição de Presidente da República) é todo o país, a circunscrição estadual (eleições de Governador, Senador, Deputado Federal e Deputado Estadual) é o Estado ou Distrito Federal e, finalmente, a circunscrição municipal (eleição de Prefeito e Vereador).

Assim, a congruência entre as coligações foi exigida em cada esfera de circunscrição separadamente, ou seja, nas eleições presidenciais (circunscrição nacional/federal) os partidos não poderiam fazer parte de coligações diversas, contudo, nas eleições de governadores, senadores e deputados federais e estaduais (circunscrição estadual) poderiam fazer novas coligações entre si, pois haveria uma independência entre a eleição nacional e a estadual.

Esse dispositivo legal foi praticamente reproduzido pela Lei das Eleições, a Lei n. 9.504/97, aliás, a alteração foi ainda mais flexível, pois admitiu a participação da agremiação em duas coligações dentro da mesma circunscrição, uma para o pleito majoritário, outra para o pleito proporcional.

Desse modo, para as Eleições de 1998, também vigorou a ampla liberdade de coligação sem nenhuma vinculação entre as eleições para presidente e governador e sem sequer qualquer questionamento judicial acerca do assunto. A propósito, foi inclusive feita uma consulta ao TSE quanto à interpretação do art. 6º, da Lei n. 9504/97, acerca da possibilidade de partidos comporem coligações diversas para o cargo majoritário de governador e senador, contudo, sequer foi suscitada – porque aparentemente desnecessária – a congruência entre as coligações federais e estaduais.

Apenas com as Eleições de 2002, a partir da Consulta nº 715 ao TSE, que expediu a Instrução Normativa n. 55/2002, foi determinada a “verticalização das coligações”, ratificada pelo STF no julgamento as ADIs n. 2.626 e 2.628/2002.

Nesse aspecto, a segunda característica a identificar essas decisões como de ativismo judicial foi alterar frontalmente a interpretação de norma estabelecida explicitamente pelo legislador ordinário e assim igualmente compreendida e aplicada pelos atores políticos.

Dito de outra forma, o Poder Judiciário, apesar da existência de regra legal disciplinando a questão, criou a norma da “verticalização das coligações” que modificou o processo eleitoral brasileiro.

Da compreensão do mencionado art. 6º, da Lei n. 9.604/97 não deriva qualquer vinculação entre as coligações da circunscrição nacional para Presidente da República e a circunscrição estadual para Governador de Estado, apenas que nas eleições na mesma circunscrição, isto é, nas circunscrições estaduais e municipais, as coligações dos cargos proporcionais seja composta “dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário”.

Para alterar o sentido deste preceito legal, e assim estabelecer a “verticalização das coligações”, o TSE e o STF valeram-se da técnica de interpretação conforme a Constituição alicerçada no art. 17, I, da CF/88, que disciplina o caráter nacional dos partidos políticos, *in verbis*: “É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I – caráter nacional (...)”.

Depreende-se, no entanto, que a finalidade primária desse preceito constitucional é estabelecer pressupostos para a criação e modificação de nova agremiação partidária, situação totalmente diversa dos requisitos para a coligação partidária.

Na interpretação do Tribunal Superior Eleitoral, a liberdade dos partidos políticos participarem de coligações diferentes para as concomitantes eleições para Presidente da República e Governador de Estado desvirtuaria o seu caráter nacional.

Como o ressaltado pelo Ministro Sepúlveda Pertence no referido julgamento: “o caráter nacional’ não torna imperativo para todo e qualquer partido a adoção de uma estrutura politicamente centralizada: pelo contrário, a mesma Constituição assegura a cada um deles ‘autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento” (BRASIL, 2002).

Além do mais, o referido dispositivo constitucional também já se encontrava regulado pela legislação infraconstitucional. Com efeito, o art. 7º, parágrafo 1º, da Lei n. 9.096/95, prescreve que para ser criado um partido político que tenha caráter nacional é exigido o apoio de eleitores não filiados a partido político, correspondente a, pelo menos, 0,5% (cinco décimos por cento) dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos por 1/3 (um terço), ou mais, dos Estados, com um mínimo de 0,1% (um décimo por cento) do eleitorado que haja votado em cada um deles.

Portanto, a terceira característica pela qual se identifica como ativismo judicial a decisão de “verticalização das coligações” é uma interpretação elástica do art. 17, I, da CF/88, da qual

não decorreria, ao menos não diretamente, a congruência entre as coligações para os cargos de presidente e governador.

Reconhecer nessas decisões que estabeleceram a “verticalização das coligações” uma inovação no ordenamento jurídico nacional por meio de ativismo judicial não passou despercebida por vários ministros do Supremo Tribunal Federal.

Segundo o Ministro Ilmar Galvão, o Tribunal Superior Eleitoral “desenganadamente exorbitou de seus limites, inovando na ordem jurídica eleitoral”, pensamento similar foi exposto pelo Ministro Sydney Sanches, para quem “ainda que com os mais nobres propósitos, acabou por introduzir, no processo eleitoral, norma inteiramente nova”, afirmou a necessidade de uma reforma política, mas “que, tão esperada e desejada, deveria, obviamente, ter tido curso no Congresso Nacional – não no Tribunal Superior Eleitoral” (BRASIL, 2002).

Para o Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro, o TSE, a pretexto de interpretar a lei, criou norma no ordenamento jurídico brasileiro sendo, segundo o Ministro Marco Aurélio, “vedado ao Poder Judiciário assumir a posição do Congresso Nacional” (BRASIL, 2002).

A despeito dessas escuras observações, pois evidentemente as decisões que determinaram a congruência entre as coligações para eleições de Governador e Presidente da República representaram uma inovação do judicial do ordenamento jurídico, há que se analisar, nesse momento, sua compatibilidade com o regime democrático desobstruindo os canais para o seu regular funcionamento.

Como já ressaltado, numa perspectiva procedimentalista, da qual decorre um ativismo judicial mais moderado, cumpre ao Poder Judiciário atender aos preceitos normativos decorrentes dos representantes legais do povo, salvo quando essa deliberação majoritária obstrui os canais democráticos, competindo uma atuação ativa do Poder Judiciário em desobstruí-la para preservar a própria democracia.

No caso do ativismo judicial da “verticalização das coligações” mostra-se evidente que o STF e o TSE buscaram fortalecer os partidos políticos e prestigiar a identidade e transparência dos seus programas, em especial perante o eleitor, com a finalidade de alterar uma característica histórica brasileira das decisões políticas locais prevalecerem em face dos contornos ideológicos nacionais dos partidos políticos.

De fato, na origem partidária brasileira, com a Proclamação da República (1889), o partido republicano não se encontrava organizado em toda extensão territorial nacional, e as revoluções posteriores para consolidar o regime favoreceu o surgimento de agremiações políticas estaduais sem caráter nacional (FERREIRA, 1954, p. 259).

Na República Velha (1889-1930), consolidaram-se os partidos republicanos com características locais, principalmente nos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul. Com a Revolução de 1930, cuja pretensão foi suprimir o poder político dos coronéis estaduais, essa situação começa a mudar, mas apenas no fim do Estado Novo, em 1945, com o Decreto Legislativo editado por Getúlio Vargas, foi determinado aos partidos políticos terem caráter nacional.

Com a Constituição de 1946 foi ratificada obrigação de que os partidos políticos fossem nacionais, situação que se manteve com os Códigos Eleitorais seguintes e com as posteriores Leis de Organização dos Partidos Políticos, até os dias atuais com a Constituição Federal de 1988 (art. 17, I).

Nada obstante essa obrigatoriedade legal de terem caráter nacional, ainda subsiste forte poder estadual na formação da vontade dos partidos, principalmente nas disputas locais que cedem aos compromissos nacionais, especialmente na formação das coligações estaduais em dissonância das federais, e com isso terminam enfraquecendo a própria democracia partidária e dificultando ao eleitor a compreensão do programa político de cada agremiação.

Na crítica de Scott P. Mainwaring, “os partidos nacionais são federações de partidos estaduais. A maioria das decisões mais importantes é tomada pelas organizações partidárias estaduais” (MAINWARING, 2001, p. 318).

Essa tomada de decisões fundamentalmente descentralizada, cuja expressão significativa é a liberdade de formação das coligações para governador em total divergência das coligações para presidente da República, conduz inexoravelmente a uma “irrelevância dos partidos nacionais” (SANTOS, 1993, p. 32).

É importante observar que a atuação ativista judicial em prol do aprimoramento das agremiações partidárias também busca mitigar uma das características do eleitorado brasileiro (especialmente para as eleições para o poder legislativo) que é a escolha na pessoa do candidato, independentemente do partido ao qual se encontra filiado e sendo irrelevante o respectivo programa político.

Como ressaltou no julgamento o Ministro do STF, Nelson Jobim, que “esse é o caminho para o fortalecimento dos partidos, como instrumentos nacionais da democracia brasileira” (BRASIL, 2002).

A título de exemplo, nas últimas Eleições Gerais de 2018, o então candidato a Governador do Estado do Maranhão, Flávio Dino, do PCdoB, que para o cargo de Presidente da República participava da coligação do candidato do PT, Fernando Haddad, tinha na sua coligação estadual o PSDB, cujo candidato a Presidente da República era Geraldo Alckmin.

Além do mais, uma das críticas ao sistema eleitoral brasileiro é ausência de identidade dos partidos políticos, com projeto claro a ser identificado pelo eleitor e não sujeito a acordos políticos ocasionais, como no caso da ampla liberdade de coligação federal e estadual.

Desse modo, a decisão de “verticalização das coligações”, ao determinar uma homogeneidade das coligações majoritárias nacionais e estaduais, obriga aos partidos buscarem uma identidade na realização das coligações e propicia ao eleitor uma maior compreensão das plataformas políticas partidárias em disputa.

Por fim, essa ampla liberdade de coligações entre os partidos políticos, não raro decorre de acordos escusos que propiciam uma porta de entrada para futuros favores que são fontes de corrupção na Administração Pública (MOTTA, 2008, p. 81).

Assim, o ativismo judicial eleitoral que estabeleceu a “verticalização das coligações” desobstruiu esse canal legal democrático que impede uma unidade partidária nacional, dificulta ao eleitor a compreensão da plataforma política das agremiações, favorece a personalização do pleito em face do aprimoramento do debate das propostas dos partidos políticos e propicia a corrupção não apenas no período eleitoral mas na futura atividade a ser desenvolvida pelo candidato eleito.

Como os parlamentares e demais ocupantes de mandatos políticos foram escolhidos em face dessas regras eleitorais vigentes que admitem a ampla liberdade de coligação nas coligações nacionais e estaduais, em evidente prejuízo à democracia, não existe qualquer pretensão deles em conduzir no Congresso Nacional a “verticalização das coligações”, assim, tal tarefa teve que ser implementada pelo Poder Judiciário, por meio do ativismo judicial que aprimorou a democracia brasileira.

A insatisfação da classe política com as decisões do TSE e do STF ficou evidente com a aprovação pelo Congresso Nacional, em 25.01.2006, da Emenda Constitucional n. 52/06, que encerrou com a “verticalização das coligações”, ao dar nova redação ao art. 17, parágrafo 1º, da CF/88, restabelecendo a ampla liberdade de coligação partidária sem qualquer vinculação entre as candidaturas de âmbito nacional, estadual ou municipal.

É importante registrar que essa foi a única situação de reversão do ativismo judicial eleitoral pelos atores políticos (“backlash”), que nos anos iniciais do sec. XXI ainda demonstravam força para enfrentá-lo, mas que, nos anos seguintes, entrou em declínio e desprestígio na sociedade, fazendo com que as reformas estruturais do sistema eleitoral brasileiro fossem conduzidas principalmente pelo Poder Judiciário.

#### 4.1.2 Fidelidade partidária

Após a redemocratização do Brasil, como o pluripartidarismo, muitos mandatários políticos, principalmente após as eleições, mudavam do partido pelo qual foi eleito, não apenas uma, mas inúmeras vezes, como se, conforme analogia realizada à época, trocassem de camisa.

Com a finalidade de pôr fim a esse deletério costume político que fragilizava a democracia – tanto ludibriando o eleitor que elegeu o mandatário político como o partido pelo qual foi eleito – o STF e o TSE, através do ativismo judicial eleitoral, determinaram a “fidelidade partidária”, sob pena da perda do mandato eletivo.

##### *4.1.2.1 As decisões do TSE e do STF que determinam a perda do mandato do parlamentar por infidelidade partidária.*

Em 2007, cinco anos após a decisão sobre a “verticalização das coligações”, o Partido da Frente Liberal – PFL, atual Democratas – DEM, formulou a Consulta n. 1.398/DF ao Tribunal Superior Eleitoral, com o seguinte teor: “Os partidos e as Coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”

O Tribunal Superior Eleitoral, em 27.03.2007, respondeu positivamente à Consulta n. 1.398/DF, por meio da Resolução n. 22.526/2007, com decisão assim ementada: “Consulta. Eleições proporcionais. Candidato eleito. Cancelamento de filiação. Transferência de partido. Vaga. Agremiação. Resposta afirmativa.”

À exceção do Ministro Marcelo Ribeiro, todos os demais Ministros do TSE acompanharam o relator Ministro César Rocha, inclusive aqueles com assento no STF, ao entenderem ilegítima a ideia até então assentada que o mandato “pertenceria” ao candidato eleito, passando a determinar que a vaga “pertenceria” ao partido político, a quem são atribuídos os votos dos eleitores, de tal forma que o candidato que mudasse de partido pelo qual foi eleito perderia a vaga para a agremiação partidária.

Essa decisão do Tribunal Superior Eleitoral terminou por reintroduzir no sistema jurídico brasileiro a denominada “fidelidade partidária” aos parlamentares eleitos sob pena da perda do mandato eletivo, vedando o transfuguismo partidário ou troca-troca de partidos pelos políticos eleitos.

Embora tenha acompanhado o relator, o Ministro César Peluso deixou assentada a necessidade de se estabelecer algumas exceções à fidelidade partidária, como, por exemplo, perseguição interna.

O único voto divergente no TSE foi do Ministro Marcelo Ribeiro, que trouxe à baila consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em especial o Mandado de Segurança n. 20.927/DF, julgado em 11.10.1989 (DJ 15.04.94), da relatoria do Ministro Moreira Alves, segundo a qual a infidelidade partidária acarretando a perda do mandato parlamentar existia com a Emenda Constitucional n. 1 de 1969, mas que foi revogada pela Emenda n. 25 de 1988 e não foi contemplada pela Constituição de 1988.

Com fundamento na Resolução TSE n. 22.526/2007, o Partido Popular Socialista – PPS, o Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB e o Democratas – DEM, requereram ao Presidente da Câmara dos Deputados, em razão da desfiliação dos seus quadros dos Deputados Federais eleitos, a posse dos respectivos suplentes dessas agremiações.

O Presidente da Câmara dos Deputados negou o pedido formulado sob o fundamento de que o fato não consubstanciava qualquer hipótese de perda de mandato eletivo estabelecida expressamente no art. 56, parágrafo 1º, da CF/88.

Insatisfeitos, esses partidos impetraram mandado de segurança perante o Supremo Tribunal Federal – MS 26.602/DF (PPS, rel. Min. Eros Grau), MS 26.603/DF (PSDB, rel. Min. Celso de Mello) e MS 26.604/DF (DEM, Rel. Min. Cármen Lúcia), requerendo, com esteio na Res. TSE n. 22.526/2007 (Consulta n. 1.398/DF), a vacância dos mandatos dos Deputados Federais que haviam mudado desses partidos políticos após as eleições, com a consequente posse dos suplentes.

Além de sustentarem que a perda de mandato por infidelidade partidária não tinha guarida na Constituição de 1988, os partidos políticos para os quais os deputados desfilados migraram alegaram, também, que o Tribunal Superior Eleitoral teria ultrapassado suas atribuições constitucionais.

O Procurador-Geral da República opinou pela denegação da ordem, contra a pretensão da fidelidade partidária, com o entendimento de que, embora os partidos políticos sejam figura central na democracia representativa, isso não implicaria que a titularidade das vagas em razão da desfiliação pertenceria às legendas, pois “a filiação partidária é uma condição de participação do processo eleitoral e não de permanência no cargo”. (BRASIL, 2007)

Contudo, em decisão conjunta dos MS 26.602, 26.603 e 26.604, o Supremo Tribunal Federal, em 04.10.2007, embora tenha denegado as ordens, pois competiria ao TSE analisar se a desfiliação dos parlamentares foi injustificada, ratificou o entendimento do TSE acerca da fidelidade partidária com decisão assim ementada:

CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. DESFILIAÇÃO. PERDA DE MANDATO. ARTS 14, 3º, V e 55, I a VI da CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA,

RESSALVADO ENTENDIMENTO DO RELATOR. SUBSTITUIÇÃO DO DEPUTADO FEDERAL QUE MUDA DE PARTIDO PELO SUPLENTE DA LEGENDA ANTERIOR. ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA QUE NEGOU POSSE AOS SUPLENTE. CONSULTA, AO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, QUE DECIDIU PELA MANUTENÇÃO DAS VAGAS OBTIDAS PELO SISTEMA PROPORCIONAL EM FAVOR DOS PARTIDOS POLÍTICOS E COLIGAÇÕES. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MARCO TEMPORAL A PARTIR DO QUAL A FIDELIDADE PARTIDÁRIA DEVE SER OBSERVADA (27.03.07). EXCEÇÕES DEFINIDAS E EXAMINADAS PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. DESFILIAÇÃO OCORRIDA ANTES DA RESPOSTA À CONSULTA AO TSE. ORDEM DENEGADA. 1. Mandado de segurança conhecido, ressalvado entendimento do Relator. 2. A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo. 3. O instituto da fidelidade partidária, vinculado o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007. 4. O abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral. 5. Os parlamentares litisconsortes passivos no presente mandato de segurança mudaram de partido antes da resposta do Tribunal Superior Eleitoral. Ordem denegada (BRASIL, 2007).

Em consequência, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução n. 22.610/2007, e regulou o procedimento de análise da justa causa para mudança de partido político por parlamentar eleito, sob pena de perda do mandato eletivo.

#### *4.1.2.2 O ativismo judicial eleitoral na fidelidade partidária desobstruiu canais da democracia brasileira*

A atual Constituição de 1988 não estabeleceu a perda do mandato do parlamentar que abandonasse o partido pelo qual foi eleito. De fato, a única menção no texto constitucional à fidelidade partidária se encontra exposta no art. 17, parágrafo 1º, da CF/88, nos seguintes termos: “é assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios (...) devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária”.

A legislação infraconstitucional, em especial a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, a Lei 9.096/95, também não impõe a sanção da perda de mandato por infidelidade partidária, e em redação semelhante ao texto constitucional, apenas determina, em seu art. 15, V, que o Estatuto do partido deverá dispor normas sobre fidelidade partidária.

Depreende-se, portanto, que a interpretação literal desses preceitos normativos é delegar à autonomia interna dos partidos políticos, por meio de seus estatutos, as regras e sanções alusivas à infidelidade partidária dos seus próprios quadros.

Por outro lado, as situações de perda do mandato político do parlamentar estão expressamente dispostas no art. 55, da CF/88, sendo em nenhuma delas previamente estabelecida a infidelidade partidária como causa para perda do mandato eletivo.

Essa compreensão fica ainda mais evidente quando em comparação com a Carta de 1969 (EC n. 1 à CF/67) na qual a Junta Militar introduziu, no inciso V do art. 35, a perda do mandato do parlamentar que muda de partido. Esse dispositivo foi explicitamente revogado pela Emenda Constitucional n. 25 de 1988 e, como já explanado, não foi contemplado na Constituição Federal de 1988.

O Supremo Tribunal Federal, já sob a égide da Constituição de 1988, julgou, em 11.10.1989 (DJ 15.04.1994), o Mandado de Segurança n. 20.927/DF, da relatoria do Ministro Moreira Alves, no qual assentou que: “em nosso sistema constitucional atual, apesar da valorização dada à representação parlamentar federal dos Partidos, não se exige qualquer modalidade de fidelidade partidária para os eleitos após a diplomação, ainda quando se tenham empossado como deputados (...) o constituinte não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato (...) se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato” (BRASIL, 1989).

Mesmo quinze anos depois, esse entendimento se mantinha consolidado no STF, como se extrai do julgamento do Mandado de Segurança n. 23.405/GO, de 22.04.2004 (DJ 23.04.2004), no qual o relator Ministro Gilmar Mendes argumentou que “embora a troca de partidos por parlamentares eleitos sob o regime da proporcionalidade revele-se extremamente negativa para o desenvolvimento e continuidade do sistema eleitoral e do próprio sistema democrático, é certo que a Constituição não fornece elementos para que se provoque o resultado pretendido pelo requerente” (BRASIL, 2004).

Assim, as decisões de 2007 do TSE (Consulta n. 1.398/DF) e do STF (MS 26.602. 26.603 e 26.604), evolutiva da jurisprudência até então consolidada, que estabeleceram a fidelidade partidária, sem fundamento explícito no ordenamento jurídico nacional, denotam flagrante ativismo judicial para intervir no processo político-eleitoral brasileiro ao afastar o vício do transfuguismo partidário, que de outra forma não seria implementada pelas vias legislativas normais pois os próprios parlamentares eram beneficiários diretos dessa patologia.

Diversamente do caso da “verticalização das coligações”, no julgamento referente à perda de mandato por infidelidade partidária não houve um forte debate entre os ministros do STF acerca do ativismo do precedente.

Ainda assim, o Ministro Joaquim Barbosa advertiu que “não me parece adequado resolver a questão posta nos autos à luz de princípios implícitos na nossa Constituição”, sendo que o Ministro Eros Grau ressaltou que “o desígnio nutrido pelo impetrante, é no sentido de que

o STF crie, por via oblíqua, hipótese de perda do mandato parlamentar não prevista no texto constitucional. Pretende transformar este Tribunal em legislador (...). Não posso ir além do que ela (constituição) me autoriza ir, porque só tenho legitimidade para me manter dentro dos seus limites, interpretando-a nos limites do texto” (BRASIL, 2007).

Sem embargo, prevaleceu o entendimento do Ministro Marco Aurélio de que o “TSE não legislou”, sendo enfático o Ministro Menezes de Direito ao discorrer que “(..) é bom que se diga e se repita, não se está criando norma artificial nem está se está ingressando em seara reservada ao poder de legislar. O que se está fazendo é dar uma interpretação coerente com o que se contém na Constituição para preservar os princípios estatuídos” (BRASIL, 2007).

Essas decisões do TSE e do STF, ao afastarem a interpretação literal até então existente, corretamente fundamentaram-se numa interpretação sistemática, teleológica e histórica da filiação partidária (art. 14, parágrafo 3º, da CF), como condição e pressuposto constitucional para o exercício parlamentar, na importância central dos partidos políticos do sistema proporcional pelos quais são eleitos os deputados federais e na constatação do malefício da troca-troca partidária para a democracia brasileira.

É importante registrar que mesmo no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em 1989, do mencionado Mandado de Segurança n. 20.927/DF, o próprio relator, Ministro Moreira Alves, entendia que, pela lógica do sistema proporcional, o constituinte deveria ter estabelecido a perda do mandato eletivo por infidelidade partidária, contudo, optou em não fazê-lo (BRASIL, 2007).

Além do mais, nesse mesmo julgamento, houve consistente entendimento contrário dos Ministros Celso de Mello, Paulo Brossard, Carlos Madeira e Sydney Sanches, de que o parlamentar que eleito por um partido se filia posteriormente a outro partido deve perder o mandato eletivo (BRASIL, 2007).

