

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UNIRIO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS

LIZ KAROLINE DELLA ROVERE

**O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

Rio de Janeiro

2015

LIZ KAROLINE DELLA ROVERE

**O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA
POLÍTICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Antonio Cesar Pimentel Caldeira.

Rio de Janeiro

2015

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por todas as bênçãos, a minha mãe e meu irmão, pelo apoio e incentivo durante toda a minha vida acadêmica, ao meu marido, pela dedicação e compreensão durante os momentos de ausência, e pela entrega e ajuda em todo o possível para a boa consecução deste trabalho.

Agradeço ao meu orientador Prof. Dr. Antonio Cesar Pimentel Caldeira pela orientação e apoio na elaboração deste trabalho. A todos os professores pelo empenho e dedicação na transmissão do conhecimento. E, por fim, a esta universidade, sua direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior.

RESUMO

Com a redemocratização ocorrida após a promulgação da Constituição de 1988, e em consequência, a expansão da jurisdição constitucional, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado com protagonismo o papel de guardião da constituição. Nesse sentido, é possível verificar que ao desempenhar sua atividade interpretativa muitas vezes são identificados casos em que o referido tribunal assume posição criativa e acaba por criar novo direito ao aplicar os fundamentos e princípios constitucionais. Observa-se que sua atual posição criativa promove grandes debates jurídicos sobre a legitimidade de sua atuação, assim como sobre os limites em que o judiciário deve se pautar nas suas decisões. Tal conjuntura, aliada com a crescente descrença e desconfiança que se instalaram com relação ao Poder Legislativo, levaram a uma maior demanda de consultas dirigidas ao Supremo Tribunal Federal sobre temas extremamente controvertidos e de grande relevância política na atual conjuntura social. O presente trabalho pretende analisar a atuação do STF na seara política de maneira crítica, investigando casos concretos em que é possível verificar tanto o ativismo judicial como a chamada judicialização da política, de modo que seja traçado um parâmetro da conjuntura social e política que ocasionaram o deslocamento de tal debate para o Judiciário. Dentro desse tema a pesquisa jurisprudencial será voltada para a análise de quatro casos concretos de extrema importância julgados pelo Pretório Excelso: a verticalização das coligações partidárias, a fidelidade partidária, a constitucionalidade da lei ficha limpa e, por fim, o julgamento ainda em andamento da ADI 4650, que trata sobre a constitucionalidade da legislação eleitoral no que concerne às doações de empresa privada a campanha eleitoral e partidos políticos. Mediante a análise anteriormente demonstrada espera-se que seja possível verificar os efeitos de tal fenômeno no Brasil, assim como os parâmetros e limites da nova postura da Corte Suprema ante as demandas estritamente políticas que a ela são dirigidas.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Judicialização da política. Direitos políticos. Direitos eleitorais.

ABSTRACT

After the redemocratization of the country and by the promulgation of the Brazilian Constitution of 1988 that brought along with it the expansion of the constitutional jurisdiction, the Federal Supreme Court of Brazil has performed a leading role of guardian of the Constitution. Thus, it is possible to verify that while performing its interpretative activity, frequently are observed cases in which the Court assumes a creative position and creates new rights by applying the constitutional principles and foundations. In this context, great juridical debates are promoted about the legitimacy of this creative activity as well as the limits to which the Court must adhere in its decisions. This conjuncture, allied with the growing distrust of the society in relation to the legislative branch of the government, have led to a greater demand of decisions by the Supreme Court about extremely controversial and highly relevant political themes concerning the current social situation of the country. In this context the present work intends to analyze critically the activity of the Supreme Court in the political area, studying concrete cases in which it is possible to verify the judicial activism as well as the so called judicialization of politics in a way that draws a picture of the social and political conjuncture that shifted the public debate to the judiciary. Within this thematic line the jurisprudential research will be focused on four cases of extraordinary importance judged by the higher Brazilian Court: the verticalization of political alliances, the political party loyalty, the constitutionality of the "Ficha Limpa" law and lastly the still ongoing judgment of the ADI 4650 about the constitutionality of the electoral law concerning the donation of money from private business to electoral campaigns and political parties. Through the analysis of the aforementioned cases we expect to be possible to verify the effects of such phenomena in Brazil, as well as the parameters and limits of this new standing of the Supreme Court before the strictly political demands that are addressed to it.