Há que se compreender, também, a realidade política na qual foi introduzida e, posteriormente, extinta a fidelidade partidária. A perda do mandato por infidelidade partidária, introduzida pela EC n. 1/1969, era um dos sustentáculos do bipartidarismo do regime militar, sendo que, com a redemocratização do país e o estabelecimento do pluripartidarismo, fosse compreensível, naquele momento de transição, sua extinção com a EC n. 25/88, dando, assim, maior liberdade aos parlamentares de migrarem para as novas legendas que estavam em sendo criadas ou mesmo deixando de ser proibidas de existirem.

A Constituição Federal de 1988, promulgada meses depois, naturalmente ainda acompanhou esse espírito de maior liberdade de migração partidária. Contudo, após alguns anos, com a estabilidade democrática, a manutenção dessa liberdade transformou-se numa mazela do processo político brasileiro, pois a constante troca-troca de partido pelos candidatos

eleitos conduziu a uma maior fragilidade dos partidos políticos e, em consequência, da própria democracia brasileira.

Entre 1985 e 2001, 846 Deputados Federais desfilaram-se dos partidos pelos quais foram eleitos, representando 28,86%, sendo que 16,3% trocaram duas vezes e 3,5% três ou mais vezes (MELO, 2003, p. 322).

Quando do julgamento da Consulta n. 1.398/DF pelo TSE, o seu relator, Ministro César Asfor Rocha realizou um levantamento preliminar e, passados apenas cinco meses das últimas Eleições de 2006, 36 Deputados Federais já haviam se desfilado das siglas partidária pelas quais foram eleitos.

A formação histórica brasileira conduziu, por um lado, a partidos políticos com baixa, ou nenhuma identidade ideológica, e, por outro, a candidatos que apenas se filiam a siglas partidárias com a finalidade de atender a uma condição de elegibilidade exigida constitucionalmente, mas com pouca compatibilidade de pensamento com o partido.

A alternância, na história brasileira, de períodos ditatoriais, com poucos períodos democráticos duradouros, contribuiu para a existência de partidos políticos sem base ideológica consistente (FLEISCHER, 2004, p. 249).

É certo que a extinção de partidos políticos e perseguição de seus membros durante os regimes ditatoriais brasileiros, chegando, até em determinados momentos, no fechamento do Congresso Nacional, promoveu para a instabilidade partidária e concorreu para que as agremiações não possuíssem uma identidade ideológica definida.

A isso se acresce a mencionada regionalização na formação dos partidos brasileiros, que faz com que estejam muito mais preocupados com as questões locais do que com um projeto político nacional.

A própria ideia até então consolidada de que o “mandato pertence ao parlamentar” e, portanto, pode mudar sucessivas vezes de agremiação política, revela o tão enraizado patrimonialismo e mandonismo que caracterizam a formação brasileira, com os interesses privados e muitas vezes escusos se sobrepondo ao interesse coletivo.

O modelo brasileiro de sistema proporcional de lista fechada torna os partidos “reféns do personalismo dos candidatos que as integram”, de tal forma que “nenhuma outra democracia dá aos políticos tanta autonomia via-à-vis seus partidos” (MAINWARING, 2001, p.335).

Assim, a pretensão do constituinte, ao estabelecer uma democracia representativa que perpassa necessariamente pelos partidos políticos, consagrando, inclusive, um capítulo próprio no Título II, dos Direitos Fundamentais, é evidentemente corrigir os rumos dessa formação histórica, reestabelecendo a ideia do partido político como mediador entre o Estado e a sociedade.

Desse modo, a necessidade do cidadão se encontrar filiado a um partido político para concorrer a mandato eletivo, estabelecida no art. 14, parágrafo 3º, da CF/88, não pode ser compreendida tão somente na vedação de candidatura avulsa, sendo a finalidade do texto constitucional pretender uma convergência do candidato com o partido pelo qual se apresenta na disputa eleitoral.

Por outro lado, o sistema proporcional pelo qual são eleitos os deputados federais, conforme determina o art. 45, caput, da CF/88, diferencia-se frontalmente do sistema majoritário pelos quais são eleitos os chefes do Poder Executivo.

No sistema majoritário, é eleito o candidato que obtiver a maior quantidade de votos em relação aos outros candidatos, assim, prepondera no sistema majoritário, para o resultado do pleito, os votos obtidos individualmente pelo candidato independentemente da atuação e do desempenho partidário.

Diversamente, no sistema proporcional, pelo qual se pretende que, na ocupação das cadeiras do Poder Legislativo, esteja representado proporcionalmente o colorido político-ideológico nacional, com a participação das minorias, os partidos políticos figuram como pedra angular.

Pelo sistema proporcional, inicialmente, calcula-se o denominado “quociente eleitoral”, que, nos termos do art. 107, do Código Eleitoral, constitui um número pré-fixado pelo qual se divide o número de votos válidos das eleições pelo número de cadeiras a serem preenchidas no parlamento. O “quociente eleitoral” corresponde, assim, ao número mínimo de votos que o partido ou coligação devem alcançar para fazer jus a uma cadeira na Casa Legislativa.

Num segundo momento, o art. 108, do Código Eleitoral, estabelece o denominado “quociente partidário”, que resulta do número de votos válidos (excluídos brancos e nulos) obtidos pelo partido ou coligação, dividido pelo “quociente eleitoral”. Assim, o “quociente partidário” constitui o número de assentos na Casa Legislativa conquistado pelo partido ou coligação.

Por fim, na distribuição de cadeiras dentro do próprio partido ou coligação, as vagas obtidas no “quociente partidário” serão preenchidas pelos candidatos que obtiveram a maior quantidade de votos válidos nessas agremiações partidárias.

Assim, no sistema proporcional brasileiro de lista aberta, o voto do eleitor é considerado binário, pois, com um único voto, o eleitor auxilia o partido ou coligação no quociente partidário e, concomitantemente, também favorece seu candidato na ordem dentro do próprio partido ou coligação.

É importante ressaltar, também, que o eleitor não precisa votar nominalmente em um candidato, pois pode votar apenas no partido, sendo assim, seu voto é considerado para o

quociente partidário mas sem qualquer influência na ordem dos candidatos eleitos desse partido ou coligação.

Depreende-se, portanto, que o sistema proporcional orbita principalmente em torno dos partidos políticos/coligações, pelo qual se obtêm o “quociente partidário”, para, a partir daí, se chegar aos candidatos mais votados dentro da agremiação ou coligação.

Walter Costa Porto observa que o sistema proporcional brasileiro permite, inclusive, que um candidato que não tenha obtido nenhum voto seja eleito. Relembra que, em 1945, foi eleito Deputado Federal para o Território Federal do Acre, pelo Partido Social Democrático, Hermelindo de Gusmão Castelo Branco Filho, sem nenhum voto nominal, pois o partido lançou duas candidaturas e alcançou duas cadeiras pelo quociente partidário em razão da grande votação do primeiro colocado (PORTO, 2004, p. 157).

De igual modo, mesmo que o candidato consiga expressiva votação, inclusive sendo o mais votado, não será eleito se o partido ou coligação pela qual concorreu não alcançou o quociente partidário. Foi o que aconteceu com Dante de Oliveira, filiado ao Partido Democrático Trabalhista, candidato a Deputado Federal pelo Mato Grosso, em 1990, que obteve mais votos nominais em todo o estado, mas que não ficou com a vaga porque seu partido não conseguiu atingir o quociente partidário.

O Ministro Celso de Mello deixou registrado em seu voto que, à época do julgamento, dos 513 deputados federais eleitos, apenas 31 alcançaram o quociente eleitoral pelos seus próprios votos, correspondente a 6,04%, tudo isso a demonstrar que, no sistema proporcional, a participação do partido político é necessária para garantir a eleição do parlamentar (BRASIL, 2007)

Assim, a filiação partidária como condição de elegibilidade, acrescida ao sistema proporcional centrado no quociente partidário obtido pela agremiação, demonstra que a fidelidade partidária é imprescindível para higidez do sistema eleitoral brasileiro, sendo insustentável que um deputado federal peça sua desfiliação do partido pelo qual foi eleito tão logo assuma o seu mandato eletivo.

A esse respeito acentuou o Ministro Cezar Peluso (BRASIL, 2007): “Nessa moldura sistêmica, não parece, destarte, concebível que um candidato, para cuja eleição e posse não apenas concorreram, senão que até podem ter sido decisivos, os recursos do partido, e recursos não apenas financeiros e materiais doutra ordem, mas também todos aqueles compreendidos no conceito mesmo de patrimônio partidário de votos, abandone os quadros do partido após repartição das vagas conforme a ordem nominal de votação”.

Nada obstante, a questão do transfuguismo partidário não pode ser percebida apenas na perspectiva da infidelidade do eleito ao partido político pelo qual concorreu nas eleições, mas também na ausência de fidelidade ao próprio eleitor.

De fato, nas eleições proporcionais, o eleitor, ao votar no candidato, também estaria votando na plataforma política do partido a qual ele se encontra filiado, não sendo aceitável que, após ser eleito, ele unilateralmente mude de partido frustrando a pretensão dos eleitores.

Similar é a situação dos eleitores que votaram por identidade às opções político-ideológica do partido e seus candidatos não foram eleitos, mas outros do partido obtiveram êxito. Embora seus candidatos não tenham sido eleitos, seus votos foram importantes para alcançar as cadeiras parlamentares ao partido.

Além do mais, o transfuguismo também ofende ao direito constitucional de oposição partidária pois, normalmente, o que acontece é a migração do parlamentar eleito por um partido de oposição para a agremiação de apoio Chefe do Executivo e, assim, gozar de maiores benefícios para o exercício de seu mandato, quando, não raro, essa migração também decorre de negociações escusas.

Em Portugal, segundo disciplina o art. 160, “c”, da CR, o parlamentar que deixa seu partido político pode continuar a exercer o seu mandato eletivo, mas como independente, sem se filiar a outro partido político, pois se o fizer, a sanção de perda do mandato é similar àquela estabelecida pelo ativismo judicial do TSE/STF.

Desse modo, as decisões ativistas do TSE e do STF que estabeleceram a perda do mandato parlamentar por infidelidade partidária desobstruíram o canal da democracia brasileira que admitia o vício do transfuguismo partidário, enfraquecia os partidos políticos, mitigava a oposição parlamentar e favorecia a corrupção.

O ativismo judicial do TSE/STF fica mais evidente em face do caráter normativo que adveio com a decisão, uma vez que, na prática, poucos casos redundaram na efetiva perda de mandato por infidelidade partidária, contudo, modificou-se drasticamente o comportamento dos parlamentares que deixaram de realizar a antiga mazela de troca-troca partidário.

Essa mudança do sistema político apenas foi possível ser implementada pelo Poder Judiciário, uma vez que os parlamentares, beneficiários direto desse mau vezo, não tinham qualquer pretensão de realizá-la, sendo, portanto, legítimo o ativismo judicial porque aprimora a democracia.

“A crise da fidelidade não é um sintoma; é, antes, uma das graves doenças do quadro mórbido da crise partidária; é um ingrediente importante da patologia política. Tal é a razão por que não se pode deixar de reconhecer que a exigência constitucional da fidelidade partidária e, sobretudo, sua completa observância no mundo dos fatos, constitui um dos remédios capazes de

concorrer para a remissão da crise e de restaurar ou, quem sabe, concretizar a pureza do sistema eleitoral e parlamentar, nos limites de sua possibilidade histórica” (SILVA, p. 161)

Diferentemente do caso da “verticalização das coligações”, na qual o Congresso Nacional “reverteu” a decisão do STF/TSE com a aprovação de uma emenda constitucional, no caso da “fidelidade partidária” não mais houve força política-partidária suficiente para se sobrepor ao ativismo judicial.

Ao contrário, oito anos depois do julgamento no STF, o Congresso Nacional ratificou e positivou a inovação advinda do ativismo judicial eleitoral ao aprovar a Lei n. 13.165/2015 que passou a prever explicitamente a perda de mandato por desfiliação sem justa causa.

#### 4.1.3 Proibição de doação eleitoral por empresas para campanha eleitoral

A Constituição Federal de 1988 não discorre diretamente sobre o modelo de financiamento das campanhas eleitorais e a legislação eleitoral sempre admitiu a doação eleitoral de empresas para as eleições.

No entanto, ao longo dos anos, o financiamento das campanhas eleitorais conduziu a um abuso do poder econômico e um desequilíbrio no pleito eleitoral que fragiliza o processo democrático.

Mais uma vez, os mandatários políticos eleitos por esse modelo de abuso econômico empresarial não possuem nenhum interesse em modificá-lo, pois escolhidos segundo as regras jurídicas que levaram a essa anomalia da qual se beneficiam.

Apenas com o ativismo judicial eleitoral do STF e do TSE foi possível reverter essa situação que estava obstruindo os canais democráticos.

##### *4.1.3.1 A decisão do STF que vedou a doação eleitoral por empresas para campanhas eleitorais*

As campanhas eleitorais pelas quais os candidatos se apresentam aos cidadãos e participam do processo eleitoral necessitam de financiamento para que possam ser realizadas. Assim, tanto os candidatos quanto os partidos políticos precisam angariar recursos para custearem suas despesas nas disputas eleitorais.

Por outro lado, o financiamento de campanha eleitoral não pode ser instrumento de desequilíbrio, abuso e manipulação para indevida influência no pleito eleitoral e, posteriormente, nas futuras decisões do candidato eleito.

Assim, fruto de grandes debates e divergências, marcos legais em todas as democracias contemporâneas disciplinam o modo como serão financiadas as campanhas eleitorais, havendo basicamente três modelos, a saber: a) exclusivamente privado; b) exclusivamente público; c) misto, com recursos de origem pública e privada (GOMES, 2016, p. 172).

O modelo exclusivamente público é financiado integralmente pelos recursos do erário, sendo aquele que mais atende à igualdade entre os candidatos no processo eleitoral, além de afastar a influência do capital privado no pleito.

Contudo, esse modelo integralmente público tem sido questionado, principalmente em países em desenvolvimento, pois o dinheiro do tributo do cidadão é direcionado a candidatos e partidos em prejuízo a áreas tidas como mais importantes como educação, saúde e segurança pública.

No financiamento privado, por sua vez, não ocorre o aporte de recursos públicos, havendo a doação de recursos privados por pessoas físicas e jurídicas e, assim, favorecendo, uma mobilização da sociedade nas campanhas eleitorais ao custearem candidatos e partidos com os quais possuem afinidade política.

No entanto, o financiamento exclusivamente privado encontra-se mais sujeito à influência do abuso do poder econômica nas campanhas, bem como, não raro, é fonte corrupção, porque o doador da campanha eleitoral, principalmente empresas, provavelmente tem a pretensão de influenciar no futuro mandato do candidato eleito.

Por fim, no financiamento misto existe a presença de recursos privados e públicos, como uma forma de diminuir os gastos públicos e mitigar a influência do poder econômico no pleito eleitoral.

No Brasil, durante muito tempo, não houve qualquer regulação normativa acerca do financiamento de campanhas eleitorais, sendo elas custeadas por recursos privados provenientes de pessoas físicas e jurídicas sem qualquer controle pela Justiça Eleitoral.

A primeira norma acerca de financiamento de campanha eleitoral no Brasil foi a Lei n. 4.740, de 15.07.1965, então Lei Orgânica dos Partidos Políticos, quando foi criado o Fundo Partidário que recebia recursos públicos para repassá-los aos partidos políticos. Entretanto, não havia qualquer proibição e controle na utilização de recursos privados nas campanhas e, assim, na prática, adotava-se um modelo misto de financiamento de campanha eleitoral, sistema que ainda hoje permanece na nossa legislação.

A Constituição Federal de 1988, acerca do financiamento eleitoral, disciplinou apenas o Fundo Partidário, dando-lhe status constitucional e determinando que ele seja formado por dotação orçamentária da União acrescido de multas alusivas à legislação eleitoral e estabeleceu também o “direito de antena” aos candidatos e partidos, com a gratuidade de acesso ao rádio e à

televisão nas campanhas eleitorais, custeada por isenções fiscais às respectivas empresas concessionárias desses serviços públicos (art. 17, parágrafo 3.º, da CF). Assim, manteve-se indiferente acerca do disciplinamento da utilização de recursos privados nas campanhas eleitorais.

Bem observa Denise Schlickmann que, apenas com a Lei n. 8.713, de 30.09.1993, a questão do financiamento de campanha eleitoral passou a ser levado a sério no Brasil, pois começou a existir um regramento acerca da participação dos recursos privados nas eleições, com a criação dos comitês financeiros das agremiações partidárias, limites para a doação de pessoas físicas e jurídicas, formas expressas para captação, movimentação de recursos, realização de despesas e prestação de contas de campanha (SCHLICKMANN, 2014, p. 133).

O Brasil adota, desse modo, o modelo misto de financiamento de campanha eleitoral com a utilização de recursos públicos disciplinados na Constituição Federal, na Lei dos Partidos Políticos e na Lei n. 9.504/97 (“Lei das Eleições”) e recursos privados permitidos e regulados pela Lei das Eleições, com limite, para pessoas físicas, a doar 10% dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição e, para pessoas jurídicas, 2% do seu faturamento bruto do ano anterior.

Todavia, em 2011, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, na qual pretendia precipuamente a proibição do financiamento de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais, com a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei de Organização dos Partidos Políticos e da Lei das Eleições.

Com a finalidade de conferir maior legitimidade à decisão do Supremo Tribunal Federal, o relator da ação, Ministro Luiz Fux, realizou uma audiência pública para uma discussão com a sociedade civil acerca do financiamento de campanhas eleitorais no Brasil.

Em 17.09.2017, o STF, por maioria de 8 votos contra 3, julgou inconstitucional a doação eleitoral por pessoas jurídicas para campanhas eleitorais, com fundamento nos princípios constitucionais da democracia e da República (art.1º, caput, e parágrafo único, da CF) e da igualdade política (arts. 5º, caput, e 14, caput, da CF).

#### *4.1.3.2. O ativismo judicial eleitoral na proibição do financiamento de campanha eleitoral por empresas desobstruiu canais da democracia brasileira*

Com já ressaltado, não existe regra específica na Constituição de 1988 proibindo o financiamento eleitoral por empresas, aliás, afora estabelecer o fundo partidário, sequer o texto

constitucional disciplina um modelo específico de financiamento de campanha política, parecendo haver deixado tal tarefa ao legislador ordinário.

Por outro lado, a legislação infraconstitucional, desde a Lei n. 8.713/93 expressamente permite a doação eleitoral por pessoa jurídica e, antes disso, não vedava, o que na prática redundava na participação das empresas no financiamento das campanhas.

Assim, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional lei que admitia a doação de pessoas jurídicas há quase vinte anos, sem norma constitucional expressa estabelecendo essa vedação, valendo-se de uma interpretação extensiva de princípios constitucionais.

Evidente, portanto, o ativismo judicial do Supremo Tribunal ao vedar a doação de pessoas jurídicas para campanha eleitoral pois, para além de interpretar princípios constitucionais, alterou, à revelia do Congresso Nacional, profundamente o sistema eleitoral ao modificar o financiamento de campanhas eleitorais no Brasil.

A reação do meio político foi imediata, o então Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, apontou que “o formato do financiamento das campanhas eleitorais não é dado pronto e acabado contido na norma constitucional”, mas “uma decisão política do Congresso Nacional” (CUNHA, 2013).

De igual modo, o Presidente do Senado Federal à época, Renan Calheiros, criticou a judicialização dessa questão política ao declarar que “é o Poder Legislativo o ambiente propício e constitucionalmente adequado para a escolha e delimitação de um novo modelo de financiamento de atividades partidárias e de campanha eleitoral” (RENAN, 2013).

No Brasil existe um nítido paradoxo em ser um país em desenvolvimento, com extrema desigualdade social e econômica, mas ter umas das campanhas eleitorais mais caras do mundo. Estudos acadêmicos demonstram que os recursos oficiais gastos nas eleições no Brasil, mesmo sem levar em conta aqueles arrecadados em desacordo com a legislação (conhecido como “caixa-dois”), são similares ou até mesmo superiores em comparação com países desenvolvidos.

Os recursos utilizados nas campanhas eleitorais para no Brasil são similares ou mesmo superiores aos dos Estados Unidos, embora nesse país a campanha eleitoral seja mais longa e a maior parte dos gastos de propaganda eleitoral no rádio e televisão sejam custeados pelo próprio candidato, enquanto no Brasil ele é gratuito. Enquanto o gasto oficial total dos candidatos ao Congresso Nacional brasileiro em 1994/1998 foi de US\$ 4 bilhões, nos Estados Unidos em 1996 foi de US\$ 3 bilhões. Nas eleições presidenciais brasileiras de 1994 e 1998, o candidato vitorioso declarou haver gasto US\$ 40 milhões, US\$ 3 milhões a menos que o candidato eleito nos Estados Unidos em 1996 (SAMUELS, 2008, p. 126).

Na França, cujo financiamento de campanha eleitoral é exclusivamente público, foram gastos nas Eleições Gerais de 2017 um valor total de R\$ 60 milhões, enquanto no Brasil, em 2012, foram utilizados, apenas de recursos públicos, R\$ 350 milhões, além da isenção tributária de R\$ 600 milhões para empresas concessionárias de televisão e rádio pela transmissão do horário eleitoral gratuito (SARMENTO *et al*, 2015).

Além do mais, os gastos de campanhas eleitorais no Brasil estão crescendo exponencialmente. Os custos das duas campanhas eleitorais presidenciais que disputaram o segundo turno em 2014 foi o dobro do valor de 2010 e aproximadamente dez vezes o arrecadado em 2002 (MOHALLEM, 2015, p. 104-105).

O alto custo das campanhas eleitorais no Brasil em comparação com outros países, inclusive bem mais desenvolvidos, demonstra que é possível (e necessário) que sejam destinados menos recursos para as campanhas políticas nacionais.

O financiamento eleitoral privado no Brasil, antes da decisão proibitiva do STF, era custeado preponderantemente por pessoa jurídica, com uma participação insignificante de pessoas físicas. Enquanto nos EUA aproximadamente 10% dos eleitores registrados contribuem para as campanhas eleitorais presidenciais, no Brasil esse número correspondia a menos de 0,1% dos eleitores (SAMUELS, 2008, p. 78).

Além do mais, a doação de pessoas físicas vinha diminuindo. Nas eleições de 2010, as doações de pessoas físicas representaram 8,7% da receita total das eleições, em 2012 menos de 5%, sendo que nesse valor a imensa maioria é de doação de recursos do próprio candidato (SARMENTO *et al*, 2015, p. 680).

Nas eleições de 2014, a candidata eleita a presidente da República, Dilma Russef, recebeu de pessoas físicas apenas 0,6% do total arrecadado, enquanto o segundo colocado 3,8% (MOHALLEM, 2015, p. 107).

Por outro lado, nos últimos anos houve um crescimento abrupto das doações pelas empresas, que, nas eleições presidenciais de 2010 representou R\$ 3,5 bilhões, aumento de 360% em relação às eleições de 2002, quando foram doados R\$ 800 milhões (SARMENTO *et al*, 2015, p. 678).

Depreende-se, portanto, que até a decisão do STF, o financiamento das campanhas eleitorais no Brasil sempre foi custeado quase que exclusivamente por empresas.

Ademais, existe concentração de poucas empresas nas doações para os candidatos. Nas eleições de 2010, apenas 10 empresas representavam 22% de todos os recursos doados. “Percebe-se, assim, que o financiamento eleitoral pelo setor privado no Brasil se dá por meio de um reduzido grupo de pessoas jurídicas, que não representa mais do que 0,5% do total de empresas brasileiras” (SARMENTO *et al*, 2015, p. 680).

Assim, o custeio das campanhas eleitorais no Brasil por pessoas jurídicas, além de abusivo, era excessivamente concentrador, com poucas empresas intervindo no processo político brasileiro.

Desse modo, a doação por empresas para as campanhas eleitorais desequilibrava demasiadamente a disputa entre os candidatos, contrariando o princípio da igualdade jurídica.

“Comparando as receitas e votações entre as eleições de 2010 e 2012, existe uma significativa correlação entre o aumento dos recursos empregados em uma campanha e o número de votos alcançado” (SARMENTO *et al*, 2015, p. 679).

Noutro giro, as contribuições eleitorais das empresas no Brasil, em geral, não tinham uma motivação ideológica, ao contrário, eram fontes de futuros atos de corrupção, uma vez que: “(...) os interesses dos doadores influenciam decisivamente a atuação dos políticos eleitos com a sua ajuda. Desejosos de contar com tais fundos para uma futura reeleição, os representantes tendem a se empenhar na defesa dos interesses e projetos nem sempre legítimos dos seus próprios doadores, valendo-se dos mais diversos expedientes, como o favorecimento em licitações e contratos públicos, a concessão de incentivos fiscais e a edição de regulações favoráveis” (SARMENTO *et al*, 2015, p. 681).

A relação espúria entre os financiadores de campanhas eleitorais e os candidatos eleitos favorecem o patrimonialismo tão enraizado na nossa formação histórica, na qual os interesses privados se sobrepõem ao interesse público. Aliás, a relação empresa/financiamento de campanhas está no centro dos principais casos de corrupção no Brasil desde a redemocratização, com os denominados “Esquema PC Farias”, em 1989, os “Anões do Orçamento”, em 1993 e até a recentemente com a conhecida “Operação Lava Jato” que se iniciou em 2014.

Também constitui evidente ofensa à liberdade do eleitor, pois, com maior concentração de recursos de uma campanha em relação a outra, o eleitor tem a tendência de conferir seu voto aos candidatos com mais gastos de publicidade e marketing político.

Seria, na realidade brasileira, como bem observou o Ministro Dias Toffoli, um aperfeiçoamento do conhecido “voto de cabresto”, no qual os antigos chefes políticos das cidades do interior do Brasil, denominados de “coronéis”, obrigavam o eleitor a votar no seu candidato, pois, “no passado eram as elites agrárias, hoje as elites empresarias, empreiteiras e instituições financeiras” (BRASIL, 2007).

Desse modo, ao afetar a liberdade do eleitor de escolher seu mandatário político, o financiamento de campanha eleitoral por empresas atingia um dos pilares fundamentais do regime democrático e republicano.

Como acentuou no julgado o Ministro Luiz Roberto Barroso, embora a Constituição tenha a função de resguardar as regras do jogo democrático resultante do governo da maioria, também deve proteger os direitos fundamentais, entre os quais os direitos políticos, afastando normas legais que descaracterizem seu pleno exercício (BRASIL, 2007).

Na realidade social e política brasileira, portanto, o financiamento das campanhas eleitorais por empresas revelou-se em claro excesso da penetração do poder econômico no processo eleitoral, gerando uma crise de legitimidade democrática, pois os políticos eleitos não mais representam o povo, mas aqueles que lhes financiaram na disputa eleitoral.

Competiria aos parlamentares, portanto, promoverem uma mudança na legislação eleitoral, afastando essa fonte de interferência externa do poder econômico no exercício da democracia, todavia, interessados diretamente na manutenção dessa forma de financiamento das campanhas, pois foram eleitos por ela, não levaram a cabo essa modificação legal.

Desse modo, mostrou-se necessário o ativismo judicial do STF para desobstruir esse canal da democracia brasileira, pois não foi e nem seria desencadeada pelo Congresso Nacional. Nessa perspectiva, a atuação do STF mostrou-se legítima e não pode ser reputada de antidemocrática porque, ao revés, favoreceu o regular funcionamento do sistema democrático brasileiro.

Aliás, o próprio Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ministro Luiz Fux, expressamente mencionou em seu voto a necessidade de bloquear o atual cenário de cooptação do poder político através do poder econômico (BRASIL, 2007).

O Ministro Gilmar Mendes, um dos votos contrários na decisão, embora corretamente tenha argumentado que as contribuições privadas são necessárias para viabilizar as campanhas eleitorais e fomentar a competição entre os candidatos, não menos correto é que essas contribuições não desequilibrem demasiadamente as eleições, sob pena de destruir o próprio princípio democrático (BRASIL, 2007).

Nada obstante, existem países que vedam a doação de particulares, ao adotar exclusivamente o modelo público de financiamento eleitoral, além do mais, embora em outros países seja lícita a doação de empresas, a histórica realidade política, econômica e social brasileira tem se mostrado diferente, pois ela tem se revelado excessiva, concentradora, prejudicial ao equilíbrio na disputa eleitoral e fonte de futura corrupção.

Assim, foi necessária uma conduta ativista do STF que, para além de interpretar e aplicar os princípios constitucionais, ingressasse diretamente no processo político brasileiro, substituindo o legislador em razão de desconfiar que os parlamentares não tinham a pretensão de reformular o modelo de financiamento de campanha pelo qual foram eleitos.

Com a percepção dessa realidade política, o ativismo judicial eleitoral do STF, a partir da interpretação dos princípios constitucionais, “parece revelar um esforço notável de articulação entre a contexturalidade e da contextualidade” (CANOTILHO, 2013, p. 45).

Essa decisão modificou profundamente o desenho do quadro do financiamento das campanhas eleitorais no Brasil, pois a doação proveniente de empresas representava aproximadamente 90% do total arrecado por partidos e candidatos.

Devido ao ativismo judicial eleitoral do STF, o custo das campanhas políticas, a partir das Eleições de 2018, foi severamente reduzido, com a diminuição do abuso do poder econômico, em razão da presença exclusiva de recursos privados de pessoas físicas e de recursos públicos advindos do Fundo Partidário.

#### **4.2 Ativismo Judicial Eleitoral em Portugal**

Decorrente da própria expansão do constitucionalismo após a redemocratização, com o estabelecimento de normas principiológicas de alta carga axiológica, com um contencioso eleitoral, controle difuso e controle concentrado de constitucionalidade no Tribunal Constitucional, o fenômeno do ativismo judicial eleitoral também ocorre em Portugal.

A Constituição da República estabelece o controle jurisdicional das eleições por meio do contencioso eleitoral, na qual é central a figura do Tribunal Constitucional. Por conseguinte, em sentido amplo, já se estabelece a possibilidade da judicialização da política referente à revisão do ato eleitoral do processo político (MIRANDA, 2018)

Diversas questões constitucionais-eleitorais sensíveis chegaram à apreciação do Tribunal Constitucional português, como a complexa revisão judicial de referendo, quando se manifestou pela constitucionalidade da interrupção voluntária da gravidez, ratificando a escolha realizada pela consulta direta aos cidadãos portugueses (Acórdão nº 288/98 e Acórdão 617/2006).

Ainda que não fosse o pedido específico da ação, o TC teve que enfrentar a análise do referendo (matéria político-eleitoral) em face dos direitos fundamentais.

Apresentado pedido de fiscalização abstrata pelo Partido Comunista de Portugal, o Tribunal Constitucional julgou inconstitucional trechos da Lei Orgânica n. 1/2017, que modificava a Lei Orgânica n. 1/2001, e vedava as coligações eleitorais em autarquias que não tivesse caráter nacional, e com isso promoveu a democracia ao permitir coligações locais compostas por pensamentos políticos-partidários diversos (Acórdão 307/2017).

As decisões do TC, no entanto, que mais se vislumbra o ativismo judicial eleitoral foram a extinção do Movimento de Ação Nacional (MAN) e o percentual mínimo de candidaturas femininas.

Sem embargo, ainda que se possa observar o ativismo judicial eleitoral em Portugal, certo é que ele é bem menos acentuado em comparação com o Brasil.

Diversos fatores contribuem para essa menor intensidade do ativismo judicial eleitoral português, como a existência, no Brasil, de uma justiça especializada, própria para as demandas eleitorais, inclusive com uma corte específica de superposição que é o Tribunal Superior Eleitoral.

O exercício simultâneo, pela Justiça Eleitoral brasileira, do contencioso eleitoral e da função administrativa, além do desenvolvimento da atividade de regulamentar a lei eleitoral e responder a consultas de partidos e candidatos, impulsionam demasiadamente o ativismo judicial eleitoral brasileiro em relação a Portugal.

Por fim, uma formação histórica mais consolidada das agremiações partidárias portuguesas sugere que as questões eleitorais sejam, em geral, mais deliberadas pelas instâncias políticas ordinárias e não pela mobilização da sociedade civil organizada junto ao Poder Judiciário.

#### 4.2.1 A extinção do Movimento de Ação Nacional (MAN)

O Procurador-Geral da República requereu ao Tribunal Constitucional (TC), em 1991, a extinção do “Movimento de Ação Nacional” (MAN), criado em 1985, com fundamento no art. Art. 46º, nº 4, da CRP, por se tratar de uma “organização que perfilha a ideologia fascista”, com a utilização de vários símbolos como cruzeiros célticos, suástica e saudações de braço em alto, tendo como objetivo destituir o regime político-constitucional português e instaurar o Estado Nacionalista.

Dispõe o artigo 46º da CRP que todos os cidadãos têm direito de “constituir associações, desde que estas não se destinem a promover a violência e os respectivos fins não sejam contrários à lei penal” (nº 1), contudo, “não são consentidas associações armadas nem de tipo militar, militarizadas ou paramilitares, nem organizações que perfilhem a ideologia fascista” (nº 4).

Apesar de ainda não ser um partido político, possuía vários membros, formas de financiamento, estatuto próprio, com organização e divisão de funções escalonadas em diversas regiões de Portugal. Desse modo, o TC considerou o MAN um “movimento político” (Acórdão 17/94).

Na decisão, o TC reconheceu o MAN como uma "organização de ideologia fascista", pois

professava uma concepção de "Estado nacionalista" (a instaurar por via não eleitoral), oposta à democracia política entendida como regime de pluralismo partidário (...) proclamava a exaltação da colectividade nacional, envolvendo uma ideia de transcendência e sacralidade desta, e a sobreposição dos seus interesses aos dos indivíduos, num contexto em que igualmente inculcia nos seus militantes o culto da ordem, da disciplina e da hierarquia (...) o M.A.N. e os seus militantes se proclamavam de "racialistas", professando o culto da pureza da raça, manifestando-se desfavoravelmente à coexistência de diferentes raças no mesmo espaço territorial e à sua miscigenação, e divulgando essa concepção - sendo que os termos em que tal divulgação se fazia eram indiscutivelmente susceptíveis de provocar sentimentos de xenofobia e ódio racial (PORTUGAL, 1994).

Ainda que o TC tenha reconhecido que o MAN era uma organização política de ideologia fascista, não avançou na sua extinção pois se tornou desnecessária em razão das informações do término de suas atividades no transcorrer do processo judicial.

#### 4.2.2 O Percentual de Candidatura Feminina

A Lei Orgânica nº 3/2006 (Lei de Paridades) estabelece que as listas para a Assembleia da República, para o Parlamento Português e para as autarquias locais sejam compostas a assegurar a representação mínima de 33% de cada um dos sexos.

A finalidade da legislação é estabelecer uma ação afirmativa para propiciar uma maior participação feminina na política uma vez que são sub-representadas em mandatos eletivos devido a fatores históricos de sua exclusão do ambiente político marcadamente masculino.

O TC, no Acórdão 509/2006, reconheceu a constitucionalidade da lei ao fundamento de que a restrição à liberdade dos partidos políticos seria justificável para atender o princípio constitucional da igualdade em proteção a situação de desigualdade das mulheres no cenário político-partidário.

De fato, a lei busca mitigar os efeitos dessa desigualdade estrutural de gênero na representação feminina que ocorre não apenas em Portugal, mas no mundo inteiro.

Noutro giro, para o TC a lei também atendia o princípio da proporcionalidade, pois a restrição aos partidos políticos mostrava-se necessária para o fim almejado de prestígio ao princípio da igualdade, além do fato de que o percentual de 33% não se configura desarrazoado.

A Lei orgânica nº 1/2019, aumentou o percentual da quota mínima de representação de ambos os sexos para 40%.

Mais uma vez o Tribunal Constitucional foi provocado e manifestou-se pela constitucionalidade do aumento da quota de gênero, no Acórdão nº 174/2019, entendendo que o

percentual de 40% é constitucional e proporcional reforçando o compromisso da igualdade de gênero na política.

#### 4.2.3 As decisões do TC acerca da extinção do MAN e da Lei da Paridade aperfeiçoaram a democracia portuguesa

Ao julgar a constitucionalidade da Lei de Paridades, ainda que ratificando a deliberação legislativa, o TC afastou a pretensão dos atores sociais que buscavam a nulidade da norma, ingressando no debate político-eleitoral com a finalidade de promover a democracia portuguesa.

Para tanto realizou uma interpretação fundada no princípio constitucional da igualdade com uma análise aprofundada na proporcionalidade estabelecida.

Desse modo, desobstruiu o canal da democracia portuguesa que, na realidade política, afastava a participação feminina dos mandatos políticos, por meio de políticas afirmativas anticíclicas que garantam uma maior igualdade de gênero.

De igual modo, o processo no TC que concluiu que o MAN era uma organização política de ideologia fascista foi fundamental para a cessação de suas atividades, contribuindo para o aperfeiçoamento da democracia portuguesa, pois não é aceitável que movimentos sociais fascistas que pregam destruição do próprio regime democrático exerçam livremente suas atividades inconstitucionais.

Cumprido, nesse sentido, lembrar John Rawls, para quem, nas sociedades contemporâneas, apesar da existência de “doutrinas abrangentes” incompatíveis entre si, é necessário, entre elas, haver um “consenso sobreposto”, afastando do debate político aquelas que não seriam “razoáveis” por não atenderem esse pressuposto, como, na hipótese, o Movimento de Ação Nacional (MAN).

Essa decisão do TC mostra-se ainda mais emblemática quando, na atual quadra da história, vários partidos europeus de extrema-direita adotam posturas, se não idênticas, similares de desrespeito aos direitos fundamentais e ao regime democrático.

## 5 LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL ELEITORAL

“No Estado Democrático de Direito, o jurista não pode brincar de pretor romano. Os poderes Executivo e Judiciário não estão apenas instituídos e não apenas controlados conforme o Estado de Direito; estão também comprometidos com a democracia” (Friedrich Müller)

É indiscutível que o ativismo judicial eleitoral tem contribuído para o desobstruir os canais da democracia brasileira e portuguesa, realizando as reformas necessárias ao sistema político-eleitoral.

Contudo, há que se reconhecer que além de ser praticado com cautela, pois recai sobre os fundamentos do processo político, devendo prevalecer, em geral, as deliberações realizadas pelo Poder Legislativo, existem limites para o ativismo judicial eleitoral.

Esses limites têm a finalidade de evitar que os Tribunais Constitucionais não se transformem em uma espécie de oráculo do povo, decidindo os valores da sociedade como um governo de um grupo de sábios, próximo ao modelo platônico, ou mesmo como um “messias” (COELHO, 2015) para resolver todos os problemas do sistema eleitoral em razão do descrédito com os representantes do povo.

Em um Estado Democrático de Direito, é insustentável qualquer modelo de autocracia esclarecida pois antidemocrática ao não tratar com igual respeito e consideração todos os cidadãos ao considerá-los incapazes para necessitarem ser tutelados.

Como adverte Canotilho: “existe um risco neste caminho do achamamento do político: o poder judiciário converter-se em sistema autorreferencial, fechado na cúpula, e imune a quaisquer exigências de *accountability*” (CANOTILHO, 2013, p. 50)

Com efeito, o ativismo judicial eleitoral tem a possibilidade de transformar o nosso regime político, na irônica expressão de Oscar Vilhena da Silva (2008), numa “supremocracia”, em razão da expansão dos poderes na Corte Suprema em detrimento dos demais poderes e em clara afronta à soberania popular.

“A Corte Constitucional deve entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais” (HABERMAS, 2003, p. 326).

Por outro lado, o excesso de ativismo judicial eleitoral também pode resultar numa posição paternalista perante uma “sociedade órfã” (MAUS, 2010), inibindo a manifestação política popular que fica a esperar a solução a ser apresentada pelo Poder Judiciário.

Ressalta Cláudio de Souza Neto que “por detrás dessa supervalorização do Judiciário como agente de transformação social está situado uma descrença no potencial transformador do voto popular” (SOUZA NETO, 2003, p.62).

Ao ingressar na arena política, o Poder Judiciário se sujeita a críticas da sociedade e dos representantes do povo que normalmente não está acostumado a receber, pois não são, em geral, adstritas aos seus fundamentos jurídicos, mas às próprias opções políticas realizadas e suas consequências.

Além do mais, a defesa cega do ativismo judicial eleitoral “ignora as inúmeras mazelas que também afligem o Poder Judiciário, construindo teorias românticas e idealizadas do juiz” (SARMENTO, 2009, p. 136)

É necessário, portanto, investigar quais seriam esses limites ao ativismo judicial eleitoral, inclusive analisando casos concretos, como ele pode ser mitigado com uma maior participação popular na sua realização, com um diálogo institucional com os demais poderes, com uma interpretação jurídica que impeça o decisionismo judicial e o respeito à constituição através de suas regras em detrimento de um uso abusivo dos princípios.

### **5.1 Democratizando o ativismo judicial eleitoral. As audiências públicas e o *amicus curiae***

“A normatividade do político só poderá alcançar dimensões práticas relevantes se a articulação entre democracia e constituição for de novo levada a sério” (Canotilho)

Um meio importante para democratizar o ativismo eleitoral, possibilitando uma maior participação da sociedade na construção da decisão judicial nos tribunais constitucionais, é a realização de audiências públicas e da participação do *amicus curiae* nos processos judiciais.

A constituição, para ser corretamente interpretada e aplicada, não pode ficar restrita a uma hermenêutica fechada, circunscrita aos especialistas do mundo jurídico, mas deve se abrir à participação da sociedade e ao diálogo com outros atores políticos. (HÄBERLE, 1997).

Há que se afastar da figura dworkiana do “Juiz Hércules” que, pelas suas virtudes, seria capaz que compreender a integridade do Direito, mas cujas “narrações construtivas são monólogos. Ele não conversa com ninguém, a não ser com seus livros. Não tem nenhum enfrentamento. Não se encontra com ninguém” (MICHELMAN, 1994 apud SAMPAIO, 2002, p. 87).

No Brasil, a Lei n. 9.868/99, em seu art. 9.º, parágrafo 1.º, preceitua a possibilidade da realização de audiências públicas e na participação do *amicus curiae* nos processos de controle de constitucionalidade abstrato perante o Supremo Tribunal Federal nos seguintes termos: “Em

caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria” (BRASIL, 1999).

Não há, em Portugal, regulação da matéria semelhante ao Brasil, contudo, existe, mas não de forma tão ampla, a possibilidade de participação do *amicus curiae* nos processos judiciais.

A resolução dos conflitos constitucionais pelos tribunais constitucionais “pressupõe itinerários (itinere) capazes de veicular a responsabilidade colectiva”, não apenas para conferir “legitimação, visibilidade e transparências às decisões políticas, mas também porque possibilitam uma imediação razoável com os destinatários das normas”. Desse modo, “a mobilização cidadã e a ‘mobilidade institucional’ alargariam, através dos processos, as funções da hermenêutica constitucional no Estado de direito democrático” (CANOTILHO, 2013, p. 51)

No ativismo judicial eleitoral brasileiro, as audiências públicas com a participação de especialistas, acadêmicos e da sociedade civil organizada, foram utilizadas no caso do financiamento de campanhas eleitorais por empresas (em junho de 2013) e no caso das candidaturas eleitorais avulsas (dezembro de 2019).

Nada obstante, ainda que aperfeiçoem a legitimidade das decisões ativistas, esses institutos “não devem ser supervalorizados como panaceia para todos os males” (SOUZA, 2013, p. 341).

## **5.2 A ilusão da última palavra: teoria do diálogo institucional**

Na concepção tradicional, as divergências acerca da interpretação das questões constitucionais (principalmente nos denominados “hard cases”) são decididas definitivamente pelo Tribunal Constitucional que dispõe, nas palavras do Ministro Celso de Mello, do “monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental” (MELLO, 2006, p. 12).

É certo que no desenho constitucional brasileiro o Supremo Tribunal Federal tem a função precípua da guarda da constituição, competindo a ele a palavra final naquele processo judicial de controle abstrato ou concreto, decidindo de maneira definitiva aquela rodada jurídica, mas não promove com isso o fim do desacordo social e do debate político da questão.

A decisão ativista da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso nos Estados Unidos, *Roe v. Wade*, de 1973, por exemplo, conferiu às mulheres o direito à interrupção voluntária da

gestação, mas não encerrou o debate político e até jurídico acerca da matéria constitucional, talvez tenha até aumentado a sua discussão entre os grupos sociais favoráveis ao aborto (“pro-choice”) e contrário (“pro-life”), com repercussão nos Partidos Democrata e Republicano.

A partir de todo esse debate político, inclusive influenciando nomeações de juízes para a Suprema Corte dos Estados Unidos, foi anulado, em 2022, o precedente *Roe v. Wade* com o julgamento pela própria Suprema Corte do caso *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*.

Noutro giro, a própria decisão do tribunal constitucional poderá ser “modificada” pelo Poder Legislativo através dos meios constitucionais e democráticos que dispõe como a reforma da constituição, obviamente respeitado os limites de reforma como as cláusulas pétreas. Esse procedimento de reversão da decisão judicial é conhecido na doutrina norte-americana como “backlash”.

Na seara do ativismo judicial eleitoral brasileiro, a decisão do Supremo Tribunal Federal que estabeleceu a “verticalização das coligações”, em 2022, foi “revertida” pelo Congresso Nacional por meio de Emenda Constitucional n. 52/2006, possibilitando a ampla liberdade de coligação entre as eleições estaduais e para Presidente da República.

Depreende-se, desse modo, que é ilusória em uma democracia que o Poder Judiciário detenha a “última palavra”, aliás, talvez a própria ideia de uma última palavra de uma questão constitucional em um ambiente democrático seja um mito, pois ela sempre será provisória, ainda que possa ter certa duração.

Afora essas situações, ocorre a possibilidade da existência de diálogos entre o Tribunal Constitucional e os demais Poderes do Estado, mitigando a rigidez da declaração de inconstitucionalidade de uma norma a fim de que a demanda constitucional seja resolvida politicamente pelas vias democráticas ordinárias, por meio de concessões recíprocas.

Segundo Conrado Hübner Mendes (2011), a teoria dos diálogos institucionais divide-se em duas espécies: a) endógena, na qual o Tribunal Constitucional exerce uma comunicação com legislador, quer seja adotando uma postura de auto-contenção judicial a fim de que a situação política seja mais amadurecida, quer quando explicitamente estabelece “conselhos” ao legislador nos fundamentos “obiter dicta” dos seus julgamentos; b) exógena, quando independe na prática de um diálogo, mas ocorre pelo desenho constitucional previamente estabelecido, como, por exemplo, no caso da Seção 33 da Constituição do Canadá, pela qual o parlamento pode determinar que uma lei possa ser objeto de revisão judicial pelo prazo de até 5 anos.

Na seara do ativismo eleitoral brasileiro, ocorreu uma situação de diálogo institucional entre o STF e o Congresso Nacional com a recepção no ordenamento jurídico da decisão do STF que estabeleceu a fidelidade partidária (2007), com a promulgação da Lei n. 13.165/2015.

Nessa hipótese, o ativismo judicial eleitoral foi acolhido normativamente pelo Congresso Nacional.

Esse diálogo institucional fica mais evidente quando o Congresso Nacional aprovou a EC n. 91/2016, flexibilizando a rigidez da decisão do STF e criando a denominada “janela partidária”, na qual os Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores poderão mudar de partido, sem perder o mandato político, nos trinta dias que antecedem o prazo final de filiação partidária em ano eleitoral.