Keywords: Judicial Activism. Judicialization of politics. Political rights. Electoral rights.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO.....	12
3. ATIVISMO JUDICIAL	18
3.1 Histórico e conceituação.....	18
3.2 Riscos para a legitimidade democrática	22
3.3. Risco de politização da justiça	25
3.4 Capacidade e limites de atuação do judiciário.....	26
4. DA JUSTIÇA À POLÍTICA: ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO STF	29
4.1 Direito e Política no Estado Democrático de Direito	29
4.2 Judicialização da Política.....	32
4.3 Análise Jurisprudencial.....	36
4.3.1 A Verticalização das coligações partidárias.....	36
4.3.2 A Fidelidade Partidária	44
4.3.3 A Constitucionalidade da Lei “Ficha Limpa”	52
4.3.4 O julgamento da ADI 4650 que trata do financiamento das campanhas eleitorais	60
5. CONCLUSÃO.....	71
6. REFERÊNCIAS	76

1. INTRODUÇÃO

Na atualidade o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel de grande importância no que tange a vida jurídica brasileira. Observa-se que sua atual posição “criativista” promove grandes debates jurídicos sobre a legitimidade de sua atuação, assim como sobre os limites a que o judiciário deve se pautar nas suas decisões.

Nesse contexto social, e em conjunto com a crescente descrença que se instalou com relação ao Poder Legislativo, é possível identificar uma maior demanda de consultas dirigidas ao Supremo Tribunal Federal sobre temas controvertidos e de grande relevância na atual conjuntura política.

Esse fenômeno, observado em diversas sociedades contemporâneas, consiste na judicialização da política, definida por Marcus Faro de Castro (1997, p.147), como a “expansão do poder das cortes judiciais”.

Na mesma linha de pensamento, e valendo-se da definição dos cientistas políticos Neal Tate e Torbjon Vallinder, esclarece Ernani Carvalho que existem dois tipos de judicialização da política: a forma mais difundida que consiste na reação do judiciário frente à provocação de um terceiro que tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição, e a utilização do aparato judicial na administração pública¹.

Na visão de Neal Tate, as condições políticas que favorecem o surgimento da judicialização da política são: a democracia, tendo em vista que, em um regime autoritário, não existe espaço de expansão para o Judiciário; a separação dos poderes; a existência de direitos políticos assegurados pela Constituição; o uso do poder de veto dos Tribunais por grupo interessado nessa possibilidade; o uso dos Tribunais pela oposição, para frear ou inviabilizar as alterações em curso realizadas pela maioria; e por fim, a incapacidade das instituições majoritárias de atender às demandas sociais².

Uma breve e superficial análise das condições sociais e políticas do Brasil nos permitem inferir que todas as questões citadas no parágrafo anterior estão presentes na conjuntura atual de nosso país. Com a Constituição de 1988, vivemos atualmente o maior período de

¹ CARVALHO, Ernani R. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Paraná, n.23, p. 115-126, nov. 2014.

² TATE, C. N.; VALLINDER, T. (orgs.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995. 556 pg.

estabilidade democrática do período republicano, e nesse contexto, os três poderes atuam com regularidade.

Com a expansão da jurisdição constitucional, e com a ampliação do rol de legitimados a propor ações destinadas ao controle de constitucionalidade, o STF ganhou força e é continuamente procurado para proferir decisões cada vez mais importantes tanto no que concerne aos direitos fundamentais, quanto no que concerne a direitos políticos, além de, nos últimos anos, ser responsável pelo julgamento dos investigados por dois grandes casos de corrupção que envolveram não apenas agentes públicos do alto escalão, como parlamentares e membros de partidos políticos de grande expressão nacional.

É possível verificar que os magistrados gozam de mais credibilidade que os políticos que atuam no Legislativo – vistos muitas vezes como “corruptos, interesseiros e demagógicos”. Já os magistrados mostram-se mais próximos “do bem pensante que faz a opinião pública”, além de estarem adstritos à independência e à imparcialidade. Adverte-se, no entanto, que existem, ainda, magistrados que notoriamente guiam seus votos pela “opinião pública” e que, na verdade, o juiz deve servir à justiça, sob pena de desaparecer o Estado de Direito³.

O presente trabalho irá se voltar para a investigação da alteração da relação entre Judiciário e Legislativo que foi desencadeada na última década, de modo que vem sendo possível verificar um grande fortalecimento do primeiro em detrimento do segundo. Tal contexto, aliado com a expansão da jurisdição constitucional, e, com o aumento da força do ativismo judicial entre os magistrados, pode desencadear situações deletérias para a democracia se não forem feitas as devidas ponderações.

Analisaremos a atuação do STF na seara política de maneira crítica, identificando através de pesquisa jurisprudencial alguns casos de grande relevância nacional em que ele se pronunciou, quais sejam: a verticalização das coligações partidárias (ADI 3685), a perda de mandato decorrente da troca de partido (ADI’s 3999 e 4086), a aplicação da lei da ficha limpa (ADC’s 29 e 30), assim como o julgamento da ADI 4650 que trata do financiamento à partidos e campanhas eleitorais.

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.198, p.15-16, out/dez 1994.

Tais casos concretos farão parte deste trabalho com a finalidade de exemplificar a utilização do ativismo judicial em matéria política, assim como para analisar o processo de judicialização da política ocorrido nos últimos anos, de modo que seja possível uma investigação de tal atuação à luz de sua legitimidade e dos princípios democráticos que norteiam o Estado Democrático de Direito.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3685, em que foi julgado o caso da verticalização das coligações partidárias, foi declarada inconstitucional a aplicação das novas regras impostas pela emenda constitucional 52⁴ às eleições que se realizariam no mesmo ano se sua aprovação. Para que isso fosse possível a Suprema Corte deu à regra da anterioridade anual da lei eleitoral (art. 16 CFRB/88) o status de cláusula pétrea, e, ademais, declarou a inconstitucionalidade de uma emenda à Constituição, competência incomum na maior parte das democracias.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3999, em que foi analisada a questão da fidelidade partidária, verifica-se que o STF, através da aplicação direta da Constituição Federal a uma situação que não estava expressamente contemplada em seu texto, criou uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar⁵, fundando-se na argumentação de que a vaga no Congresso Nacional pertencia ao partido e não ao agente político.

Em continuidade, será feito o estudo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30, em que foi abordada a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, que prevê que serão considerados inelegíveis os candidatos que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado⁶, em desacordo com o previsto no art. 15, III⁷ da CFRB/88 que só permite a suspensão de direitos políticos por sentença transitada em julgado.

⁴ Art. 1º: O § 1º do art. 17 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 17. § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e 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.

⁵ Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007: Art. 1º O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

⁶ Em razão da prática de crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência, e contra o meio ambiente e a saúde pública

⁷ "Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;"

E, mesmo existindo tal vedação no texto da Carta Maior, a Lei da Ficha Limpa foi considerada constitucional. Tendo sido um projeto de lei de iniciativa popular, o clamor social com relação a inelegibilidade dos “corruptos” foi grande. Assim não faltaram críticas à posição da Suprema Corte caracterizando sua postura como um populismo judicial, ao mesmo tempo em que afastou a aplicação da Constituição Federal.