Também é exemplo de diálogo institucional – muito mais fortalecido porque contou com a democracia participativa – a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal julgando improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 144, que, posteriormente, levou a um projeto de iniciativa popular que resultou na Lei Complementar n. 135/09, a denominada Lei da Ficha Limpa.

A Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) propôs a ADPF n. 144 pleiteando a eficácia imediata do art. 14, parágrafo 9º, da CF/88, que dispõe: “Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta” (BRASIL, 1988).

Almejava-se, que, independentemente da elaboração de lei complementar, a Justiça Eleitoral declara-se a inelegibilidade de candidatos cuja vida pregressa fosse incompatível com o exercício do mandato.

O STF, contudo, julgou improcedente a ADPF, ao compreender o dispositivo citado como de eficácia limitada a demandar a edição de futura lei complementar que estipulasse previamente quais seriam essas situações diversas das inelegibilidades constitucionais que impediriam a candidatura de um cidadão devido à sua vida pregressa.

Sem embargo, essa decisão do STF encaminhou um recado implícito ao Congresso Nacional, pois “transferiu para o legislativo a responsabilidade por aprovar Lei Complementar prevendo novos casos de inelegibilidade, considerando a vida pregressa do candidato” (ACIOLY, 2010, p. 161).

Esse recado, entretanto, foi ouvido mais fortemente pela sociedade civil organizada, em especial pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), que, em 2008, iniciou uma campanha que resultou, um ano e meio depois, em 1.516.479 assinatura para o projeto de iniciativa popular apresentado à Câmara dos Deputados (STRAPAZZON, 2010).

Esse projeto de iniciativa popular, posteriormente, converteu-se na Lei Complementar n. 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, na qual foram criadas novas hipóteses de inelegibilidade.

Uma situação, todavia, em que o diálogo institucional, ainda que informal, desenvolveu-se de uma forma ainda mais evidente, foi com a proibição de qualquer coligação nas eleições proporcionais.

A ampla possibilidade de coligação nas eleições proporcionais brasileiras dificultava a identidade dos partidos políticos perante os eleitores e fazia com que candidatos da coligação que tivessem muitos votos (denominados de “puxadores de votos”) elegeam-se, ao atingir o quociente partidário, outros candidatos com votação inexpressiva.

O Supremo Tribunal Federal já sinalizava a incongruência das coligações nas eleições proporcionais no sistema eleitoral brasileiro de tal forma que, em maio de 2017, em uma reunião em seu gabinete no TSE com vinte e nove Deputados Federais que integravam a Comissão de Reforma Política da Câmara dos Deputados, o Ministro do STF Gilmar Mendes (2017) fez um ultimato ao Congresso Nacional ao declarar que “isso via certamente levar o Supremo, daqui a pouco, a reagir, como reagiu em relação à doação corporativa, proibindo a doação de empresas privadas. Certamente, isso vai levar o Supremo, se não vier uma reforma política, reagir proibindo as coligações.”

Compreendendo a mensagem do ministro, o Congresso Nacional resolveu aprovar, poucos meses depois, a Emenda Constitucional n. 97/2017, proibindo as coligações entre os partidos nas eleições proporcionais, contudo, fruto desse diálogo institucional, houve a mitigação dessa regra com criação da “federação de partidos”, por meio da Lei n. 14.208/2021, na qual elas poderiam ser formadas como se fosse um partido único durante quatro anos, incentivando, inclusive, posterior fusão entre esses partidos que constituem a federação.

Assim, o ativismo judicial eleitoral brasileiro também tem se valido do diálogo institucional para legitimar suas decisões aos influxos democráticos do Congresso Nacional de tal forma que tem se mostrado que esse modelo de “cooperação e o diálogo construtivo entre o poder legislativo e o poder judicial é a via mais adequada para lograr não somente um momento exitoso, mas a estabilidade a longo prazo do modelo” (MUÑOZ, p. 20-21).

### **5.3 A interpretação ativista não pode incorrer num voluntarismo**

No ativismo judicial eleitoral é imprescindível que a interpretação constitucional desenvolvida, principalmente aquela decorrente dos princípios constitucionais, não recaia em um voluntarismo do Tribunal Constitucional.

Manuel Carbonell advoga a necessidade de um “difícil equilíbrio do ativismo judicial” que exige uma fundamentada teoria da argumentação, pois “o ativismo judicial não significa e nem implica que o juiz pode substituir com seu critério pessoal as decisões que haja tomado o constituinte (...) O ativismo judicial, bem entendido, significa simplesmente que o juiz leva as normas constitucionais a sério e as leva até o limite máximo que permite seu significado semântico, a fim de proteger com a maior extensão normativa e fática os direitos fundamentais” (CARBONELL, 2010, p. 215-216).

Destarte, ainda que o Poder Judiciário desempenhe um papel de maior relevo nessa quadra da história, com isso não se quer afirmar que ele se encontra desvinculado do direito, livre para decidir segundo sua vontade pessoal, pois isso se configuraria antidemocrático.

É vedado ao juiz impor suas próprias convicções, devendo pautar-se argumentativamente “pelo material jurídico relevante (normas, conceitos, precedentes), pelos princípios constitucionais e pelos valores civilizatórios, cabe-lhes interpretar o sentimento social, o espírito de seu tempo, e o sentido da história” (BARROSO, 2017, p. 69-70).

Segundo Robert Alexy, “toda interpretação muda o direito e assim o desenvolve”, tal fato configuraria a “criação judicial no sentido amplo”, mas que deve se diferenciar da “criação judicial em sentido estrito” que extrapolaria os limites semânticos da norma (ALEXY, 1995, p. 91).

Na discricionariedade forte/estrutural, segundo definido pelo próprio ordenamento jurídico, existem limitações para que o julgador siga o discursivamente necessário e não incorra no discursivamente impossível (ALEXY, 2002).

O controle da argumentação, por sua vez, para não ficar em termos muito abstratos, também estaria sujeito a uma congruência com a compreensão popular, a partir de dois pilares: (1) os argumentos apresentados devem ter a “pretensão de representar o povo”; (2) número considerável de pessoas dispostas a “aceitar a racionalidade dos argumentos emitidos por esse tribunal” (TOVAR, 2022, p. 76).

É curioso observar que similar compreensão obteve o francês Tocqueville em sua famosa visita aos Estados Unidos no ano de 1831, ao analisar o poder da Suprema Corte que, segundo destacou, “seu poder é imenso, mas é um poder de opinião. Eles são onipotentes enquanto o povo aceitar obedecer à lei; nada podem quando ele a despreza. Ora, a força de opinião é a mais difícil de empregar, porque é impossível dizer exatamente onde estão os seus limites. Costuma-se ser tão perigoso ficar aquém deles quanto ultrapassá-los (...) É necessário que saibam discernir o espírito de seu tempo” (TOCQUEVILLE, 2001, p. 98).

Na perspectiva de Ronald Dworkin, “interpretar uma prática social ou cultural, ou um texto legal é extrair dele a melhor coisa entre aquelas que se acredita que ele seja capaz”.

Assim, competiria ao juiz constitucional realizar uma “leitura moral da constituição”, sem impor seu ponto de vista pessoal, pois estaria limitado na promoção do “Direito como integridade”, pelo qual deve interpretar os princípios constitucionais correlacionados com os precedentes da Suprema Corte e a história política da comunidade (DWORKIN, 2001, p. 78).

“Os juízes não devem ler suas próprias convicções na Constituição. Não devem ler cláusulas morais abstratas como se expressassem algum juízo moral particular, não importa quão adequado esse juízo lhes pareça, a menos que o considerem consistente em princípio com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com as linhas dominantes da interpretação constitucional assentadas pelos juízes que os antecederam” (DWORKIN, 2001, p. 93).

Nada obstante, uma “perspectiva tão aberta”, não deixa de ser bastante tênue “a linha entre o que se pensa que a Constituição diz e aquilo que se gostaria que ela dissesse”. Desse modo, “como, em outras palavras, manter a afirmativa que ler a Constituição é diferente de escrever uma?” (DORF *et al*, 2007, p. 15-16).

Para uma correta compreensão do caráter vinculante dos princípios para Dworkin (mandado de conduta), que não se confundiria com uma maior liberdade, é importante analisar seu debate com o positivismo jurídico de Herbert Hart acerca da discricionariedade judicial.

Segundo Hart, as normas jurídicas possuem uma área de penumbra decorrente da abertura e vagueza textual na qual não existe uma resposta determinada pelo direito. Os juízes teriam nessa penumbra discricionariedade, “atuando de um modo quase legislativo” a partir de padrões extrajurídicos. Assim, o ordenamento legal é incompleto, pois não fornece uma resposta jurídica. (HART, 1994, p. 124-147).

Essa discricionariedade judicial para Hart seria para todas as situações normativas que se vislumbresse a área de penumbra, não se limitando aos casos difíceis (“hard cases”), na qual ou especialistas racionais discordam da correta resposta jurídica (KLATT, 2022, p. 140).

“A doutrina da discricionariedade”, para Dworkin, “é princípio fundamental do positivismo jurídico”. Não discordando dos “sentidos fracos de discricionariedade”, no qual existem normas com a textura controversa e o julgamento não seria um ato meramente mecânico, a crítica de Dworkin concentra-se no sentido forte de discricionariedade, relativo a “questões nas quais juízes são completamente livres dos padrões jurídicos”, quando existiriam duas ou mais respostas jurídicas pela qual o juiz deverá se valer de elementos extrajurídicos (DWORKIN, 2002, p. 17-18).

Dworkin nega a incompletude do direito e a possibilidade do juiz utilizar-se de critérios extrajurídicos, mesmo em casos difíceis, para criação normativa com o fim de usar convicções pessoais ou alcançar fins políticos utilitários (DWORKIN, 2001).

Em casos difíceis, de fato o conteúdo da norma é controverso, mas isso apenas configuraria uma discricionariedade fraca, não com isso admitindo solução extrajudicial discricionária (forte) pelo juiz (DWORKIN, 2001).

Para explicar a vinculação aos princípios, Dworkin utiliza uma metáfora, na qual um superior militar determina ao um subordinado que escolha cinco homens para realizar uma patrulha. Esse subordinado teria uma discricionariedade em sentido forte (semelhante à penumbra de Hart), pois em razão da inexistência de requisitos estabelecidos o subordinado criaria a norma na escolha desses homens.

De outro modo, se a determinação for para escolher homens “mais experientes”, haverá discricionariedade em sentido fraco, pois existe uma faculdade cuja aplicação não se dará de forma mecânica, mas, até certo ponto, pois devem ser experientes. Assim, “ao se levar em conta os princípios, eles deixam alguma discricionariedade à autoridade à qual foi facultada a realização da ponderação, não obstante eles restrinjam a discricionariedade na aplicação” (DWORKIN, 2001, p. 31).

É importante ressaltar que para Dworkin existe uma conexão intrínseca entre o Direito e a Moral, similar a Alexy, de tal forma que padrões sociais, morais e políticos podem configurar um “propósito jurídico” (KLATT, 2022, p. 144).

O modelo de Dworkin parece, num primeiro momento, conferir mais liberdade ao juiz pela possibilidade, ainda que fundamentada juridicamente, de utilizar princípios morais e práticas sociais.

Contudo, a “implantação dos princípios no sistema jurídico não aumenta a liberdade do juiz. Ao contrário, ela estabelece mais limites àquela liberdade”, pois não pode ser valer de critérios pessoais para decidir (KLATT, 2022, p. 145).

Assim, no ativismo judicial eleitoral, ainda que se fundamente na interpretação dos princípios constitucionais, com a utilização de padrões morais e sociais inerentes à história política da sociedade brasileira, não pode prescindir de sua juridicidade e muito menos exprimir a vontade pessoal do julgador.

#### **5.4 Panprincipiologismo em detrimento de regras constitucionais**

Se o constitucionalismo do pós-guerra resultou na reaproximação do Direito com a Moral por meio dos princípios constitucionais que passam a ser dotados de normatividade, não menos certo é que seu uso excessivo e abusivo pode recair em um “panprincipiologismo” (STRECK, 2004) em desrespeito, inclusive, das regras de natureza constitucional.

Daniel Sarmiento alerta que o ativismo judicial não pode se transformar numa interpretação demasiadamente aberta pelos princípios constitucionais e nem recair em uma constitucionalização total do Direito, sob pena de afastar regras jurídicas, de aplicação específica, e, por conseguinte, de desprestigiar a própria democracia (SARMENTO, 2009, p.113).

As regras não podem significar “renegação do passado – e de seus fracassos”, muito menos os princípios podem traduzir o “o ideal da boa norma”, pois, ambos, princípios e regras, decorrem da vontade do legislador, “são textos, donde se extraem normas” (STRECK, 2014, p. 270).

As regras jurídicas são situações de aplicação específica vislumbradas de antemão pelo legislador. Por isso, na lição de Alexy (2008), as regras são mandados definitivos que uma vez realizado seu pressuposto fático legal devem obrigatoriamente ser aplicadas.

Nesse aspecto, num conflito entre um princípio e uma regra, de mesma hierarquia normativa, deve-se aplicar a regra, preconcebida para aquela situação específica, e não o princípio que são mandados de otimização (ALEXY, 2008) cujo suporte fático é bastante amplo e sua aplicação de penderá das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

É certo que, em algumas situações complexas, de hierarquia diversa, o conflito entre o princípio e uma regra jurídica poderá se dar entre um sopesamento, mas não entre o princípio e a regra, já que essa não possui dimensão de peso, mas entre o princípio conflitante e aquele do qual emana a regra. Nessa hipótese, pode ocorrer que a escolha feita pelo legislador por meio da regra não seja a correta solução ao sopesamento existente o que redundará na declaração de sua inconstitucionalidade e conseqüentemente a aplicação do princípio constitucional que restou previamente afastado (SILVA, 2011).

No ativismo judicial eleitoral, portanto, a aplicação de um princípio constitucional não pode afastar a incidência de uma regra também de natureza constitucional, ainda mais quando se trata de um direito fundamental.

## **5.5 Casos concretos de limites de ativismo judicial no Brasil e em Portugal**

### **5.5.1 O ativismo judicial eleitoral brasileiro não pode afrontar a norma de direito fundamental que veda a aplicação retroativa de sanção**

Fruto de um projeto de iniciativa popular, a Lei Complementar n. 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, estabeleceu novos casos de inelegibilidades em relação à vida

pregressa dos candidatos, aumentou os prazos de inelegibilidades e mitigou a exigência de trânsito em julgado para a sua aplicação.

Formulada a Consulta n. 1147/2010, o Tribunal Superior Eleitoral respondeu que os novos casos de inelegibilidades descritos na Lei da Ficha Limpa deveriam ser aplicados ainda que os fatos ocorreram antes da sua promulgação.

A Lei da Ficha Limpa foi objeto, em 2012, em controle abstrato, da ADI nº 4.578, da ADC nº 29 e ADC nº 30, na qual, entre outros, questionava-se sua constitucionalidade em aplicar-se a fatos anteriores à sua vigência por ofensa ao princípio da irretroatividade das leis (art. 5º, XXXVI, da CF/88).

No julgamento conjunto dessas ações, o Ministro Relator Luiz Fux, em relação à natureza jurídica da inelegibilidade, considerou que inelegibilidade seria o “requisito negativo” na qual o cidadão não deve incidir para concorrer a mandato eletivo, não se confundindo com sanção ou pena (BRASIL, 2012).

O Ministro Joaquim Barbosa salientou que as novas inelegibilidades advindas da Lei da Ficha Limpa não se configurariam “punições”, mas um “critério objetivo” originário de uma democracia e não de um governo autoritário (BRASIL, 2012).

Ainda que tenham sido proferidos votos contrários (Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Dias Toffoli) prevaleceu no Supremo Tribunal Federal o entendimento que a inelegibilidade não teria caráter punitivo, mas configuraria requisito mínimo em defesa da sociedade para que o cidadão seja candidato (BRASIL, 2012).

Esse entendimento é seguido pela maioria da doutrina brasileira, especialmente os juristas que participaram da mobilização do projeto de iniciativa popular (PINTO; PETERSEN, 2014 *apud* REIS, 2010).

No entanto, existem duas formas de inelegibilidade, a saber: a) a inelegibilidade originária ou inata, que configura uma situação fática legal que não se correlaciona com a prática de qualquer ato ilícito; b) a inelegibilidade sanção ou cominada, que advém da ocorrência de ato ilícito estabelecido no ordenamento jurídico. (COSTA, 2013).

Seria exemplo de inelegibilidade inata aquela devida ao analfabetismo do candidato ou relação de parentesco com o chefe do executivo, enquanto a inelegibilidade sanção seria aquela resultante da condenação criminal ou de ato de improbidade administrativa.

Desse modo, conforme a espécie de inelegibilidade, diversas são as suas consequências.

Nenhuma das inelegibilidades descritas na Lei da Ficha Limpa é inata, ao contrário, todas são inelegibilidades sanção, porque derivam de efeitos da prática de atos descritos na lei como ilícitos. Daí porque não se sustenta a tese do STF da qual as inelegibilidades não teriam caráter punitivo.

Segundo Costa (2012, p. 181): “quando um Ministro do STF afirma que 'inelegibilidade não é pena', faz proposição sem aderência na teoria jurídica. É proposição 'ad hoc', com força da autoridade que a profere. E só. Do ponto de vista dogmático, é uma proposição sem sentido, porque esquece a pergunta fundamental quando se tratar sobre a natureza jurídica de um instituto: de que fato jurídico ela provém: lícito ou ilícito?”

Ainda que o objetivo da Lei da Ficha Limpa seja a moralidade e a probidade administrativa e instituída durante período democrático e decorrente da democracia participativa, como registrado corretamente por quase todos os ministros, isso não desnatura a característica punitiva das inelegibilidades nela constante.

Aliás, a própria Lei da Ficha Limpa dispõe no seu novel art. 22, XIV, da Lei das Inelegibilidades que “julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição que se verificou (...)”.

O Ministro Cezar Peluso, em seu voto, discorreu que “um mal, normativamente cominado, nunca pode ser entendido de outro modo em Direito: todo mal atribuído pelo ordenamento é sempre uma sanção em sentido lato, mas sempre sanção, ainda que não o seja de cunho penal. Não há dúvida alguma de que esse efeito jurídico atribuído pela lei nova como causa de inelegibilidade significa clara subtração de um direito público subjetivo e, portanto, uma redução do patrimônio ou esfera jurídica do cidadão” (BRASIL, 2012).

A partir desse pressuposto de fundamentação de não considerar a inelegibilidade uma sanção, decorreu, erroneamente, a análise do STF acerca da constitucionalidade da aplicação retroativa da Lei da Ficha Limpa, conforme disciplina o art. 5º, XXXVI, CF/88, *verbis*: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A decisão do STF acerca dessa análise de (in)constitucionalidade repercutiria em casos como: a) candidato que perdeu o mandato pela prática do crime de responsabilidade e já transcorreram três anos da inelegibilidade estabelecida pela anterior LC nº 64/90, mas não encerrou o prazo de oito anos estipulados pela LC nº 135/2010 será inelegível? b) candidato que como Deputado Federal renunciou ao seu mandato antes da vigência da LC 135/2010 devido a representação que levaria a perda do seu mandato, seria inelegível?

Ora, como as novas inelegibilidades têm caráter sancionatório, não poderiam ser aplicadas a situações anteriores à vigência da LC 135/2010, quando ainda nem sequer existiam ou seu prazo de punição era menor. No entanto, ao considerar que a inelegibilidade seria tão somente um requisito negativo, sem caráter sancionatório, o STF decidiu que sua aplicabilidade

a fatos anteriores com eficácia imediata, violando, por conseguinte, o princípio constitucional da irretroatividade das leis.

Aliás, para o STF, não haveria efetivamente aplicação a fatos anteriores, mas aplicação imediata, pois, para a apreciação eleitoral, o fato jurídico não seria aquele anterior à vigência da lei, mas aquele posterior no pedido de registro da candidatura.

A Ministra Rosa Weber, divergindo parcialmente da maioria, sustentou que ocorreu a retroatividade da lei ao se pretender alcançar situações anteriores à vigência da nova lei, mas, que, pelo texto constitucional, não ocorre a proibição absoluta da retroatividade das leis, apenas que não atinja o direito adquirido, ato jurídico perfeito ou a coisa julgada. No caso em análise, não haveria de se falar em direito adquirido de ser candidato (BRASIL, 2012).

Segundo Moreira Alves (2002), o princípio não seria da irretroatividade das leis, mas o contrário, da retroatividade, pois a lei disciplina, em geral, comportamentos futuros, no entanto, “[...] sob a égide da nova lei caíram os efeitos presentes e futuros de situações pretéritas, com exceção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.” (DINIZ, 2001, p. 178)

As espécies de retroatividade seriam: máxima, média e mínima. Na retroatividade máxima a lei nova atinge os fatos cujos efeitos já foram concluídos no passado. Na média os efeitos do fato anterior ainda serão produzidos quando da vigência da nova lei. Por fim, a retroatividade mínima, na qual não se desconstitui fatos consumados, apenas sua aplicabilidade integral ocorrerá após a nova lei (ALVES, 2002).

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, ponderou que no caso da Lei da Ficha Limpa, a retroatividade pode se apresentar como máxima e até mínima, mas, em todas, não poderia se aplicar retroativamente pois a sanção decorreria *ex post facto* (BRASIL, 2012).

A segurança jurídica é o princípio pelo qual se veda a retroatividade da lei para desconstituir situações pretéritas, decorrente do próprio Estado Democrático de Direito (CANOTILHO, 1998).

Diversamente do que decidiu o STF, se quando o cidadão praticou o ato que apenas futuramente a nova Lei da Ficha Limpa veio atribuir a sanção da inelegibilidade, a sua expectativa era de ser candidato, pois essa situação não estava sequer prevista.

De igual modo, a situação não configuraria o ventilado “direito adquirido a ser candidato”, pois, além de serem diversos os requisitos estabelecidos na lei para se candidatar, não seria em face disso que se haveria de admitir a aplicabilidade retroativa de um ilícito.

Uma situação exemplificada no julgamento do STF para justificar a aplicação imediata da nova lei pela inexistência de “direito adquirido de ser candidato” foi trazida no voto do Ministro Dias Toffoli, acerca de eventual modificação do art. 14, § 7º, da CF, para acrescentar outros parentes na inelegibilidade constitucional (BRASIL, 2012).

Ora, a analogia não se sustenta, porque o dispositivo não configura uma inelegibilidade sanção, mas de inelegibilidade inata, decorrente de fato jurídico (idade) que não decorre de qualquer ilícito legal, situação similar ao do analfabeto ou se no Brasil fosse adotar a inelegibilidade do ministro religioso tal qual Portugal.

Por se tratar de inelegibilidade originária ou inata, de fato, deveria ser aplicada imediatamente, pois não decorrem de atos anteriores descritos pela lei como ilícitos, no entanto, as situações estipuladas na Lei da Ficha Limpa tem natureza diversa punitiva.

De igual modo, se constata nas hipóteses em que houve aumento do prazo da inelegibilidade com a Lei da Ficha Limpa. Indaga-se: caso o candidato tenha incidido em uma causa de inelegibilidade que já existia na LC n. 64/90, antes da vigência da nova lei, cumprido o prazo respectivo que depois foi estendido com a Lei da Ficha Limpa? Como, por exemplo, da inelegibilidade descrita no art. 1º, I, “g”, da Lei das Inelegibilidades, cujo prazo de inelegibilidade foi aumentada de cinco para oito anos.

Segundo o STF, como a nova lei tem aplicabilidade imediata, pois não se trata de sanção, é irrelevante se o prazo de inelegibilidade da lei anterior já tenha sido cumprido pelo cidadão, deve seguir a extensão do prazo estabelecido com a nova lei.

Conforme Agra (2012, p. 28), “quando, através de um efeito retroativo, passa-se a aumentar a sanção referente a um determinado ilícito, não estamos apenas atacando o primado da segurança jurídica, mas também atacando mortalmente o princípio da justiça, pois ninguém pode pagar duas vezes pelo mesmo delito”.

Essa situação reforça o caráter sancionatório das inelegibilidades descritas na LC 135/2010 e demonstra a inconstitucionalidade da sua aplicação retroativa. Interessante, nesse ponto, a discussão existente entre os ministros quando do julgamento das ações de controle de constitucionalidade:

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – (...) Quando do registro da candidatura – é esse o marco temporal para aferir as condições de elegibilidade do candidato, ou seja, é preciso que essas condições sejam cumpridas à luz da legislação vigente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Não. Isso é outra coisa, Ministro. Vossa Excelência está confundindo o momento do juízo sobre a inelegibilidade e a lei que deve ser aplicada. O momento de aferir a inelegibilidade é o momento do requerimento de inscrição da candidatura. Agora, o que o juízo tem que estabelecer é qual a lei que vai ser aplicada para essa avaliação.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – A lei vigente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – A lei vigente ao tempo do fato que aconteceu.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – Não se falou em direito adquirido. O cidadão teria o quê? Direito adquirido de ter cometido um ilícito e ainda assim mesmo concorrer?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Ministro, essa matéria não tem nada com o direito adquirido.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – Então, se ele não tem direito adquirido, ele teria o quê ? Expectativa legítima ? Essa expectativa é razoável ?  
O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Ele está invulnerável aos efeitos da lei nova. É outra coisa.  
O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – Não, não é outra coisa. É isso que está aqui.  
O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Assim ele teria direito adquirido à elegibilidade.  
O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Não, apenas não pode ser alcançado por regras da lei nova. Só isso. Nem direito à elegibilidade tem.  
O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Regras da lei nova que simplesmente incorporam ilícitos que já eram pré-existentes. Todos os comportamentos eram absolutamente ilícitos e sancionados.  
O SENHOR CEZAR PELUSO – Mas não eram então causas de inelegibilidade! (BRASIL, 2012).

Desse modo, o Congresso Nacional, mesmo com uma lei fruto da democracia participativa, extrapolou os “limites dos limites” na restrição ao direito político fundamental de ser candidato, ao determinar sua aplicabilidade retroativa, ainda que, para prestigiar o princípio da moralidade, com esteio no art. 14, parágrafo 9º, da Constituição Federal de 1988.

Ora, o preceito constitucional, ao permitir a restrição de um direito fundamental pelo legislador, não se constitui um cheque em branco, pois sujeito a limites impostos nos princípios colidentes, no caso da Lei da Ficha Limpa, o direito fundamental da irretroatividade das leis.

Mesmo que decorrente de um projeto de lei de iniciativa popular, há que se respeitar os direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional, pois “não se pode falar em democracia, ou sociedade livre, onde não se garantam e sejam respeitados os direitos fundamentais” (GUEDES, 2013, p. 657).

Cumpriria, nessa situação, o STF ter adotado sua função contramajoritária em proteção aos direitos fundamentais. Todavia, ao prestigiar a vontade da maioria, com fundamento no princípio da moralidade, realizou evidente ativismo judicial que afrontou direito fundamental expresso no texto constitucional.

Essa conclusão é ainda mais reforçada com a decisão que o STF chegou, também no caso da Lei da Ficha, ao prestigiar a norma de direito fundamental estabelecida no art. 16, da CF/88 (princípio da anualidade da lei eleitoral), e determinar que ela não poderia vigorar para as Eleições de 2010, quando foi aprovada (Recurso Extraordinário nº 633.703-MG, rel. Min. Gilmar Mendes).

Portanto, desrespeitando seus limites, o STF realizou um ativismo judicial eleitoral equivocado que desatendeu direito fundamental fruto da vontade democrática do povo.

### 5.5.2 A impossibilidade de o ativismo judicial eleitoral no Brasil admitir a candidatura avulsa

Atualmente, a partir de pedido formulado por candidatos a Prefeito e Vice-Prefeito do município de São Bernardo do Campo, o Supremo Tribunal Federal, no RE 1.238.853, analisa a possibilidade de candidatos concorrerem às eleições sem se encontrar filiado a partido político, a denominada “candidatura avulsa”, sob o fundamento de ofensa ao art. 1.º, II, III, V, art. 4.º, II e 5.º, XX e parágrafos 1.º e 2.º da Constituição Federal de 1988.

Suscita-se, ainda, que o Pacto de São José da Costa Rica (Decreto n. 678/1992), de natureza supralegal, rejeitaria a existência de condição de elegibilidade que não se fundamente em “motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação criminal”.

Conquanto exista proposta de emenda constitucional praticamente parada há quase vinte anos para apreciação da Comissão de Constituição e Justiça do Congresso Nacional, a questão foi suscitada de maneira mais acentuada para objeto e análise do Poder Judiciário (em especial, nesse momento, ao STF), podendo, por conseguinte, acaso deferida, configurar em mais um caso de ativismo judicial eleitoral.

De fato, os argumentos de constitucionalidade apresentados na ação são quase todos de natureza principiológica (cidadania, dignidade da pessoa humana, pluralismo político, prevalência dos direitos humanos e proibição de obrigatoriedade de se associar ou permanecer associado), em contrariedade a regra constitucional expressa estabelecida no art. 14, parágrafo 3º, V, da CF/88, que exige como condição de elegibilidade que o candidato seja filiado à partido político.

Ora, ainda que a possibilidade de candidatura avulsa prevaleça na legislação eleitoral na maioria dos países e seja uma medida capaz de aprimorar o sistema político brasileiro, ela não pode ser implementada mediante o ativismo judicial porque desrespeita regra constitucional específica, qual seja: a necessidade de filiação partidária para concorrer a mandato eletivo (art. 14, parágrafo 3º, V, da CF/88).

“A apresentação de candidaturas no Brasil é exclusividade de partidos políticos, não havendo nenhuma possibilidade de candidatura independente” (SILVA, 1999, p. 154).

Do mesmo modo, ainda que Pacto de São José da Costa Rica (Decreto n. 678/1992) vede condição de elegibilidade diversa de “motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação criminal”, possuindo hierarquia normativa supralegal, ainda estaria inferior hierarquicamente à constituição.

Portanto, apenas uma emenda constitucional realizada pelo próprio Congresso Nacional seria legítima para flexibilizar o sistema eleitoral brasileiro no qual os partidos políticos monopolizam as candidaturas.

### 5.5.3 A impossibilidade de o ativismo judicial eleitoral modificar os limites de deputados federais por estado no Brasil

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 45, parágrafo 1.º, disciplina que o “número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados” (BRASIL, 1988).

Assim, embora o número de Deputados Federais no Brasil por Estado e Distrito Federal seja proporcional à população, é fixado pelo Poder Constituinte Originário uma margem pela qual não poderá ser o ser inferior a oito e superior a setenta Deputados.

Esse critério, matematicamente, causa profunda desproporção na distribuição do número de Deputados Federais entre os Estados da Federação no Brasil e, por conseguinte, no peso do voto do eleitor brasileiro na formação da Câmara dos Deputados de acordo com o Estado em que vota.

A título de exemplo, enquanto o Estado de Roraima tem 636.707 habitantes em 2022, segundo o IBGE, e elege 8 deputados federais (um deputado federal para cada 79.588 habitantes), São Paulo tem 46.649.132 habitantes e elege 70 deputados federais (um deputado para cada 666.416 habitantes), ou seja, em tese, o “peso do voto” do eleitor de Roraima equivaleria oito vezes do eleitor paulista.

Nada obstante essa distorção matemática, não poderia o ativismo judicial eleitoral, sob o argumento de aprimorar o regime democrático, em prestígio ao princípio da proporcionalidade, modificar esses limites, pois fruto do critério estabelecida pela própria constituição, por regra específica, para equilibrar o federalismo brasileiro.

Situação diversa, contudo, é que, apesar dos sucessivos censos populacionais realizados pelo Brasil, desde 1993 não é atualizada a distribuição das vagas de Deputados Federais pela edição de uma lei complementar pelo Congresso Nacional.

Desse modo, vendo sendo desobedecida a regra constitucional em razão da ausência de atualização do número da população por estado, levando a uma sub-representação de alguns estados e uma super-representação de outros.

Em 2013, ante a mora legislativa do Congresso Nacional em editar uma nova lei complementar, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução n. 23.389/13, atualizando a redistribuição do número de Deputados Federais em face da alteração populacional segundo o IBGE.

Todavia, a Mesa da Assembleia Legislativa do Estado do Piauí propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.020 perante o Supremo Tribunal Federal que foi julgada procedente, sob o argumento de que “o poder de editar normas atribuído ao TSE prende-se ao seu âmbito administrativo, mantendo-se os seus limites matérias condicionados às molduras postas pelo legislador” (BRASIL, 2014)

Entendeu o STF que o ativismo judicial eleitoral realizado pelo TSE extrapolou os limites constitucionais cuja determinação específica é que a atualização do número de deputados fosse realizada por lei complementar.

É importante ressaltar que essa decisão do STF é uma das poucas que ele reforma o ativismo judicial realizado pelo TSE.

Contudo, passados dez anos desse julgamento, o Congresso Nacional ainda continua em mora ao não editar nova lei complementar atualizando a distribuição das vagas de deputados federal em razão do crescimento populacional por estado.

Desse modo, o Estado do Pará propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 38, tendo o STF determinado, por unanimidade, o prazo de até 30 de junho de 2025 para que o Congresso Nacional edite a referida lei complementar.

Segundo o Ministro Luiz Fux, relator da ADO, a situação atual configura uma “assimetria representativa”, em razão do descumprimento da revisão periódica da proporcionalidade na relação deputado/população estadual, gerando “mau funcionamento do sistema democrático, relacionado à sub-representação das populações de alguns estados na Câmara dos Deputados em grau não admitido pela Constituição” (BRASIL, 2023).

Assim, o STF valeu-se de um diálogo institucional com o Congresso Nacional, inicialmente invalidando o ativismo judicial eleitoral do TSE, e depois adotando uma espécie de apelo ao legislador para que seja criada a lei com prazo determinado sob pena do TSE fazê-lo diretamente por meio do ativismo eleitoral.

Há que se ressaltar, por fim, que essa situação difere do STF em alterar o parâmetro mínimo (8 deputados federais) e máximo (70 deputados federais) em relação a cada estado, pois existe regra constitucional específica.

#### 5.5.4 O ativismo judicial eleitoral português não pode admitir a elegibilidade de ministro religioso

Em decorrência do princípio democrático e republicano, a regra é que os cargos eletivos estejam à disposição de qualquer cidadão, sendo vedadas restrições desarrazoadas.

A Constituição da República, com fundamento na separação entre o Estado e a religião, determina, no art. 152º, número 1, “e”, a inelegibilidade do ministro de qualquer religião ou culto.

Desse modo, ainda que para prestigiar o princípio democrático, não seria admitido o ativismo judicial eleitoral em Portugal para possibilitar a candidatura de ministro religioso, em razão de regra específica no texto constitucional português.

Aliás, o próprio Tribunal Constitucional português já enfrentou a questão no registro de candidatura de sacerdote católico e pároco da Ribeira Seca para a um cargo autárquico nessa jurisdição.

No Acórdão n. 602/89 foi indeferido seu pedido com os seguintes fundamentos: “a questão da ratio da inelegibilidade em causa resume-se, assim, à questão de saber qual das restrições do n.º 3, do artigo 50.º, a ela se aplica. Tais restrições correspondem, aliás, aos dois fundamentos classicamente aduzidos para a inelegibilidade e defendidos, respectivamente, pelo recorrente e pelo recorrido. Com efeito, a tese da separação das esferas de jurisdição espiritual e temporal liga-se naturalmente à garantia de isenção e independência no exercício das respectivas funções” (PORTUGAL, 1989).

Portanto, agiu com acerto o Tribunal Constitucional ao prestigiar regra explícita da Constituição da República de Portugal. Importante apontar que, diversamente, não existe a inelegibilidade de ministro religioso no Brasil.

## 5.6 Síntese

“O truque é não nos enganarmos a nós próprios acerca de certas coisas: pequenas ilhas rochosas no mar das próprias desilusões. Agarrá-las e não se afogar é o máximo que um ser humano consegue alcançar” (Elias Canetti)

A atuação argumentativa ativista do Supremo Tribunal Federal no Brasil e do Tribunal Constitucional em Portugal tem sido fundamental para o aprimoramento do regime democrático nesses países, contudo, além de possuir limites estabelecidos no próprio texto constitucional e sujeita a críticas da sociedade e da academia como meio de reflexão da legitimidade de suas

decisões, devem estar cientes que essa tarefa deliberativa deve ser levada a cabo prioritariamente pelo povo e seus representantes eleitos.

O Tribunal Constitucional deve buscar um controle de “intensidade mínima” (MORAIS, 2014, p. 744), salvo quando necessário para desobstruir os canais da democracia, mas sem com isso fazer prevalecer seu entendimento pessoal em face do Direito.

A democracia deliberativa com a participação da sociedade civil organizada é fundamental para conduzir a reforma política tão necessária para aperfeiçoar a democracia. Para tanto, é necessário a participação popular efetiva e não de um “povo icônico”, um “ninguém no âmbito do discurso de legitimação”, mas daquele no qual todos se “engajam politicamente, numa cidadania consciente e ativa” (MÜLLER, 2003, p. 57).

Assim, o STF, no Brasil, e TC, em Portugal, deixaram de ser meros expectadores da vida política para se transformarem por meio do ativismo judicial eleitoral, na atual quadra de nossa história, em instituições indispensáveis para promoverem a democracia na construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

## CONCLUSÕES

“O que dá o verdadeiro sentido ao encontro é a busca, e é preciso andar muito para se alcançar o que está perto”  
(José Saramago)

A democracia dos antigos consistia na participação direta dos cidadãos no exercício do poder político, derivada de uma liberdade positiva de autodeterminação política. Por sua vez, a democracia dos modernos tem seu fundamento na liberdade negativa em face do Estado, na qual o cidadão possui autonomia e deve obediência apenas à lei, com a substituição da democracia direta pela indireta ou representativa.

Na segunda metade do século passado, sem abandonar o sistema representativo, ocorre um certo retorno à democracia dos antigos, a fim de que a participação do cidadão não fique restrita ao momento da escolha dos seus representantes políticos, mas alcance todo o processo político, sendo denominada de democracia participativa.

A concepção democrática liberal clássica tem fundamento no conceito de autonomia kantiana cuja legitimidade da ação individual repousa na coexistência com a liberdade dos demais, na matriz de justiça não utilitarista e no jusnaturalismo contratualista de John Locke, com respeito aos direitos individuais, com uma nítida cisão entre o Estado e a sociedade civil e desconfiança com o governo da maioria.

Para a teoria republicana a legitimidade da lei estaria indissociada da sua própria origem democrática, tendo, portanto, como paradigma, a autonomia pública, a liberdade positiva de participação do cidadão na política social. Diversamente da concepção democrática liberal, na qual ocorre uma cisão entre Estado e sociedade, na democracia republicana a sociedade se constitui em uma totalidade política.

Com críticas às teorias normativas clássicas, mas sem a pretensão de constituir uma concepção teórica própria, o elitismo democrático surge da análise da manipulação da vontade do povo, por meio de eleições regulares, durante a ascensão dos regimes totalitários no século XX.

A teoria econômica da democracia, discorda que os eleitores ajam de maneira irracional adotando escolhas aleatórias nas eleições, mas adotam uma lógica produtor-consumidor no processo político pelas quais suas escolhas seriam racionais em benefício próprio.

Essas críticas desencadearam uma releitura dos modelos democráticos normativos a partir de 1970. Para John Rawls, a premissa da democracia deliberativa encontra-se na razão, sendo o fundamento político a justiça, por meio do qual, num contrato social hipotético, desconhecendo sua posição na esfera social, racionalmente rejeitariam os princípios utilitários.

Segundo Ronald Dworkin, a compreensão tradicional de democracia seria insuficiente, pois meramente estatística, devendo a democracia consistir na atuação de igual respeito e consideração com todos.

A teoria comunitarista critica os modelos liberais, pois levam à primazia absoluta dos direitos individuais em relação à sociedade que levaria a um isolamento egoísta que desintegraria os vínculos sociais e as tradições compartilhadas da comunidade.

A democracia discursiva de Habermas não expressa o governo da maioria, mas reside na deliberação decorrente da comunicação e dos debates livres ocorridos no espaço público. Discorda da política como mera competição de agentes políticos pelo poder e com a pretensão de encontrar um consenso entre os liberais e os republicanos por meio de uma autonomia pública com respeito aos direitos fundamentais apregoa a possibilidade de se alcançar o bem comum.

Em uma sociedade plural, a democracia discursiva não se fundamenta em direitos universais preexistentes (teoria liberal) e nem nos valores compartilhados em determinada sociedade (republicanismo comunitário), mas em regras de debate e negociação que não pode ficar restrita a representantes políticos e partidos.

Existe uma evidente tensão entre a democracia (vontade do povo) e a constituição (rule of law), pois a democracia fundamentada na soberania popular é assegurada, mas também, principalmente, limitada pelo constitucionalismo. Essa tensão decorre da própria concepção democrática republicana (autonomia pública) e liberal (autonomia privada).

A síntese do Estado Democrático de Direito já é uma tentativa de agregar a legalidade inerente ao Estado de Direito na proteção dos direitos fundamentais com a legitimidade e transformações políticas advinda da democracia.

O controle judicial de constitucionalidade é uma das questões mais complexas quando se analisa sua compatibilidade com a democracia, em especial porque os juízes não são eleitos pelo povo, mas assumem a sua função normalmente por critérios técnicos.

O denominado “constitucionalismo popular” considera o controle judicial de constitucionalidade uma ofensa ao regime democrático e sustenta que compete ao povo e seus representantes a tarefa de interpretar a constituição.

Diversamente, existem pensamentos teóricos que legitimam democraticamente o *judicial review*. A teoria substancialista sustenta que o Poder Judiciário pode adentrar ao próprio mérito do resultado do processo político, por sua vez, a teoria procedimentalista propõe uma deferência judicial à deliberação resultante do processo político, mas com atuação incisiva na correção dos pressupostos de funcionamento da democracia.

Segundo a teoria procedimentalista, o Tribunal Constitucional deve deferência ao resultado da deliberação advinda do parlamento, contudo, podendo adotar uma postura mais ativa promovendo a abertura dos canais democráticos e a proteção de minorias estigmatizadas não pode ser considerada antidemocrática, pois ela estaria agindo exatamente para preservar e promover a efetiva participação popular no regime democrático.

Como não se encontraram atrelados a compromissos majoritários, a teoria substancialista entende que o parlamento não é melhor lugar para apreciar os direitos fundamentais, mas o Poder Judiciário (“fórum de princípios”).

A legitimidade da representação do Tribunal Constitucional é diferente daquela realizada pelo parlamento. Enquanto a representação do povo dar-se-ia tanto de forma volitiva/decisionista, expressa na vontade do povo direta ou por meio das eleições, a representação do Poder Judiciário ocorreria de forma argumentativa/racional.

As Constituições de Portugal e do Brasil consagram institutos da democracia liberal (direito de liberdade e de propriedade) como também da democracia republicana ao conceber o voto para além de um direito subjetivo público um dever cívico ao torná-lo obrigatório, bem como prestigiar a democracia participativa.

No sistema norte-americano de controle de constitucionalidade, qualquer das partes de um litígio pode suscitar, como incidente da demanda principal, a inconstitucionalidade da norma aplicada à demanda, que será decidida pelo juiz da causa com efeito “inter partes”.

O sistema concentrado de controle de constitucionalidade utilizado pelos países europeus o poder de controle de constitucionalidade é exclusivo, concentrado, no Tribunal Constitucional. O manejo dessa ação direta é restrito a alguns legitimados cuja apreciação no Tribunal Constitucional é objetiva, sem vinculação a um caso concreto de direito subjetivo individual lesado e com efeito “erga omnes” e vinculante.

O Brasil, desde a Constituição Republicana de 1891, já era explícito o controle de constitucionalidade concreto de sistema difuso. Em 1965, por meio da Emenda Constitucional n. 16, o Brasil passou a adotar também o controle abstrato de constitucionalidade de sistema concentrado de competência do Supremo Tribunal Federal, com a criação da representação de inconstitucionalidade, fazendo com que fosse adotado uma espécie de controle misto de constitucionalidade, no qual se convivem plenamente o controle concreto com o abstrato, situação essa que permanece expressamente na Constituição Federal de 1988.

Com a Emenda Constitucional n. 45/2004, foi estabelecida a Súmula Vinculante às decisões do STF em controle concreto. Desse modo, o controle difuso, ao menos quanto aos efeitos, passa a ter contornos de controle abstrato, valendo-se, dependendo da situação, mais da defesa objetiva da constituição que proteção de direito subjetivo lesado.

O Supremo Tribunal Federal sempre adotou, no controle abstrato, a teoria da nulidade de influência norte-americana, própria do controle concreto, pela qual uma norma declarada constitucional é nula de pleno direito (efeito “*ex tunc*”), no entanto, com a edição da Lei nº 9.868/99, foi admitida a possibilidade da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

É mais que evidente a aproximação do constitucionalismo português e brasileiro. A Constituição de Portugal de 1826 foi inspirada na Constituição Imperial do Brasil de 1824, da mesma forma, a Constituição de Portugal de 1911 teve como influxo a Constituição Republicana do Brasil de 1889.

O reverso também ocorreu, a Constituição do Brasil de 1934 tem inspiração na Constituição de Portugal de 1933, quando esta passou a conter um título específico em seu texto da Ordem Econômica e Social. A Constituição do Brasil de 1988 tem forte influência da Constituição de Portugal de 1976, ambas originadas da supressão de regimes de exceção.

A Constituição da República Portuguesa manteve o controle judicial de fiscalização difusa (art. 207º), e com a revisão de 1982 consolidou-se o sistema de controle de constitucionalidade português, com a criação do Tribunal Constitucional a exercer o controle abstrato.

Quanto aos efeitos do controle de constitucionalidade concentrado, segue, em regra, a tradicional teoria da nulidade absoluta, contudo, admite situações de mitigação em face da situação concreta, inclusive por meio de técnicas de declaração de inconstitucionalidade com e sem redução de texto e situação em vias de inconstitucionalidade.

A eleição é ponto fundamental na qual se alicerça a soberania popular no Estado Democrático de Direito sendo a governança eleitoral o conjunto institucional pelo qual se concretiza o voto e a disputa eleitoral.

A governança eleitoral divide-se em três perspectivas, cada qual tendo um Órgão Eleitoral (OE) responsável em desempenhá-la, a saber: a) criação das normas eleitorais, cujo OE é povo, diretamente ou através de seus representantes; b) aplicação das normas eleitorais (função administrativa); c) julgamento dos litígios sobre interpretação/aplicação das normas eleitorais (contencioso eleitoral).

De acordo com a posição institucional o órgão eleitoral (OE) em relação à função administrativa e ao contencioso eleitoral poderá ser governamental, quando vinculado ao Poder Executivo; independente, quando não vinculado ao Poder Executivo e desempenhar a função administrativa e de contencioso eleitoral; duplamente independente, quando as funções administrativas e de contencioso eleitoral são designadas a órgãos distintos desvinculados do Poder Executivo; misto, quando a atividade de administrar as eleições é de um órgão do Poder

Executivo e o contencioso eleitoral é realizado por outro órgão que não faz parte do Poder Executivo.