Por fim, analisaremos a situação do julgamento da ADI 4650, que tem como finalidade declarar inconstitucional a legislação que permite o financiamento de campanhas eleitorais por empresas privadas. Apesar de este julgamento ser considerado um grande passo na Reforma Política, está rodeado de polêmicas, tanto pelo longo lapso temporal que transcorreu desde o seu início, como pelo fato de que a Corte Suprema novamente estaria adentrando na esfera do Legislativo, criando proibição não expressa na legislação ordinária através de interpretação dos princípios constitucionais.

Embora muito se fale sobre o enfraquecimento do Poder Legislativo devido à descrença da população nos agentes políticos – que levou a uma maior busca pelo judiciário para que fossem decididos assuntos controversos –, e que muito se afirme que o ativismo judicial é uma alternativa que se amolda há busca pelo essencialmente justo, não podemos afastar os riscos que essa expansão pode causar ao Estado Democrático de Direito.

Esta preocupação não é, decerto, infundada. O legislativo possui a função criativa do Direito porque os agentes ali empossados carregam consigo a representatividade popular necessária para “falar” pelos seus eleitores. Para que exista uma afinção entre a independência e a harmonia preconizadas pelo texto constitucional⁸, é salutar que os agentes de cada um dos Poderes cumpram fielmente o seu papel: que o executivo governe observando as leis e a Constituição, que o Legislativo cumpra o seu dever de legislar de forma eficiente e clara e que o Judiciário possa julgar na forma da lei dentro da sua competência.

Não é aceitável em um Estado Democrático de Direito a argumentação de que o legislativo é ineficiente e não acompanha a evolução da sociedade para que se autorize ao Judiciário a criação de direitos. Medidas paliativas, ainda que cobertas de boas intenções, não são suficientes para resolver os problemas sociais e políticos enfrentados pelo Brasil, embora

⁸ Art.: 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

por um momento calem e até mesmo satisfaçam uma parte da sociedade através da fumaça que instala sobre o problema.

2. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO.

É cediço que no direito contemporâneo o controle de constitucionalidade é de suma importância já que, tendo em vista que a Constituição é suprema diante do ordenamento infraconstitucional, é evidente o protagonismo de um mecanismo que equilibra e faz prevalecer os mandamentos basilares nela descritos.

No atual modelo tripartite dos poderes é, não só prudente, mas necessário, que seja possível ao judiciário fiscalizar a elaboração das leis pelo Poder Legislativo. No entanto, a questão democrática que envolve o controle de constitucionalidade não pode se resumir apenas a contraposição simplista de “todo poder aos juízes” ou “todo poder ao legislador”⁹. É necessário, precipuamente, um equilíbrio entre essas bases, de forma que cada poder exerça suas funções e sem que a balança penda para um lado ou para outro.

O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade e o Supremo Tribunal Federal foram criados com inspiração no modelo americano e na Suprema Corte, respectivamente. Sendo assim, tínhamos no início da República um modelo claramente difuso e aplicado posteriormente à lei.

Em um primeiro momento, é possível verificar que a atuação tanto dos juízes quanto dos ministros do Supremo Tribunal Federal era extremamente restrita, tendo em vista a clara preocupação de afronta à separação dos poderes e invasão aos aspectos reservados à política.

No entanto, com o passar dos anos o modelo brasileiro que até então era fiel ao norte-americano, passou por um processo gradual de concentração que se iniciou no ano de 1934

⁹ “Conforme Virgílio Antonio da Silva, acerca da necessidade de um guardião da Constituição é evidente o embate de duas posições básicas em choque, a contraposição entre o fórum dos princípios e a maximização da participação popular, idéias defendidas respectivamente por Dworkin e Waldron. Com relação ao referido Dworkin assume a posição de que uma democracia constitucional deve possuir uma dimensão política e uma dimensão dos princípios, onde a primeira se dedica as decisões relativas aos interesses coletivos e a segunda à proteção dos direitos individuais do cidadão, e, no fórum dos princípios esses direitos serviriam de “trunfo” contra decisões políticas, dando ensejo, portanto, a justificação de que o controle de constitucionalidade visa garantir os direitos individuais contra a política e maiorias circunstanciais. Já para Waldron, a decisão da questão “quem deve decidir sobre esses direitos?” deve ser tomada em igualdade de condições por todos os cidadãos da sociedade e não voltado apenas a elite judiciária.” SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. Revista de Direito Administrativo (2009). pág. 197-227.