A governança eleitoral em relação ao julgamento dos litígios eleitorais (contencioso eleitoral), por sua vez, pode ser: a) sistema interno, autocontrolo ou controlo político, também denominado de “verificação dos poderes”, cuja atribuição é do Poder Legislativo; b) sistema de controlo externo, normalmente atribuída ao Poder Judiciário (controlo jurisdicional), ou a órgão diversos independente aos Poderes Executivo e Legislativo; c) sistema de controlo misto, que possui características dos dois outros simultaneamente.

O controle interno ou político, que se originou na França, foi, ao longo dos tempos, sendo substituído pelo externo a cargo do Poder Judiciário, embora ainda subsista, com algumas especificidades, em alguns países.

Ademais, conquanto o controlo eleitoral externo atualmente seja o mais utilizado, cada país adota procedimentos com características próprias e diferentes, atribuindo essa função à justiça ordinária, à justiça especializada, à justiça administrativa ou aos tribunais constitucionais.

A governança eleitoral portuguesa adota o modelo duplamente independente, sendo que a função administrativa é conferida a diversos Órgão Eleitorais (OE) independentes, a saber: a) Comissão Nacional das Eleições (CNE); b) Comissões Recenseadoras; c) Presidentes de Juntas Municipais, as Juntas de Freguesia, os Presidentes das Juntas de Freguesia, os Governadores Cívicos e nas Regiões Autónomas, os Ministros da República; d) As Mesas das Assembleias de Apuramento e Secções de Voto; e) Juiz judicial e Tribunal Constitucional.

Por sua vez, o contencioso eleitoral português é externo conferido ao Poder Judiciário, conforme disciplina o art. 113º, n. 7, da CRP, sendo que na dicção da alínea “c” do n. 2 do art. 223º, compete ao Tribunal Constitucional julgar, em última instância, a regularidade e a validade dos actos do processo eleitoral.

O modelo de governança eleitoral no Brasil é o independente pois a função administrativa e o contencioso eleitoral é conferida, desde sua criação, em 1932, à Justiça Eleitoral.

O contencioso eleitoral brasileiro era inicialmente interno ou de verificação dos poderes, mas converteu-se em controle externo por meio do Poder Judiciário, contudo, foi além, ao criar uma justiça especializada, a Justiça Eleitoral, tendo como órgão máximo o Tribunal Superior Eleitoral.

O Tribunal Superior Eleitoral foi fundamental para garantir a estabilidade política no fim da Ditadura Militar (1964-1985) e início da redemocratização.

A Justiça Eleitoral brasileira possui funções atípicas, regulamentar e consultiva, que não teriam, originariamente, a característica de inovar na ordem jurídica eleitoral, mas mero desdobramentos da governança eleitoral administrativa e contenciosa.

Ambas não têm assento constitucional, mas na legislação eleitoral, como o art. 1º, parágrafo único, e art. 23, XVIII, do Código Eleitoral e o art. 61, caput, da Lei 9.096/95 (Lei de Organização dos Partidos Políticos), em relação à função normativa, e artigos 23, XII e 30, VIII, do Código Eleitoral, em relação à função consultiva.

Nada obstante, não raras vezes, o Tribunal Superior Eleitoral tem extrapolado desse poder regulamentar e consultivo expedindo resoluções internas com nítido conteúdo legislativo desvinculado de um caso concreto específico e criadora de uma situação genérica e abstrata inovadora da ordem jurídica.

Assim, essas funções atípicas resultaram, ao longo do tempo, em um convite à Justiça Eleitoral para o desenvolvimento do ativismo judicial participando, também, da governança eleitoral legiferante.

O controle externo jurisdicional brasileiro baseado numa jurisdição especial eleitoral inspirou-se no Tribunal Eleitoral tcheco, de 1920, idealizado por Kelsen, e encontrou ressonância na América Latina.

Ainda que esse modelo da Justiça Eleitoral brasileira, consolidado ao longo de quase um século, mostrar-se mais adequado à realidade política brasileira, ele não é isento de críticas, principalmente quanto à composição dos tribunais e devem ser realizadas mudanças constitucionais e legais a fim de que se confira maior legitimidade e imparcialidade à Justiça Eleitoral.

A melhor forma seria que a indicação dos advogados fosse diretamente feita pela Ordem dos Advogados do Brasil, que, de acordo com a própria Constituição Federal, presta serviço público com relevante função social indispensável à Administração da Justiça. No Tribunal Superior Eleitoral, a indicação caberia ao Conselho Federal da OAB, e nos Tribunais Regionais Eleitorais, aos Conselhos Estaduais das Subseções da OAB.

Ainda no âmbito da composição do TSE e dos TREs, não se mostra justificável a exclusão da participação de membro do Ministério Público, em analogia ao “quinto constitucional” estabelecido na composição de outros tribunais (STJ, TRFs e TJs). Portanto, das duas vagas que hoje existem para advogados no TSE e nos TREs, uma deveria ser destinada ao Ministério Público, indicada pelos seus próprios membros.

Também em relação aos TREs, seria necessário um maior equilíbrio da sua composição entre a Justiça Estadual (4 membros) e a Justiça Federal (apenas um membro). Dessa forma,

transformar uma (ou duas) das vagas existentes de Desembargador Estadual e/ou Juiz de Direito para Desembargador Federal e/ou Juiz Federal diminuiria esse desequilíbrio.

Por fim, também seria necessário que a indicação dos juízes de Direito e juizes federais não fosse feita pelo tribunal a qual se encontram vinculado, mas diretamente pelos próprios magistrados de primeira instância.

Nada obstante essas críticas sujeitas a alterações normativas pontuais, a consolidação institucional da Justiça Eleitoral brasileira ao longo de quase um século, inclusive em vários momentos de crise, tanto o exercício da governança eleitoral administrativa como no contencioso eleitoral, foi fundamental para estabilidade democrática brasileira.

A governança eleitoral em Portugal e no Brasil possuem muitos pontos em comum, inclusive na trajetória histórica, contudo, a criação de uma justiça eleitoral especializada no Brasil, em 1934, com a atribuição exclusiva de exercer a atividade administrativa e o contencioso eleitoral, apartou, definitivamente, o modelo lusitano do brasileiro, e explica, em grande parte, a razão pela qual o ativismo judicial eleitoral desenvolveu-se muito mais nesse do que naquele.

A atividade administrativa das eleições é desenvolvida no Brasil, exclusivamente, pela Justiça Eleitoral, enquanto em Portugal é distribuída para vários órgãos, inclusive com uma parcela de atribuição ao Poder Judiciário. Ainda que vinculadas a órgãos eleitorais (OE) autônomos, sem relação direta com o Poder Executivo, a peculiaridade do sistema brasileiro potencializa a partição da Justiça Eleitoral no processo político.

Tanto em Portugal como no Brasil podem ser expedidos regulamentos da legislação eleitoral para atender o interesse público na sua aplicação. No entanto, no Brasil, em Portugal apenas é admissível o regulamento eleitoral mera execução, sendo inaceitável o regulamento autônomo, em razão do princípio da reserva legal, no Brasil, diversos preceitos estabelecidos em regulamentos eleitorais expedidos pelo TSE inovam no ordenamento jurídico ao não possuírem uma vinculação direta com a legislação eleitoral.

A função consultiva realizada pela Justiça Eleitoral na governança eleitoral brasileira não tem qualquer correspondente no sistema português. Apesar de ser uma atividade atípica e pouco realizada pela Justiça Eleitoral conduziu a mudanças profundas do sistema político-eleitoral brasileiro.

Essas características peculiares da governança eleitoral brasileira, consolidada ao longo de um século, garantiu à Justiça Eleitoral brasileira as condições institucionais necessárias para ingressar também na seara legiferante eleitoral, por meio do ativismo judicial eleitoral, com grau de intensidade bem maior que em relação à Portugal.

Ainda que seja uma das atividades mais difíceis conceituar ativismo judicial é fundamental para o discurso científico. Os juízes ativistas seriam aqueles que compreendem a atividade dos tribunais constitucionais como indissociável do seu viés político, pois sua função é desempenhar um papel afirmativo na promoção dos direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional. Por sua vez, os juízes defensores da autocontenção seriam aqueles que criticam essa interpretação constitucional que se confundiria com atividade política, pois tal atribuição não seria do Poder Judiciário, mas dos demais poderes do Estado.

Um meio que se mostra mais seguro para designar que determinada decisão judicial foi ativista é elencar de antemão as situações que configurariam “criação judicial do direito”, estabelecendo os pressupostos a partir dos quais isso se configuraria, a saber: a) aplicação direta das normas constitucionais a situação não explicitamente estabelecidas por ela e independentemente da existência de lei; b) declaração de inconstitucionalidade de leis com fundamento em critérios mais flexíveis do que o afronta direto a dispositivo constitucional.

Conquanto suas características sejam semelhantes e algumas vezes se interrelacionam, o ativismo judicial e a judicialização da política possuem contextos e significados diferentes. A judicialização da política constitui a transferência ao Poder Judiciário de atribuições tipicamente dos poderes administrativo e legislativo, em decorrência da insuficiência da realização das políticas públicas estabelecidas pela Constituição Federal.

Por sua vez, o ativismo judicial caracteriza-se como uma postura interpretativa do juiz mais livre dos parâmetros legais estritos, valendo-se, principalmente, dos vetores decorrentes dos princípios constitucionais.

O aumento do ativismo judicial dos Tribunais Constitucionais ao redor do mundo nas questões políticas, também incluído o Supremo Tribunal Federal, decorre de três causas interligadas, a saber: a) o caráter normativo adquirido pelas Constituições após a 2ª Guerra Mundial; b) a função conferida às Cortes Constitucionais de guardiãs dessas Constituições; c) a ascensão de uma nova interpretação constitucional que tem como principal vetor hermenêutico os princípios constitucionais.

A constituição, desde o seu surgimento moderno no século XVIII, não era normalmente reconhecida como norma jurídica típica dotada de coercitividade a garantir um direito subjetivo do cidadão, mas leis cuja função principal era a organização dos Poderes do Estado que serviriam de diretrizes a serem consolidadas pelo Parlamento. Apenas a Constituição dos Estados Unidos, desde a famosa decisão *Marbury vs. Madison*, de 1803, teve reconhecido seu caráter normativo por meio do *judicial review* realizado pela Suprema Corte.

Após a Segunda Guerra Mundial, em virtude das atrocidades praticadas sob o pálio da lei, os textos constitucionais passaram a adquirir força normativa, constituindo-se no *locus* privilegiado de proteção dos direitos fundamentais em face das maiorias eventuais.

A Itália em 1947, a Lei Fundamental de 1949, da Alemanha e a Constituição da França de 1958, inauguram esse novo modelo de constitucionalismo, seguido, posteriormente, com a redemocratização em Portugal (1976) e Espanha (1979), e depois com o Brasil, com a Constituição de 1988.

Essas constituições acolhem, ao lado das normas-regra, normas principiológicas com grande densidade axiológica e aplicação segundo as possibilidades jurídicas e fáticas da situação concreta.

Nesse contexto, também houve a necessidade de uma “nova hermenêutica constitucional”, pois o procedimento lógico-dedutivo de subsunção da regra jurídica alicerçado no legalismo positivista mostrava-se insuficiente para manejar os princípios constitucionais e garantir o respeito aos direitos humanos.

Essa “nova hermenêutica constitucional” desenvolveu-se por meio da construção argumentativa do intérprete de uma solução para o caso concreto que não se encontra prefixada no texto constitucional, mas que é construída na compreensão dos princípios constitucionais em respeito aos direitos fundamentais mas que normalmente estão em tensão com outros princípios constitucionais.

É utilizada para a resolução da tensão entre princípios a técnica da ponderação de princípios ou interesses, na qual se sobressai a análise fática do caso concreto, fundamental para determinar a “dimensão de peso” dos princípios em conflito para determinar qual deverá ser aplicado e em qual proporção.

Todas essas transformações fizeram com que muitas demandas políticas numa sociedade de massa complexa e heterogênea que não são suficientemente atendidas pelo Poder Público por desrespeito ao texto constitucional terminem por desaguar no Poder Judiciário que, por sua vez, contribuem para a adoção de posturas ativistas para enfrentá-las.

A extensa e profunda discussão teórica norte-americana acerca da legitimidade democrática do “judicial review” e da interpretação constitucional, com a análise da atuação da Suprema Corte em diversos momentos da história dos Estados Unidos, utilizando uma clivagem entre constitucionalismo popular, teoria substancialista e teoria procedimentalista, pode ser utilizada como parâmetro quando se analisa as posições favoráveis e contrárias ao ativismo judicial.

De fato, uma abordagem contrária à jurisdição constitucional (constitucionalismo popular), em comparação com uma aceitação ampla (substancialista) ou mitigada

(procedimentalista) do *judicial review* no regime democrático norte-americano serve de paradigma teórico para posições contrárias (constitucionalismo popular) e favoráveis ao ativismo judicial (substancialista ou procedimentalista).

O denominado “constitucionalismo popular” considera o controle judicial de constitucionalidade uma ofensa ao regime democrático, defendendo a subtração dos tribunais constitucionais e valorização do protagonismo popular e de seus representantes eleitos na tarefa de interpretar a constituição. Desse modo, o ativismo judicial seria inaceitável, pois as escolhas políticas e morais devem ser decididas pela sociedade contemporânea e pelo parlamento.

No entanto, existem pensamentos teóricos que legitimam democraticamente o *judicial review* e, nessa perspectiva, apresentam argumentos importantes para justificar o ativismo judicial.

A teoria substancialista sustenta que o Poder Judiciário pode adentrar ao próprio mérito do resultado do processo político, por sua vez, a teoria procedimentalista propõe uma deferência judicial à deliberação resultante do processo político, mas com a possível atuação para correção dos pressupostos de funcionamento da democracia.

Desse modo, os fundamentos da teoria substancialista redundam em argumentos favoráveis a um ativismo judicial mais acentuado, enquanto os da teoria procedimentalista justificam um ativismo judicial mais moderado.

O ativismo judicial, portanto, estaria justificado com uma releitura do próprio regime democrático, não meramente como uma vontade da maioria, mas por meio de uma interpretação axiológica dos princípios constitucionais que consubstanciam direitos fundamentais.

A situação de grande deferência do Supremo Tribunal Federal aos atos do Poder Legislativo e Executivo começa a ser alterada a partir dos anos 2000, com uma atuação visivelmente mais ativa no quadro político nacional em diversos julgamentos.

Na realidade da Constituição Federal de 1988, com diversos direitos fundamentais, inclusive sociais e transindividuais, acrescido da realidade de extrema desigualdade social, denotam a necessidade de uma abordagem substancialista do controle judicial de constitucionalidade, incentivando uma postura mais ativa do Poder Judiciário para interferir nas questões políticas.

Diversas são as decisões do Supremo Tribunal Federal que demonstram seu crescente ativismo judicial, a saber : ADPF n. 45, que admitiu a possibilidade da intervenção judicial em políticas públicas, em especial saúde pública; MI 670, 708 e 712, nas quais reconheceu o direito de greve do servidor público utilizando, por analogia, enquanto não promulgada a lei específica, a lei geral de greve dos empregados; ADC nº 12 impediu que os parentes de servidores

investidos em cargos de direção e assessoramento no âmbito dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo possam ser nomeados para cargo em comissão ou função de confiança; ADPF n. 132/RJ e ADI 4227/DF na qual reconheceu a equiparação jurídica entre a união estável homoafetiva e a heteroafetiva; ADPF nº 54 que autorizou a prática de aborto em feto anencéfalo; RE 635.659 que reconheceu a inconstitucionalidade do art. 28, da Lei n. 11.343.06, e, por conseguinte, descriminalizou o porte de maconha para uso pessoal.

Ainda que a ocorra o ativismo judicial em Portugal, sua intensidade é menor que no Brasil, em razão de uma competência maior do STF, com maior número de ações de controle concentrado, da acentuada desigualdade social brasileira e de uma formação partidária mais consistente em Portugal.

Em 2010, em processo de fiscalização abstrata preventiva, o Tribunal Constitucional (Acórdão 121/2010) reconheceu a constitucionalidade do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Acerca do direito ao aborto, o TC manifestou-se, desde 1984, cinco vezes pela constitucionalidade de reformas legislativas. Em 1984 (Acórdão nº 25/84) e 1985 (Acórdão nº 85/85), o TC corroborou a proibição da penalização do aborto. Em 1998 (Acórdão 288/98) e 2006 (Acórdão 617/2006) reconheceu a constitucionalidade das alterações legislativas mediante modelos de prazo realizadas por meio de referendos. Por fim, em 2010 (Acórdão 75/2010), reconheceu a constitucionalidade da Lei Sobre a Interrupção Voluntária da Gravidez, de 2007, que permitiu a mulher o direito ao aborto até a décima semana de gestação, acolhendo o aconselhamento não dissuasivo.

O Tribunal Constitucional, entre os anos de 2010 a 2014, realizou o controle de constitucionalidade de diversos atos normativos referentes a um Programa de Austeridade Fiscal com a finalidade buscar um equilíbrio orçamentário em face da crise financeira que assolou o mundo, e em especial Portugal a partir de 2008, mas que desrespeitava dispositivos constitucionais. Inicialmente, em 2011, o Tribunal Constitucional (Acórdão 396/2011) adotou uma medida de autocontenção, por meio da técnica de ponderação de princípios, reconhecendo a constitucionalidade das normas com fundamento em um suposto de estado de exceção financeira e acolhendo a opção política do legislador para atender o período de emergência, contudo, no Acórdão 353/2012, o Tribunal Constitucional indicou um processo de alteração do seu entendimento advertindo o legislador que as normas inconstitucionais deveriam ser transitórias, sendo que a partir de 2013, com o Acórdão 187/2013, o Tribunal Constitucional passou a julgar inconstitucionais as normas que restringiam os direitos sociais dos agentes públicos, em especial suspensão das férias e tributação de auxílio doença e auxílio-desemprego.

O ativismo judicial que se desenvolveu no Brasil a partir do ano 2000 também se estendeu na seara eleitoral, aliás, uma das primeiras decisões ativistas do Supremo Tribunal

Federal foi na questão eleitoral, em 2002, ao determinar a “verticalização das coligações”. Em 2004, o TSE reconheceu a união estável homoafetiva ao declarar inelegível a companheira da Prefeita reeleita do município de Viseu, no Estado do Pará, sete anos antes do STF fazê-lo.

O protagonismo do Poder Judiciário na questão eleitoral nos últimos anos configura, inicialmente, uma judicialização da política em sentido amplo (pois não se trata de política pública em sentido estrito) mas por conformação do próprio texto constitucional, ao estabelecer a Justiça Eleitoral, com um tribunal de superposição como o Tribunal Superior Eleitoral, e da legislação ordinária em estabelecer vários instrumentos processuais para questionar a legitimidade das candidaturas e do pleito eleitoral em face do abuso do poder político e econômico.

Nada obstante, ainda que esses pressupostos sejam fundamentais para o ativismo judicial eleitoral, uma das principais razões para que ele ocorra é a crise na representativa política brasileira, na qual as questões de interesse da sociedade não encontram ressonância nos partidos políticos, que não têm interesse em realizar uma alteração do sistema político porque são beneficiados por ele.

A crise do modelo representativo brasileiro conduz inexoravelmente à necessidade de profunda alteração do nosso sistema político-eleitoral. No entanto, é evidente que os mandatários políticos eleitos por meio desse sistema eleitoral não têm qualquer pretensão em alterá-lo, mas, pelo contrário, a vontade deles é em perpetuá-lo.

Assim, as recentes alterações mais profundas no sistema político-eleitoral brasileiro foram conduzidas diretamente pelo próprio cidadão, por meio de leis de iniciativa popular, e pelo Poder Judiciário, principalmente através do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral.

Nessas situações de ativismo judicial eleitoral, o Supremo Tribunal Federal promoveu mudanças estruturais no sistema jurídico eleitoral brasileiro, substituindo o legislador em razão de desconfiar que os parlamentares não tenham a pretensão de reformular as normas políticas pelas quais foram eleitos e, portanto que lhes favorecem.

Contudo, no ativismo judicial eleitoral, a discussão sobre a sua legitimidade é ainda mais sensível, pois, nesse campo, o Poder Judiciário inovaria ingressando nos pressupostos, na aquisição, desenvolvimento, suspensão e perda dos direitos políticos fundamentais (direito de votar e ser votado).

Assim, a abordagem procedimentalista, que configura um ativismo judicial mais moderado, mostra-se a mais justificada e explicaria melhor as decisões do Supremo Tribunal Federal na seara eleitoral. Nessa perspectiva, cumpre ao Poder Judiciário respeitar as regras eleitorais advindas das instâncias políticas majoritárias, salvo quando se justificaria uma

atuação judicial mais ativa com a finalidade de desobstruir os canais democráticos e proteção de minorias insuficientemente representadas politicamente, pois estaria atuando na própria preservação da democracia.

O Tribunal Superior Eleitoral, em 26.02.2002, determinou a obrigatoriedade de congruência entre as coligações de âmbito nacional/federal (Presidente da República) com as coligações de âmbito estadual (Governador do Estado), o que se passou a denominar na doutrina de “verticalização das coligações” ou “verticalização das eleições”.

Os Ministros do TSE compreenderam que os partidos têm autonomia assegurada no art. 17, *caput*, da CF/88, para definir sua estrutura interna, organização e composição em coligação eleitoral, contudo, essa autonomia não é absoluta para contrariar a regra estabelecida no art. 6º, da Lei 9.504/97.

Ao julgar a constitucionalidade dessa norma, o STF embora não tenha conhecido das ações de inconstitucionalidade propostas, aquiesceu com a modificação normativa e, portanto, a verticalização das coligações vigorou para as Eleições de 2002.

No ativismo judicial eleitoral referente à “verticalização das coligações” é possível constatar que o TSE e o STF adotaram explícita postura diversa da vontade dos atores políticos sem norma expressa na constituição e com a finalidade de fortalecer os partidos políticos e seus programas, afastando o mau vazo nacional dos eleitores em escolhas na pessoa do candidato sendo irrelevante o partido político e, por conseguinte, prestigiando o regime democrático.

A decisão de “verticalização das coligações”, ao determinar uma homogeneidade das coligações majoritárias nacionais e estaduais, obriga aos partidos buscar uma identidade na realização das coligações e propicia ao eleitor uma maior compreensão das plataformas políticas partidárias em disputa.

Assim, o ativismo judicial eleitoral que estabeleceu a “verticalização das coligações” desobstruiu esse canal legal democrático que impede uma unidade partidária nacional, dificulta ao eleitor a compreensão da plataforma política das agremiações, favorece a personalização do pleito em face do aprimoramento do debate das propostas dos partidos políticos e propicia a corrupção não apenas no período eleitoral mas quando da futura execução do mandato político.

A insatisfação da classe política com as decisões do TSE e do STF ficou evidente com a aprovação pelo Congresso Nacional, em 25.01.2006, da Emenda Constitucional n. 52/06, que encerrou com a “verticalização das coligações”, ao dar nova redação ao art. 17, parágrafo 1º, da CF/88, restabelecendo a ampla liberdade de coligação partidária sem qualquer vinculação entre as candidaturas de âmbito nacional, estadual ou municipal.

Em 2007, Tribunal Superior Eleitoral, ao responder à Consulta n. 1.398/DF, por meio da Resolução n. 22.526/2007, determinou a fidelidade partidária, de tal forma que o candidato que

mudasse de partido pelo qual foi eleito perderia a vaga para a agremiação partidária, vedando o transfuguismo partidário ou troca-troca de partidos pelos políticos eleitos que sempre marcou a realidade política brasileira.

A questão foi encaminhada ao Supremo Tribunal Federal que, ao julgar os MS 26.602, 26.603 e 26.604, em 04.10.2007, ratificou o entendimento do TSE acerca da fidelidade partidária com uma evidente decisão ativista, pois, diversamente da Constituição de 1969, a atual Constituição de 1988 explicitamente não estabeleceu a perda do mandato do parlamentar que abandonasse o partido pelo qual foi eleito.