com a hipótese de ação direta de inconstitucionalidade no caso de intervenção federal e que gradativamente evoluiu para o sistema atual.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é híbrido, já que ele combina o controle por via incidental e difuso (sistema americano) com o controle por via principal e concentrado (sistema europeu)¹⁰. O controle incidental é exercido de maneira difusa por todos os juízes e tribunais pátrios, ao passo que o controle principal, por via de ação direta, é de competência concentrada, e compete ao Supremo Tribunal Federal.

No atual ordenamento constitucional brasileiro a função precípua do Supremo é a de guardião da Constituição Federal, no entanto, deve ele atuar dentro dos limites estabelecidos, portando-se, portanto, de maneira que não se oponha às disposições da Carta Suprema.

Levando em conta a pertinência temática do presente trabalho, iremos nos focar especificamente nas possibilidades em que o controle de constitucionalidade é exercido pelo Supremo Tribunal Federal e na legitimidade de tal atuação, de modo a fazer uma exposição resumida e introdutória de suas possibilidades no atual sistema jurídico.

Conforme é possível aferir da CRFB/88 o controle abstrato é dividido em cinco ações distintas: ação direta de inconstitucionalidade; ação direta interventiva; ação direta de inconstitucionalidade por omissão; ação declaratória de constitucionalidade; e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Nos parágrafos seguintes faremos uma breve análise de cada uma dessas ações de modo que seja possível traçar objetivamente as formas de atuação do STF.

A ação direta de inconstitucionalidade, embora tenha sido instituída na Constituição de 1946 com a denominação de representação de inconstitucionalidade, sofreu mudanças significativas com o advento da Constituição de 1988. Dentre elas, destaca-se a ampliação do rol de legitimados a iniciar o processo objetivo de aferição da compatibilidade das normas infraconstitucionais perante o STF, sendo eles: o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, e confederação sindical ou entidade de classe de

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Saraiva. 2012. p.87

âmbito nacional. Este tipo de ação se presta exclusivamente para verificar a inconstitucionalidade de atos normativos ou leis federais e estaduais, não abrangendo, portanto, as leis municipais e as eventuais omissões do Poder Público.

A Ação Direta Interventiva foi introduzida no ordenamento jurídico com a Constituição de 1934, no entanto, foi a Constituição de 1946 que estabeleceu o perfil básico que a ação possui até hoje¹¹. Tal ação é condição da intervenção federal nos Estados quando ocorrer a inobservância dos princípios constitucionais sensíveis, conforme expresso no art. 36 III¹² e no art. 34 VII¹³ da Constituição Federal.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, §2º do diploma constitucional, surgiu no ordenamento jurídico nacional com a finalidade de que o judiciário intervenha para que o Poder Público implemente legislação que dê regulamentação às normas programáticas e de eficácia limitada. Sendo assim:

Como regra geral, o legislador tem a faculdade discricionária de legislar, e não um dever jurídico de fazê-lo. Todavia, há casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo uma atuação positiva, mediante a edição de norma necessária à efetivação de um mandamento constitucional. Nesta hipótese, sua inércia será ilegítima e configurará caso de inconstitucionalidade por omissão. (BARROSO, 2012, pág. 208).

A simples omissão do legislador não é suficiente para configurar a inconstitucionalidade por omissão. É necessário o descumprimento de um mandamento constitucional no sentido de que o Legislativo atue positivamente criando uma norma legal. Embora a finalidade de tal instituto seja sanar a lacuna do ordenamento e promover o cumprimento do especificado constitucionalmente, na prática tais medidas se mostram ineficazes, já que cabe ao Tribunal apenas cientificar a ocorrência da omissão ao Poder que é omissor, para que ele tome as

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro. Editora Saraiva: 2012. p.350

¹² Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: III de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.