A legislação infraconstitucional, em especial a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, a Lei 9.096/95, também não impõe a sanção da perda de mandato por infidelidade partidária, e em redação semelhante ao texto constitucional, apenas determina, em seu art. 15, V, que o Estatuto do partido deverá dispor normas sobre fidelidade partidária.

Assim, as decisões de 2007 do TSE e do STF, evolutiva da jurisprudência até então consolidada, que estabeleceram a fidelidade partidária, sem fundamento explícito no ordenamento jurídico nacional, denotam flagrante ativismo judicial para intervir no processo político-eleitoral brasileiro ao afastar o vício do transfuguismo partidário, que de outra forma não seria implementada pelas vias legislativas normais pois os próprios parlamentares eram beneficiários diretos dessa patologia.

A filiação partidária como condição de elegibilidade, acrescida ao sistema proporcional centrado no quociente partidário obtido pela agremiação, demonstra que a fidelidade partidária é imprescindível para higidez do sistema eleitoral brasileiro, sendo insustentável que um deputado federal peça sua desfiliação do partido pelo qual foi eleito tão logo assuma o seu mandato eletivo.

Desse modo, as decisões ativistas do TSE e do STF que estabeleceram a perda do mandato parlamentar por infidelidade partidária desobstruíram o canal da democracia brasileira que admitia o vício do transfuguismo partidário, enfraquecia os partidos políticos, mitigava a oposição parlamentar e favorecia a corrupção.

No Brasil, durante muito tempo, não houve qualquer regulação normativa acerca do financiamento de campanhas eleitorais, sendo elas custeadas por recursos privados provenientes de pessoas físicas e jurídicas sem qualquer controle pela Justiça Eleitoral.

A Constituição Federal de 1988, apesar de haver disciplinado o Fundo Partidário, manteve-se indiferente acerca do disciplinamento da utilização de recursos privados nas campanhas eleitorais. Apenas com a Lei n. 8.713, de 30.09.1993, começou a existir um regramento acerca da participação dos recursos privados nas eleições.

Assim, o modelo adotado pelo Brasil foi o misto, com os recursos públicos e privados. Todavia, em 2011, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, na qual pretendia precipuamente a proibição do financiamento de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais.

O STF, em 17.09.2017, julgou inconstitucional a doação eleitoral por pessoas jurídicas para campanhas eleitorais, com fundamento nos princípios constitucionais da democracia e da República (art.1º, caput, e parágrafo único, da CF) e da igualdade política (arts. 5º, caput, e 14, caput, da CF).

É evidente o ativismo judicial eleitoral, pois inexistia regra específica na Constituição de 1988 proibindo o financiamento eleitoral por empresas, e, por outro lado, a legislação infraconstitucional, desde a Lei n. 8.713/93 expressamente admitia a doação eleitoral por pessoa jurídica e, antes disso, não proibia expressamente, o que na prática redundava na participação das empresas no financiamento das campanhas.

Assim, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional norma legal que admitia a doação de pessoas jurídicas há quase vinte anos, sem norma constitucional expressa estabelecendo essa vedação, valendo-se de uma interpretação extensiva de princípios constitucionais.

No Brasil existe um nítido paradoxo em ser um país em desenvolvimento, com extremas desigualdades sociais e econômicas, mas ter umas das campanhas eleitorais mais caras do mundo, custeada em sua maioria por empresas, desequilibrando, por conseguinte, a disputa entre os candidatos.

Também constitui evidente ofensa à liberdade do eleitor, pois, com maior concentração de recursos de uma campanha em relação a outra, o eleitor tem a tendência de conferir seu voto aos candidatos com mais gastos de publicidade e marketing político.

Competiria aos parlamentares, portanto, promoverem uma mudança na legislação eleitoral, afastando essa fonte de interferência externa do poder econômico no exercício da democracia, todavia, interessados diretamente na manutenção dessa forma de financiamento das campanhas, pois foram eleitos por ela, não levaram a cabo essa modificação legal.

Desse modo, mostrou-se necessário o ativismo judicial do STF para desobstruir esse canal da democracia brasileira, pois não foi e nem seria desencadeada pelo Congresso Nacional. Nessa perspectiva, a atuação do STF mostrou-se legítima e não pode ser reputada de antidemocrática porque, ao revés, favoreceu o regular funcionamento do sistema democrático brasileiro.

Ainda que ocorra o ativismo judicial eleitoral em Portugal, ele é evidentemente menos acentuado que no Brasil, pela configuração da Justiça Eleitoral brasileira de exercer

concomitantemente a função administrativa e de contencioso eleitoral, da função consultiva que ocorre apenas no Brasil, na proliferação, ao longo dos anos, de regulamentos pela Justiça Eleitoral brasileira, muitos dos quais além dos limites legais, da quantidade bastante inferior de demandas eleitorais em Portugal e da formação mais consolidada das agremiações partidárias em Portugal.

O Procurador-Geral da República requereu ao Tribunal Constitucional de Portugal, em 1991, a extinção do “Movimento de Ação Nacional” (MAN), criado em 1985, com fundamento no art. Art. 46º, nº 4, da CRP, por se tratar de uma “organização que perfilha a ideologia fascista”, com a utilização de vários símbolos como cruces célticas, suástica e saudações de braço em alto, tendo como objetivo destituir o regime político-constitucional português e instaurar o Estado Nacionalista.

O TC considerou o MAN uma organização fascista oposta à democracia política, sendo que do decorrer do processo ela foi extinta.

A Lei Orgânica nº 3/2006 estabelece que as listas para a Assembleia da República, para o Parlamento Português e para as autarquias locais sejam compostas a assegurar a representação mínima de 33% de cada um dos sexos.

O TC, no Acórdão 509/2006, reconheceu a constitucionalidade da lei ao fundamento de que a restrição à liberdade dos partidos políticos seria justificável para atender o princípio constitucional da igualdade, pois a finalidade legal é propiciar uma maior participação feminina na política, historicamente alijadas do ambiente político.

A Lei orgânica nº 1/2019, aumentou o percentual da quota mínima de representação de ambos os sexos para 40% e mais uma vez o Tribunal Constitucional foi provocado e manifestou-se pela constitucionalidade do aumento da quota de gênero, no Acórdão nº 174/2019, entendendo que o percentual de 40% é constitucional e proporcional reforçando o compromisso da igualdade de gênero na política.

É indiscutível que o ativismo judicial eleitoral tem contribuído para o desobstruir os canais da democracia brasileira e portuguesa, realizando as reformas necessárias ao sistema político-eleitoral. Contudo, há que se reconhecer que além de ser praticado com cautela, pois recai sobre os fundamentos do processo político, devendo prevalecer, em geral, as deliberações realizadas pelo Poder Legislativo, existem limites para o ativismo judicial eleitoral.

Um meio importante para democratizar o ativismo eleitoral, possibilitando uma maior participação da sociedade na construção da decisão judicial nos tribunais constitucionais, é a realização de audiências públicas e da participação do *amicus curiae* nos processos judiciais.

No Brasil, a Lei n. 9.868/99, em seu art. 9.º, parágrafo 1.º, preceitua a possibilidade da realização de audiências públicas e na participação do *amicus curiae* nos processos de controle de constitucionalidade abstrato perante o Supremo Tribunal Federal.

Não há, em Portugal, regulação da matéria semelhante ao Brasil, contudo, existe, mas não de forma tão ampla, a possibilidade de participação do *amicus curiae* nos processos judiciais.

No ativismo judicial eleitoral brasileiro, as audiências públicas com a participação de especialistas, acadêmicos e da sociedade civil organizada, foram utilizadas no caso do financiamento de campanhas eleitorais por empresas (em junho de 2013) e no caso das candidaturas eleitorais avulsas (dezembro de 2019).

Na concepção tradicional, as divergências acerca da interpretação das questões constitucionais (principalmente nos denominados “hard cases”) são decididas definitivamente pelo Tribunal Constitucional que dispõe do poder da última palavra.

É certo que no desenho constitucional brasileiro o Supremo Tribunal Federal tem a função precípua da guarda da constituição, competindo a ele a palavra final naquele processo judicial de controle abstrato ou concreto, decidindo de maneira definitiva aquela rodada jurídica, mas não promove com isso o fim do desacordo social e do debate político da questão.

Na seara do ativismo judicial eleitoral brasileiro, a decisão do Supremo Tribunal Federal que estabeleceu a “verticalização das coligações”, em 2022, foi “revertida” pelo Congresso Nacional por meio de Emenda Constitucional n. 52/2006, possibilitando a ampla liberdade de coligação entre as eleições estaduais e para Presidente da República.

Depreende-se, desse modo, que é ilusória em uma democracia que o Poder Judiciário detenha a “última palavra”, aliás, talvez a própria ideia de uma última palavra de uma questão constitucional em um ambiente democrático seja um mito, pois ela sempre será provisória, ainda que possa ter certa duração.

Afora essas situações, ocorre a possibilidade da existência de diálogos entre o Tribunal Constitucional e os demais Poderes do Estado, mitigando a rigidez da declaração de inconstitucionalidade de uma norma a fim de que a demanda constitucional seja resolvida politicamente pelas vias democráticas ordinárias, por meio de concessões recíprocas.

Na seara do ativismo eleitoral brasileiro, ocorreu uma situação de diálogo institucional entre o STF e o Congresso Nacional com a recepção no ordenamento jurídico da decisão do STF que estabeleceu a fidelidade partidária (2007), com a promulgação da Lei n. 13.165/2015. Nessa hipótese, o ativismo judicial eleitoral foi acolhido normativamente pelo Congresso Nacional.

Esse diálogo institucional fica mais evidente quando o Congresso Nacional aprovou a EC n. 91/2016, flexibilizando a rigidez da decisão do STF e criando a denominada “janela partidária”, na qual os Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores poderão mudar de partido, sem perder o mandato político, nos trinta dias que antecedem o prazo final de filiação partidária em ano eleitoral.

Também é exemplo de diálogo institucional – muito mais fortalecido porque contou com a democracia participativa – a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal julgando improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 144, que, posteriormente, levou a um projeto de iniciativa popular que resultou na Lei Complementar n. 135/09, a denominada Lei da Ficha Limpa.

Uma situação, todavia, em que o diálogo institucional, ainda que informal, desenvolveu-se de uma forma ainda mais evidente, foi com a proibição de qualquer coligação nas eleições proporcionais.

O Supremo Tribunal Federal já sinalizava a incongruência das coligações nas eleições proporcionais no sistema eleitoral brasileiro de tal forma que, em maio de 2017, em uma reunião em seu gabinete no TSE com vinte e nove Deputados Federais que integravam a Comissão de Reforma Política da Câmara dos Deputados, o Ministro do STF Gilmar Mendes fez um ultimato ao Congresso Nacional ao declarar que se não fosse realizada o STF utilizaria do ativismo judicial.

Compreendendo a mensagem do ministro, o Congresso Nacional resolveu aprovar, poucos meses depois, a Emenda Constitucional n. 97/2017, proibindo as coligações entre os partidos nas eleições proporcionais, contudo, fruto desse diálogo institucional, houve a mitigação dessa regra com criação da “federação de partidos”, por meio da Lei n. 14.208/2021, na qual elas poderiam ser formadas como se fosse um partido único durante quatro anos, incentivando, inclusive, posterior fusão entre esses partidos que constituem a federação.

No ativismo judicial eleitoral é imprescindível que a interpretação constitucional desenvolvida, principalmente aquela decorrente dos princípios constitucionais, não recaia em um voluntarismo do Tribunal Constitucional.

Destarte, ainda que o Poder Judiciário desempenhe um papel de maior relevo nessa quadra da história, com isso não se quer afirmar que ele se encontra desvinculado do direito, livre para decidir segundo sua vontade pessoal, pois isso se configuraria antidemocrático.

Assim, no ativismo judicial eleitoral, ainda que se fundamente na interpretação dos princípios constitucionais, com a utilização de padrões morais e sociais inerentes à história política da sociedade brasileira, não pode prescindir de sua juridicidade e muito menos exprimir a vontade pessoal do julgador.

Se o constitucionalismo do pós-guerra resultou na reaproximação do Direito com a Moral por meio dos princípios constitucionais que passam a ser dotados de normatividade, não menos certo é que seu uso excessivo e abusivo leva a um desrespeito das regras de natureza constitucional.

No ativismo judicial eleitoral, portanto, a aplicação de um princípio constitucional não pode afastar a incidência de uma regra também de natureza constitucional, ainda mais quando se trata de um direito fundamental.

Fruto de um projeto de iniciativa popular, a Lei Complementar n. 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, estabeleceu novos casos de inelegibilidades em relação à vida pregressa dos candidatos, aumentou os prazos de inelegibilidades e mitigou a exigência de trânsito em julgado para a sua aplicação.

Formulada a Consulta n. 1147/2010, o Tribunal Superior Eleitoral respondeu que os novos casos de inelegibilidades descritos na Lei da Ficha Limpa deveriam ser aplicados ainda que os fatos ocorreram antes da sua promulgação.

Objeto de questionamento o STF considerou que inelegibilidade seria o “requisito negativo” na qual o cidadão não deve incidir para concorrer a mandato eletivo, não se confundindo com sanção ou pena.

No entanto, existem duas formas de inelegibilidade, a saber: a) a inelegibilidade originária ou inata, que configura uma situação fática legal que não se correlaciona com a prática de qualquer ato ilícito; b) a inelegibilidade sanção ou cominada, que advém da ocorrência de ato ilícito estabelecido no ordenamento jurídico.

Nenhuma das inelegibilidades descritas na Lei da Ficha Limpa é inata, ao contrário, todas são inelegibilidades sanção, porque derivam de efeitos da prática de atos descritos na lei como ilícitos. Daí porque não se sustenta a tese do STF da qual as inelegibilidades não teriam caráter punitivo.

A partir desse pressuposto de fundamentação de não considerar a inelegibilidade uma sanção, decorreu, erroneamente, a análise do STF acerca da constitucionalidade da aplicação retroativa da Lei da Ficha Limpa, conforme disciplina o art. 5º, XXXVI, CF/88, *verbis*: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Diversamente do que decidiu o STF, se quando o cidadão praticou o ato que apenas futuramente a nova Lei da Ficha Limpa veio atribuir a sanção da inelegibilidade, a sua expectativa era de ser candidato, pois essa situação não estava sequer prevista.

Desse modo, o Congresso Nacional, mesmo com uma lei fruto da democracia participativa, extrapolou os “limites dos limites” na restrição ao direito político fundamental de

ser candidato, ao determinar sua aplicabilidade retroativa, ainda que, para prestigiar o princípio da moralidade, com esteio no art. 14, parágrafo 9º, da Constituição Federal de 1988.

Cumpriria, nessa situação, o STF ter adotado sua função contramajoritária em proteção aos direitos fundamentais. Todavia, ao prestigiar a vontade da maioria, com fundamento no princípio da moralidade, realizou evidente ativismo judicial que afrontou direito fundamental expresso no texto constitucional. Portanto, desrespeitando seus limites, o STF realizou um ativismo judicial eleitoral equivocado que desatendeu direito fundamental fruto da vontade democrática do povo.

Atualmente, o STF analisa a possibilidade de candidatos concorrerem às eleições sem se encontrar filiado a partido político, a denominada “candidatura avulsa”, sob o fundamento de ofensa ao art. 1.º, II, III, V, art. 4.º, II e 5.º, XX e parágrafos 1.º e 2.º da Constituição Federal de 1988.

Suscita-se, ainda, que o Pacto de São José da Costa Rica (Decreto n. 678/1992), de natureza supralegal, rejeitaria a existência de condição de elegibilidade que não se fundamente em “motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação criminal”.

De fato, os argumentos de constitucionalidade apresentados na ação são quase todos de natureza principiológica (cidadania, dignidade da pessoa humana, pluralismo político, prevalência dos direitos humanos e proibição de obrigatoriedade de se associar ou permanecer associado), em contrariedade a regra constitucional expressa estabelecida no art. 14, parágrafo 3º, V, da CF/88, que exige como condição de elegibilidade que o candidato seja filiado à partido político.

Ora, ainda que a possibilidade de candidatura avulsa prevaleça na legislação eleitoral na maioria dos países e seja uma medida capaz de aprimorar o sistema político brasileiro, ela não pode ser implementada mediante o ativismo judicial porque desrespeita regra constitucional específica, qual seja: a necessidade de filiação partidária para concorrer a mandato eletivo (art. 14, parágrafo 3º, V, da CF/88)

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 45, parágrafo 1.º, disciplina que o número total de Deputados por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, na margem entre oito e setenta Deputados.

Esse critério, matematicamente, causa profunda desproporção na distribuição do número de Deputados Federais entre os Estados da Federação no Brasil e, por conseguinte, no peso do voto do eleitor brasileiro na formação da Câmara dos Deputados de acordo com o Estado em que vota. A título de exemplo, enquanto o Estado de Roraima tem 636.707 habitantes em 2022, segundo o IBGE, e elege 8 deputados federais, São Paulo tem 46.649.132 habitantes e elege 70

deputados federais, ou seja, em tese, o “peso do voto” do eleitor de Roraima equivaleria oito vezes do eleitor paulista.

Nada obstante essa distorção matemática, não poderia o ativismo judicial eleitoral, sob o argumento de aprimorar o regime democrático, em prestígio ao princípio da proporcionalidade, modificar esses limites, pois fruto do critério estabelecida pela própria constituição, por regra específica, para equilibrar o federalismo brasileiro.

Situação diversa, contudo, é que, apesar dos sucessivos censos populacionais realizados pelo Brasil, desde 1993 não é atualizada a distribuição das vagas de Deputados Federais pela edição de uma lei complementar pelo Congresso Nacional.

Desse modo, vendo sendo desobedecida a regra constitucional em razão da ausência de atualização do número da população por estado, levando a uma sub-representação de alguns estados e uma super-representação de outros.

Suscitada essa questão no STF, ele valeu-se de um diálogo institucional com o Congresso Nacional, inicialmente invalidando o ativismo judicial eleitoral do TSE, e depois adotando uma espécie de apelo ao legislador para que seja criada a lei com prazo determinado sob pena do TSE fazê-lo diretamente por meio do ativismo eleitoral.

A Constituição da República, com fundamento na separação entre o Estado e a religião, determina, no art. 152º, número 1, “e”, a inelegibilidade do ministro de qualquer religião ou culto.

Desse modo, ainda que para prestigiar o princípio democrático, não seria admitido o ativismo judicial eleitoral em Portugal para possibilitar a candidatura de ministro religioso, em razão de regra específica no texto constitucional português.

Aliás, o próprio Tribunal Constitucional português já enfrentou a questão no registro de candidatura de sacerdote católico e pároco da Ribeira Seca para a um cargo autárquico nessa jurisdição (Acórdão n. 187/84) no qual foi indeferido seu pedido.

Portanto, agiu com acerto o Tribunal Constitucional ao prestigiar regra explícita da Constituição da República de Portugal. Importante apontar que, diversamente, não existe a inelegibilidade de ministro religioso no Brasil.

A atuação argumentativa ativista do Supremo Tribunal Federal no Brasil e do Tribunal Constitucional em Portugal tem sido fundamental para o aprimoramento do regime democrático nesses países, contudo, além de possuir limites estabelecidos no próprio texto constitucional e sujeita a críticas da sociedade e da academia como meio de reflexão da legitimidade de suas decisões, devem estar cientes que essa tarefa deliberativa deve ser levada a cabo prioritariamente pelo povo e seus representantes eleitos.

A democracia deliberativa com a participação da sociedade civil organizada é fundamental para conduzir a reforma política tão necessária para aperfeiçoar a democracia.

Assim, o STF, no Brasil, e TC, em Portugal, deixaram de ser meros expectadores da vida política para se transformarem por meio do ativismo judicial eleitoral, na atual quadra de nossa história, em instituições indispensáveis para promoverem a democracia na construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce - **A nova separação de poderes**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2013. ISBN: 978-85-375-0521-2.

AIETA, Vânia Siciliano - Democracia. *In* Barreto, Vicente de Paulo - **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. ISBN: 85-7431-266-5. p. 190-195.

ALEXY, Robert - **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. ISBN: 978-85-7827-163-3.

ALEXY, Robert - **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2005. ISBN: 85-7629-035-9.

ALEXY, Robert - **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. ISBN: 978-85-7420-872-5.

AMADO, Maria Elisa Padre Ataíde Ribeiro - **O contencioso eleitoral no Direito Português**. *In* Comissão Nacional de Eleições. Lisboa, 1994. Disponível em: [http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/trabalho\\_contencioso\\_eleitoral.pdf](http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/trabalho_contencioso_eleitoral.pdf). [Consult. 28-08-2024].

ARAGÓN, Manuel - Derecho electoral: sufragio activo y passivo. *In* Nohlen, Dieter - **El contencioso y la jurisprudencia electorales em derecho comparado: un estudio sobre ventiún países de América y Europa**. Mexico: Tribunal Electoral del Poder Juudicial de La Federación, 2006. ISBN: 978-97-0671-236-3. p. 178-179.

BARCELLOS, Ana Paula de - Ativismo Judicial e o Dia Seguinte. Promoção Real dos Direitos? Outra perspectiva a considerar. *In* Toledo, Claudia - **Atual Judiciário: Ativismo ou Atitude**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. ISBN: 978-65-5518-270-5. p. 275-291.

BARROS, Manuel Freire - **Conceito e Natureza Jurídica do Recurso Contencioso Eleitoral: Contributo para o Estudo do Contencioso Eleitoral**. 1ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1998. ISBN: 978-97-2401-138-7.

BARROSO, Luís Roberto - **A judicialização da vida e o papel do STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. ISBN: 978-85-450-0404-2.

BARROSO, Luís Roberto - A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. *In* Sarmento, Daniel - **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. ISBN: 978-85-309-6381-1. p. 3-34.

BARROSO, Luís Roberto – **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN: 978-85-02-07279-4

BARROSO, Luís Roberto – **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Brasília, 2009. Disponível em: <https://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. [Consult. 28-08-2024].

BERLIN, Isaiah – **Pluralismo e dois conceitos de liberdade**. São Paulo: É realizações, 2023. ISBN: 978-85-8033-416-6

BICKEL, Alexander M. - **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2ª ed. United States of America: Yale University Press, 1986. ISBN: 978-03-000-3299-4.

BOBBIO, Norberto - **Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000. ISBN: 978-85-352-0646-3.

BOBBIO, Norberto - **Igualdade e Liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. ISBN: 85-00-33193-3.

BOBBIO, Norberto - **O Futuro da Democracia**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. ISBN: 85-219-0007-9

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - Em busca de um conceito fugido - o ativismo judicial. *In* Fellet, André Luiz Fernandes; Paula, Daniel Giotti de; Novelino, Marcelo (orgs.) - **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. ISBN: 978-85-776-1442-4. p. 387-402.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 38**. (28 Ago. 2023). [Consult. 11 Fev. 2024] Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15361728610&ext=.pdf>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2628**. (18 Abr. 2002). Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/774763/inteiro-teor-100490913>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578**. (16 Fev. 2012). Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=200495&ori=1>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650**. (17 Set. 2015) <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4136819>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Ação Penal nº 470**. (15 Nov. 2012). [Consul. 12 Abr. 2023]. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ap470votominlf.pdf>.

BRASIL. **Mandado de Segurança nº 26.602** (04 Set. 2007). [Consul. 12 Abr. 2023]. [Consul. 12 Abr. 2023]. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/2928434>

CAETANO, Marcello - **Constituições Portuguesas**. 6ª ed. Lisboa: Verbo, 1994. ISBN: 978-97-222-0132-2.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 60 (2016), p. 59-117. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272603/Book\\_RMP\\_60.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272603/Book_RMP_60.pdf) >. [Consult. em 28-08-2024]. ISSN: 1413-3873.

CÂNDIDO, José Joel - **Direito Eleitoral Brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Edipro, 1996. ISBN: 85-7283-001-6.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. ISBN: 972-40-1069-4.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Os Métodos do Achamento Político. In CANOTILHO, J. J. Gomes [et al] - **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN: 978-85-022-1262-6. p. 45-51.

CAPPELLETTI, Mauro - **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado** [trad. do italiano]. Porto Alegre: S.A. Fabris Editor, 1984. ISBN: 978-85-752-5140-6.

CAPPELLETTI, Mauro - **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: S.A. Fabris Editor, 1999. ISBN: 978-85-882-7828-8.

CARBONELL, Manuel - Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina. **Revista De Derecho Público**. n.º 73 (2010), p. 23-38. Disponível em: <https://doi.org/10.5354/rdpu.v0i73.35626>. [Consult. em 27-12-2024].

CARNEIRO, Cláudio - A jurisprudência de crise a justiça social perante as cortes constitucionais do Brasil e de Portugal. In Rosário, Pedro Trovão do [et al] - **Direito Constitucional Luso e Brasileiro na Contemporaneidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2019. ISBN: 978-85-362-8552-8. p. 195.

CARVALHO, José Murilo de - **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. ISBN: 852-00-0565-9.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de - **Direito Administrativo**. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009. ISBN: 978-85-776-1183-6.

CATTONI, Marcelo Andrade - **Direito, Política e Filosofia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. ISBN: 978-85-375-0149-8.

COELHO, Inocêncio Mártires - Ativismo judicial ou criação judicial do direito. *In* Fellet, André Luiz Fernandes; Paula, Daniel Giotti de; Novelino, Marcelo (orgs.) - **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. ISBN: 978-85-776-1442-4. p. 475-498.

COELHO, Margarete de Castro - **A Democracia na Encruzilhada: Reflexões acerca da legitimidade democrática da Justiça Eleitoral Brasileira para a cassação de mandatos eletivos**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. ISBN: 978-85-450-0056-3.

COLÔMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. **Sentencia C-141 de 2010**. [Consult. 1 Abr. 2023]. Disponível em <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>.

CONEGLIAN, Olivar. A Justiça Eleitoral: O Poder Executivo das Eleições, uma Justiça Diferente. *In* Teixeira, Sálvio de Figueiredo - **Direito Eleitoral Contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. ISBN 85-7308-636-X, p. 57-75.

CONSTANT, Benjamin - Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos - Discurso pronunciado no Athénée Royal de Paris, 1819 [trad. do francês]. *In* Gauchet, Marcel - **Le Livre de Poche**. Paris: Collection Pluriel, 1980. Disponível em: [https://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant\\_liberdade.pdf](https://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf)>. [Consult. em 28-08-2024] p. 1-16.

CUNHA critica STF e pressiona Dilma a não vetar financiamento privado. Folha de São Paulo On Line. (21 Nov 2015). [Cons. 30 out 2024]. Disponível em <https://m.folha.uol.com.br/poder/2015/09/1684457-cunha-critica-stf-e-pressiona-dilma-a-nao-vetar-financiamento-privado.shtml>

DAHL, Robert - La Democracia. **Postdata**. n. 10. (2004), Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Disponível em: [https://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1851-96012004000100002&lng=es&nrm=iso&tlng=es](https://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-96012004000100002&lng=es&nrm=iso&tlng=es). [Consult. em 28-08-2024]. ISSN: 1851-9601.

DALLARI, Dalmo de Abreu - **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva. 1996. ISBN: 85-02-02023-4.

DWORKIN, Ronald - **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. ISBN: 978-85-7827-837-3.

DWORKIN, Ronald - **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN: 85-3361513-2.

DWORKIN, Ronald - **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. ISBN: 978-85-336-2389-7.

DWORKIN, Ronald - **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. ISBN: 85-336-1220-6.

ELY, John Hart - **Democracia e Desconfiança**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. ISBN: 978-85-7827-156-5.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de - **La Constitucion como norma y el Tribunal Constitucional**. 3ª ed. Madri: Civitas, 1994. ISBN: 847-39-8203-7.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Bush v. Gore, 531 US 98 (2000). [Consult. 26 Abr. 2024]. Disponível em <https://www.supremecourt.gov/opinions/00pdf/00-949.pdf>.

FLEISCHER, David Verge - Os partidos políticos. In Avelar, Lúcia; Cintra, Antônio Octávio (orgs.) - **Sistema Político Brasileiro: Uma introdução**. São Paulo: UNESP, 2004. ISBN: 978-85-713-9542-8.

GARAPON, Antoine - **O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. ISBN: 978-9727710737.

GARGARELLA, ROBERTO - La concepcion de la democraia y la representación política: sobre dos déficits del sistema de frenos y contrapesos. In **IV Congresso Nacional de Ciência Política**. Buenos Aires, 1999. Disponível em: <https://saap.org.ar/congreso-vi.html>. [Consult. em 28-08-2024].

GILMAR diz que sem reforma política supremo deve proibir coligações. Agência Brasil. (03 Mai. 2017). [23 Abr. 2023]. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-05/gilmar-diz-que-sem-reforma-politica-supremo-deve-proibir-coligacoes>. [Consult. em 26-12-2024].

GOMES, José Jairo - **Direito Eleitoral**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. ISBN: 978-85-224-9005-9.

GOUVEIA, Jorge Bacelar - **Manual de Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN: 978-97-240-5413-1.

HABERMAS, Jürgen - **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. ISBN 85-282-0091-4.

HABERMAS, Jürgen - **Más allá del estado nacional**. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 1997. ISBN: 978-84-816-4144-8.

HABERMAS, Jürgen - Três Modelos Normativos de Democracia. **Lua Nova**, n.º 36-95 (1995), p. 39-53. Disponível em: <https://ria.ufrn.br/jspui/handle/123456789/2278>. [Consult. 28-08-2024]. ISSN: 1807-0175.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; e JAY, John - **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003. ISBN: 978-85-884-6632-6.

HÄBERLE, Peter - **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997. ISBN: 85-88278-55-3

HOBBS, Thomas. **Hobbes**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2005. ISBN: 85-13-01245-9

JARDIM, Torquato - **Introdução ao Direito Eleitoral Positivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1994. ISBN: xxXX

KLATT, Mathias - Levando os Direitos menos a Sério: uma análise estrutural da discricionariedade judicial. In Toledo, Claudia (coord.) - **Atual Judiciário: Ativismo ou Atitude**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. ISBN: 978-65-551-8270-5. p. 140.

KMIEC, Keenan D - The Origin and Current Meanings of Judicial Activismo. **California Law Review**, Vol. 92, n.º 5 (2004). p. 1441-1447. Disponível em:

<https://lawcat.berkeley.edu/record/1119359?v=pdf>. [Consult. em 28-08-2024]. ISSN: 1942-6542.

KOENER, Andrei - Ativismo Judicial?: Jurisprudência Constitucional e Política do STF pós 88. **Dossiê: 25 Anos da Constituição de 1988**. Novos Estudos CEBRAP. n.º 96 (2013). p. 69-85. Disponível em : <https://www.scielo.br/j/nec/a/f3KMkr8CHVjSCCGvqZdYfmk/>. [Consult. em 28-08-2024]. ISSN: 1980-5403.

LEAL, Vicente Nunes - **Coronelismo, Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1975. ISBN: 85-2950-031-8.

LEHOUCQ, Fabrice E. - Can Parties Police Themselves? Electoral Governance and Democratization. **International Political Science Review**, Vol. 23, n.º 1 (2002). p. 29-46. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0192512102023001002>. [Consult. em 28-08-2024]. ISSN: 1460-373X.

LEITE, Roberto Basile - **A Chave da Teoria do Direito de Habermas: Direitos Humanos e soberania popular**. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1998. ISBN: 978-857525-464-6.

LOCKE, John. **Locke**. São Paulo: Editora Nova Fronteira, 2005. ISBN 85-13-01239-4

LULA, Carlos Eduardo de Oliveira - **Direito Eleitoral**. 3ª ed. São Paulo: Imperium Editora, 2012. ISBN: 978-85-992-0241-8.

MAINWARING, Scott P. - **Sistemas Partidários em novas democracias: o caso do Brasil**. São Paulo: FGV Editora, 2001. ISBN: 978-85-280-0534-9.

MANGABEIRA, João - **Ruy, o Estadista da República**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1943.

MARCHETTI, Vítor - Governança Eleitoral: O Modelo Brasileiro de Justiça Eleitoral. **Revista de Ciências Sociais**, Vol. 51, n.º 4 (2008), p. 865-893. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582008000400003>. [Consult. em 28-08-2024]. ISSN: 0011-5258.

MARMOR, Andrei - **Interpretation and legal theory**. Oregon: Hart Publishing, 2005. ISBN: 978-18-411-3424-6.

MAUS, Ingeborg - O judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã” [trad. do alemão], Suhrkamp, 1989. *In Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife*, n. 11, 2000, p. 125. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7666563/mod\\_resource/content/1/MAUS\\_Ingeborg\\_O\\_Judiciario\\_como\\_Superego.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7666563/mod_resource/content/1/MAUS_Ingeborg_O_Judiciario_como_Superego.pdf). [Consult. Em 28-08-2024].

MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000. ISBN: 8574201448.

MELO, Carlos Ranulfo - **Migração Partidária na Câmara dos Deputados: causas, consequências e possíveis soluções**. São Paulo: Perseu Abreu, 2003. ISBN: 9788570414335

MELO, Rúrion Soares - Teorias Contemporâneas da Democracia. *In* Ramos, Flamarion Caldeira; Melo, Rúrion Soares; e Fratechi, Yara (orgs.) - **Manual de Filosofia Política**. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN: 978-85-021-5407-0. p. 285-310.

MENDES, Conrado Hübner - **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN: 978-85-021-2651-0

MENDES, Gilmar Ferreira - **Jurisdição Constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1998. ISBN: 85-02-01603-2.

MENDES, Fátima Abrantes; RODRIGUES, Ilda Maria Carvalho; SILVA, Nuno Santos e - Dez anos de deliberações da CNE – 1989/1998. *In Comissão Nacional de Eleições*, Lisboa, 1999. Disponível em: [https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/apoio\\_10anos.pdf](https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/apoio_10anos.pdf). [Consult. em 28-08-2024]. ISSN: 972-8438-00-2.

MICHELS, Vera Maria Nunes - **Direito Eleitoral**. 3<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. ISBN: 85-7348-324-5.

MIGUÉIS, Jorge - **Lei do Recenseamento Eleitoral**. Lisboa: Gráfica Almondina, 2002. Disponível em :[https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/lei\\_recenseamento.pdf](https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/lei_recenseamento.pdf). [Consult. em 28-08-2024].

MIRANDA, Jorge - Os Princípios Constitucionais Gerais do Direito Eleitoral Português. In Costa, Daniel Castro Gomes da [et al] - **Direito Eleitoral Comparado**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. ISBN: 978-85-450-0550-6. p. 13-26.

MIRANDA, Jorge. O direito eleitoral português. In **Revista de Informação Legislativa**, V. 32, n.º 126 (1995) p. 189-194. ISSN: 0034-835X/2596-0466. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496858>. [Consult. em 28-08-2024].

MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**. 2ª ed. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1336-2.

MIRANDA, Jorge - **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. ISBN: 85.309.1679-4.

MOHALLEM, Michael Freitas - Doação ou Investimento? Alternativas ao Financiamento Desigual de Campanhas Eleitorais. In Falcão, Joaquim (org.) - **Reforma Eleitoral no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. ISBN: 978-85-200-1276-5. p. 101-123.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu. Democracia Deliberativa. In Barreto, Vicente de Paulo (coord.) - **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. ISBN: 85-7431-266-5.

MONTESQUIEU, Charles de Fougères Baron de, - **O Espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1987. ISBN: 8502020110.

MORAIS, Carlos Blanco de - **Curso de Direito Constitucional**. Tomo 2, V. 2. Coimbra: Coimbra, 2014. ISBN: 978-97-232-2290-6.

MORAIS, Jorge Luíz Bolzan de - **Crise do estado, constituição e democracia política: a “realização” da ordem constitucional em países periféricos! 20 anos de constituição. Os direitos Humanos entre a Norma e a política**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

MOREIRA, Vital - O Futuro da Constituição. *In* Grau, Eros Roberto; Guerra Filho, Willis Santiago (orgs.) - **Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Maleiros, 2001. ISBN: 85-7420-221-5. p. 313-336.

MOREIRA, Vital - Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. *In* J. Sousa e Brito [et al] - **Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional**. Coimbra, 1995. ISBN: 9723206811. p. 211.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá - **Introdução à história dos partidos políticos brasileiros**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. ISBN: 978-85-704-1666-7.

MOZAFFAR, Shaheen; CHEDLER, Andreas - The Comparative Study of Electoral Governance – Introduction. **International Political Science Review**, Vol. 23, n. 1 (2002). p. 5-27. ISSN: 1460-373X. [Consult. em 28-10-2024].

MUÑOZ, Óscar Sánches - Prefácio. *In* Coelho, Margarete de Castro - **A Democracia na Encruzilhada: Reflexões acerca da legitimidade democrática da Justiça Eleitoral Brasileira para a cassação de mandatos eletivos**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. ISBN: 978-85-450-0056-3. p. 17-22.

MURPHY, Walter F. [et al] - **American Constitutional Interpretation**. 2ª ed. New York: The Foundation Press, 1995. ISBN: 978-15-666-2240-0.

NICOLAU, Jairo - **Eleições no Brasil: do Império aos dias atuais**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. ISBN: 978-85-378-0884-9.

NOVAIS, Jorge Reis - **Em Defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos Críticos**. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN: 978-972-40-5825-2.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de - **Direito, Política e Filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. ISBN: 978-85-375-0149-8.

PAULA, Daniel Giotti de - Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da constitucionalização da política. *In* Fellet, André

Luiz Fernandes, Novelino, Marcelo; Paula, Daniel Gotti (orgs.) - **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2013. ISBN: 978-85-776-1442-4. p. 271-312.

PASSOS defende maior “escrutínio” na escolha dos juízes do TC. *Renascença*. (6 Mai 2014). [Consult. 14 Jun 2024]. Disponível em [https://rr.sapo.pt/informacao\\_detalle.aspx?did=151106](https://rr.sapo.pt/informacao_detalle.aspx?did=151106)

PELELLA, Eduardo - A Justiça Eleitoral e o Ministério Público Eleitoral: considerações sobre o sistema de administração, regulação, normatização e controle das eleições no Brasil. *In* Ramos, André de Carvalho (org.) - **Temas de Direito Eleitoral no Século XXI**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2012. ISBN: 978-85-88652-57-6.

PINTO, Djalma - **Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. ISBN: 978-85-224-4358-1.

PIRES, Alex Sander Xavier - **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**. Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2016. ISBN: 978-85-909-4882-7.

PIRES, Teresinha Inês Teles - A democracia constitucionalista no magistério de John Rawls e Ronald Dworkin: A conciliação entre a Liberdade de Consciência e os deveres morais e políticos. *In* Diniz, Geilza Fátima Calvanti; Sampaio, Marília de Ávila e Silva (coords.) - **As Faces da Democracia. Análise de teorias contemporâneas de democracia**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 1-30. ISBN: 978-85-674-2630-3.

PIRES, Teresinha Inês Teles - **Estado, Lei e Poder Judicial**. Breviário da Primeira Sessão Curso de Inverno da UAL. Doutorado em Direito. 2016.

PORTO, Walter Costa - **A mentirosa urna**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. ISBN: 85-336-1982-0.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional – **Acórdão 17/94**. (18 Jan. 1994). [Consult. 13 Jun. 2023]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940017.html>.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional – **Acórdão 602/89**. (07 Dez. 1989). [Consult. 11 Ago. 2023]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890602.html>.

RAMAYANA, Marcos - **Código Eleitoral Comentado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2005. ISBN: 978-85-891-2754-7.

RAMOS, Elival da Silva - **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo :Saraiva, 2010. ISBN: 978-85-020-8580-0.

RAWLS, John - **O liberalismo político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. ISBN: 978-85-782-7382-8.

RAWLS, John – **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Editora Nova Fronteira, 1997. ISBN 978-85-336-0681-8

RENAN calheiros critica o stf e diz “só o congresso pode fazer as lei”. Gazeta do Povo. (18 Dez. 2013). [Cons. 30 out 2024]. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/renan-calheiros-critica-o-stf-e-diz-que-so-o-congresso-pode-fazer-as-leis-53rxa25e57wrvht54u965jivi/>

RIBEIRO, Fávila - **Direito Eleitoral**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. ISBN: 978-85-309-0723-X

ROSÁRIO, Pedro Trovão do - Constitucionalismos e Democracias um paradoxo. *In* Rosário, Pedro Trovão do [et al] - **Direito Constitucional Luso e Brasileiro na Contemporaneidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2018. ISBN: 978-98 -971-2549-2. p. 19.

ROSANVALLON, Pierre - **La legitimidade democrática: imparcialidad, reflexidad y proximidade**. Barcelona: Ediciones Paidós, 2010. ISBN: 978-84-493-2362-1.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **Rousseau**. São Paulo: Editora Nova Fronteira, 2005. ISBN 978-85-13-00853-2

SADEK, Maria Tereza - **A Justiça Eleitoral e a Consolidação da Democracia no Brasil**. São Paulo: Konrad Adenauer, 1995. ISBN: 85-855-3546-6.

SALGADO, Eneida Desiree - **Princípios Constitucionais estruturantes do direito eleitoral**, Curitiba, 2010. 345 p. Tese de Doutorado em Direito, apresentada à Universidade Federal

do Paraná. Disponível em WWW: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/4511>. [Consult. em 28-03-2024].

SAMPAIO, José Adércio Leite - **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. ISBN: 85-7308-5460.

SAMPAIO, José Adércio Leite - **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. ISBN: 978-85-384-0303-6.

SAMUELS, David - Alto Custo de Financiamento de Campanha e Reforma Política. *In* Mendes, Marcos (org.) - **Gasto Público Eficiente**. São Paulo: Topbooks, 2006. ISBN: 978-85-747-5128-3.

SANDEL, Michel - **O liberalismo e os limites da justiça**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. ISBN: 978-972-31-1136-1

SANTOS, Wanderley Guilherme dos - **Razões da Desordem**, Rio de Janeiro: Ed. Rocco, 1993. ISBN: 85-325-0382-9.

SARMENTO, Daniel - **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. ISBN: 85-7387-113-X.

SARMENTO, Daniel – O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. *In* Sarmento, Daniel (coord.) – **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. ISBN: 978-85-375-0588-5

SARMENTO, Daniel; OSORIO, Aline - Uma Mistura Tóxica: Política, Dinheiro e o Financiamento das Eleições. *In* Sarmento, Daniel (coord.) - **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. ISBN: 978-85-309-6381-1. p. 673-700.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de - **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. ISBN: 978-85-7700-592-5.

SCHLESINGER JUNIOR, Arthur M - The Supreme Court: 1947. **Fortune**, Vol. 35, n.º 1 (1947). p. 73-212. ISSN: 0015-8259; 2169-155X.

SCHLICKMANN, Denise Goulart - **Financiamento de Campanhas Eleitorais: com a íntegra das normas aplicáveis às eleições no Brasil**. 7ª ed. Curitiba: Juruá, 2014. ISBN: 978-85-362-4749-6.

SCHUMPETER, Joseph A. - **Capitalism, socialismo and democracy**. New York: Harper Perennial, 1975. ISBN: 978-00-613-3008-7.

SCHMITT, Carl - **O guardião da Constituição**. Del Rey: Belo Horizonte, 2007. ISBN: 978-85-730-8886-1

SIECKMANN, JAN R. - Direitos Fundamentais, democracia e controle de constitucionalidade. In Toledo, Claudia (coord.) - **Atual Judiciário: Ativismo ou Atitude**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. ISBN: 978-65-551-8270-5. p. 87.

SILVA, Luís Vírgilio Afonso da - **Sistemas Eleitorais: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1999. ISBN: 85-742-0131-6.

SILVA. Paulo Thadeu Gomes – Inclusão Eleitoral e Efetivação dos Direitos Políticos. In RAMOS, André de Carvalho (coord.) – **Temas de Direito Eleitoral no Século XXI**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2012. ISBN: 978-85-88652-57-6

SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado de - **Direito Administrativo Geral**. Tomo III. Lisboa: Dom Quixote, 2007. ISBN: 978-97-220-3879-9.

SOUZA, Jorge Munhós de - Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. In Fellet, André Luiz Fernandes; Paula, Daniel Giotti de; Novelino, Marcelo (orgs.) - **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2013. ISBN: 978-85-776-1442-4. p. 341.

STAMATO, Bianca. “Constitucionalismo popular”, o povo contra a Suprema Corte: uma abordagem crítica sobre o libelo acusatório ao judicial review norte-americano. In Sarmiento, Daniel (coord.) - **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. ISBN: 978-85-375-0588-5.

STRAPAZZON, Carlos Luiz - Presunção de não culpabilidade em matéria político-eleitoral: evolução jurisprudencial do STF e valores constitucionais atuais. *In Revista Brasileira de Direito Eleitoral : RBDE*, Belo Horizonte, V. 2, N. 2, p. 11-35, 2010. ISSN: 2176-1671

STRECK, Lênio Luiz - **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. ISBN: 85-309-1915-7.

STRECK, Lênio Luiz - **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. ISBN: 978-85-203-5296-0.

STRECK, Lênio - **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN: 978-85-021-1008-3.

TASSINARI, Clarissa - **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. ISBN: 978-85-734-8839-5.

TOVAR, Alejandro Nava - Argumentação Representativa, Justiça Eleitoral e Democracia deliberativa: Sobre a Legitimidade Constitucional da Justiça Eleitoral. *In* Toledo, Claudia (coord.) - **Atual Judiciário: Ativismo ou Atitude**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. ISBN: 978-65-551-8270-5.

TAYLOR, Matthew - Justiça Eleitoral. *In* Anastásia, Fátima; Avritzer, Leonardo - **Reforma Política no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. ISBN: 978-85-704-1536-3.

TERRA, Felipe Mendonça - **Campanhas políticas, liberdade de expressão e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. ISBN: 978-85-519-0527-2.

TIVERON, Raquel - Democracia: Um conceito muito além da participação popular: O ideal de Habermas da Democracia Deliberativa. *In* Diniz, Geilza Fátima Calvanti; Sampaio, Marília de Ávila e Silva (coords.) - **As Faces da Democracia. Análise de teorias contemporâneas de democracia**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. ISBN: 978-85-674-2630-3. p. 79-105.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Livro I. São Paulo: Martins Fontes, 2001. ISBN: 978-85-336-2170-1

TRIBE, Laurence; DORF, Michael - **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. ISBN: 85-7308-892-3.

TUSHNET, Mark. Ceticismo sobre o judicial review: uma perspectiva dos Estados Unidos. *In* Bigonha, Antonio Carlos Alpino; Moreira, Luiz (orgs.) - **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. ISBN: 978-85-375-0571-7.

VIANNA, Luiz Werneck [et al] - **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999. ISBN: 978-85-710-6177-4.

VIEIRA, Oscar Vilhena – **Supremocracia**. São Paulo, 2008. Disponível em [https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6vXvWwkg7XG9njd6XmBzYzQ/?utm\\_source=chatgpt.com](https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6vXvWwkg7XG9njd6XmBzYzQ/?utm_source=chatgpt.com) [Consult. em 12-03-2024].

WALDEMAS, Martins Ferreira - **História do Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1954.

WALDRON, Jeremy - **A essência da oposição ao judicial review in a Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. ISBN: 978-85-375-0657-8. p. 93-157.