¹³ Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta. e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

devidas providências, não possuindo a decisão da Suprema Corte, portanto, natureza mandamental.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade, introduzida na Constituição de 1988 através da emenda constitucional nº3 de 1993, tem por objetivo confirmar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, diferentemente do que ocorre na Ação Direta de Inconstitucionalidade que permite também como objeto lei ou ato normativo estadual.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental está prevista no art. 102 da Constituição Federal e tem como finalidade evitar ou reparar lesão a preceito fundamental. Tendo em vista que o aludido dispositivo possui eficácia limitada, foi necessário o advento da Lei 9.882/99 para que a Suprema Corte pudesse apreciar tal ação constitucional. Assinala-se o conceito de preceito fundamental:

“Preceitos fundamentais” não é expressão sinônima de “princípios fundamentais”. É mais ampla, abrange estes e todas as prescrições que dão sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal, e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais.¹⁴

Como instrumento de controle de constitucionalidade, a ADPF tanto pode provocar um controle direto da lei – neste caso estaremos diante da ADPF autônoma já que ela é iniciada e desenvolvida unicamente em sede abstrata –, como pode ser iniciada a partir de situações concretas – estaríamos então diante da ADPF incidental que, apesar de surgir de um caso concreto, é desenvolvida em controle concentrado.

Além de todas essas peculiaridades, ainda podemos citar o fato de que a ADPF possui caráter subsidiário, já que a Suprema Corte só pode ser acionada por tal instrumento se nenhum outro método jurídico se mostrar capaz de sanar o vício, e um rol de hipóteses de cabimento bastante amplo, pois segundo o art. 1º da Lei 9.882/99 ela é cabível quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual e municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Ainda é preciso esclarecer que os efeitos das decisões do controle concentrado e do controle difuso são diferenciados, já que, ao passo que as decisões do controle concentrado possuem efeitos *erga omnes*, as decisões referentes ao controle incidental possuem, em geral,

¹⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional Positivo. 34. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. P. 562

eficácia *inter partes* e seus efeitos ficam restritos ao caso concreto da ação que resultou o questionamento referente à inconstitucionalidade. Nesse sentido, cabe ressaltar as características das decisões dos tribunais constitucionais:

Uma vez instituída uma determinada linha de interpretação sobre certa matéria, a tendência é que ela venha a ser utilizada em futuros casos similares. Este tipo de raciocínio é semelhante ao adotado pelos pretores e juristas romanos, pelos juristas medievais e mesmo no sistema *common law*, na atualidade. Assim, negligenciar o papel normativo das decisões dos tribunais constitucionais, com base em um apego extremado ao princípio da separação dos poderes, corresponde a ignorar a tendência de harmonização do discurso da jurisprudência. Não por coincidência, há situações em que os ministros do Supremo Tribunal Federal decidem até contrariamente à sua posição pessoal, em nome da autoridade da maioria e da própria credibilidade do sistema.¹⁵

Sendo assim, resta cristalina a importância das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, já que a eficácia *erga omnes* estende os efeitos da decisão para todos. Sendo assim o precedente criado pela Corte Constitucional se configura de observância obrigatória pelos órgãos do Poder Judiciário no julgamento de questões que envolvam a mesma temática previamente apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, é possível provocar a análise da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal através de recurso extraordinário – trata-se de um recurso excepcional tendo em vista que possui uma rigidez formal de procedibilidade – a matéria suscitada através de tal recurso visa a verificar eventual violação à Constituição Federal decorrida de decisão judicial prolatada em última ou única instância, excluindo-se análise de matéria fática e ficando restrito o Tribunal a apreciação da constitucionalidade.

Embora através de interposição de recurso extraordinário seja efetuado o controle difuso e incidental, ainda é possível que seus efeitos sejam estendidos. Declarada inconstitucional a lei pelo STF, no controle difuso, e, desde que tal decisão seja definitiva e deliberada pela maioria absoluta do tribunal pleno (art. 97 CF), o art. 178 do regimento interno do STF estabelece que seja feita a comunicação à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois da decisão ter transitado em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 52, X da CF/88. Esse artigo estabelece competência privativa do Senado, mediante resolução para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional.

¹⁵ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares Mendonça. A tópica e o Supremo Tribunal Federal. São Paulo : Renovar, 2003. pág. 359.

Logo, é possível aferir que a outorga ao Senado Federal de competência para suspender a execução da lei inconstitucional, atribui eficácia geral a decisão dada *in concreto* e, portanto, efeito *erga omnes*¹⁶. Cumpre esclarecer que a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo STF em decisão incidental é uma discricionariedade política conferida ao Senado Federal, pois tal decisão não possui efeito vinculante se não houver o crivo obrigatório do Legislativo.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2012. p.155

3. ATIVISMO JUDICIAL

3.1 Histórico e conceituação

Com o passar dos tempos e com o desenvolvimento do pensamento jurídico ficou claro que o embasamento teórico pautado somente na lei abstrata mostrava-se incompleto e ineficiente nas lides que surgiram devido à necessidade de convivência social.

Cabe ao juiz, como figura que interpreta e aplica o direito para resolução de conflitos, valer-se não apenas da lei abstrata pura para a aplicação do direito, mas também dos princípios e preceitos constitucionais, de modo que seja possível uma interpretação integrativa de tais conceitos para que sua decisão possa atingir maior eficácia no que concerne à coerência com os valores sociais e à busca pela justiça.

Atualmente, é conferido ao juiz o poder de, através da interpretação da lei e do controle de sua constitucionalidade, redimir os litígios de modo que prevaleçam os princípios de justiça e os direitos fundamentais. Essa integração permite que os magistrados estabeleçam uma posição criativista, através de sua construção argumentativa, originando-se, a partir daí, uma norma jurídica gerada a partir de um caso concreto. Nesse sentido esclarece MARIONI:

Se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele constrói a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle de constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais ao caso concreto.¹⁷

A ideia do ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na garantia dos valores e fins constitucionais, interferindo na atuação de outros Poderes. Sendo assim, ocorrem diversos precedentes de postura ativista no STF, que se manifestam, inclusive, por diferentes linhas de decisão, dentre elas: a) a aplicação direta da Constituição em casos não expressamente contemplados por ela ou por lei ordinária; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo legislador, com base

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. Disponível em <http://www.academia.edu/218490/O_Precedente_na_Dimensao_da_Igualdade>. Acessado em 05 de maio de 2015.

em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de sua abstenção ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador como em caso de políticas públicas insuficientes¹⁸.

Partindo da análise desses exemplos, evidencia-se um distanciamento dos juízes de sua função precípua de aplicação do direito e os aproximam cada vez mais de uma função criativa para que, dentro da lide proposta, possam fazer uma interpretação mais eficaz ao integrar a norma positiva com os preceitos e valores constitucionais.

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana, e tal expressão foi utilizada pela primeira vez em um artigo escrito por Arthur Schlesinger, que traçou o perfil dos juízes da Suprema Corte Americana atribuindo a eles duas linhas de pensamento, uma caracterizada como “ativista” e a outra como “campeões de restritividade” ou “passivistas”¹⁹.

O ativismo na Corte Americana foi utilizado, em um primeiro momento, de maneira conservadora, já que tal conceito teve sua aplicação para amparar a segregação racial. Este posicionamento, inclusive, causou desconforto entre o Presidente Roosevelt e a Suprema Corte Norte- Americana em virtude da contrariedade ao intervencionismo estatal.

No entanto, tal situação foi invertida na década de 50 em que a Suprema Corte esteve sobre a presidência de Warren, nesse segundo momento foi admitida uma posição progressista, no sentido da manutenção dos direitos fundamentais das minorias e do afastamento da segregação racial, nesse sentido:

Os dezesseis anos em que a Suprema Corte americana esteve sob a presidência de Earl Warren (1953-1969) integram, de maneira indelével, o imaginário do constitucionalismo democrático contemporâneo. Sua afirmação da igualdade entre os homens e de outros direitos individuais inspirou gerações de militantes dos direitos humanos, constitucionalistas e estadistas pelo mundo afora. Essa energia imensa, que atravessou continentes, foi gerada por uma ideia tentadora: a de que uma corte de justiça progressista pode promover a revolução humanista que o processo político majoritário não é capaz de fazer. As minorias reacionárias e as maiorias acomodadas são capazes de retardar indefinidamente o processo histórico. Nessas horas, é preciso que uma vanguarda intelectual, comprometida com o avanço

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2012. p.371

¹⁹ MENEZES, Bruno Paiva. ATIVISMO JUDICIAL: o Supremo Tribunal Federal estaria legislando? Caso dos mandados de injunção que regulamentam o direito de greve dos servidores públicos. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/13716>>. Acessado em 10 de maio de 2015

civilizatório e a causa da humanidade, desobstrua o caminho e dê passagem ao progresso social.²⁰

No Brasil, o ativismo judicial que, embora tivesse seus estudos iniciados pela classe jurídica em meados dos anos 90, só foi colocado em evidência pelo STF na primeira década do século XXI. O processo de construção das bases teóricas para esse instituto iniciou-se com o advento da Constituição de 1988, em que podemos verificar diversos mecanismos para dar suporte à justiça social, de forma que fosse possível a transição de um Estado ditatorial para um Estado Democrático de Direito. Nesse contexto é possível aferir que os direitos fundamentais e sociais foram realocados nos primeiros níveis na escala de importância jurídica. Sobre o tema:

A exemplo, a dignidade da pessoa humana está arrolada no artigo 1º, III, como fundamento da República. Categoricamente se reconheceu que é o Estado que existe em função da pessoa humana e não o contrário. Por outro lado, o artigo 5º estabelece um amplo rol de direitos e garantias individuais e coletivos com, atualmente, 78 incisos. Há ainda, possibilidades de ampliar esse rol, em razão do mesmo artigo, são os chamados direitos materialmente fundamentais.²¹

Antes da Constituição de 1988, a atuação do STF se pautava inequivocamente na autocontenção, já que os juízes restringiam o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas, reduzindo, desta maneira, a interferência na esfera de outros Poderes.

Com o triunfo das teorias neoconstitucionalistas e com a posição da Constituição como norma suprema, a jurisdição constitucional obteve uma ampliação e um grande fortalecimento no sistema jurídico brasileiro, de forma que a porta para que os juízes adentrassem no campo do criativismo se escancararam sob o argumento de que o ativismo se mostrava necessário para que se pudesse extrair ao máximo as potencialidades do texto constitucional²². Nesse sentido esclarece SARMENTO:

²⁰ BARROSO, Luis Roberto. A americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp.content/themes/LRB/pdf/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf>. Acessado em 10 de maio de 2015.

²¹ MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo Judicial: um caminho para a concretização dos direitos fundamentais. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. (Org.). Estado de Direito e Ativismo Judicial. 1º ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, v. 1, p. 157-198.

²² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf. Acessado em 14 de setembro de 2014, pg. 7

O neoconstitucionalismo brasileiro tem pecado por excesso, depositando no Judiciário expectativas que ele nem sempre terá como atender de forma satisfatória. Um dos efeitos colaterais deste fenômeno é a disseminação de um discurso muito perigoso, de que o voto e política não são tão importante, pois relevante mesmo é a interpretação dos princípios constitucionais realizada pelo STF. Daí a dizer que o povo não sabe votar é um pulo, e a ditadura de toga pode não ser muito melhor do que a ditadura de farda.²³

O processo de redemocratização pela qual o país passou com o advento da Constituição de 1988, aliado à ampliação das possibilidades de controle de constitucionalidade e da jurisdição constitucional, favoreceram o aumento da procura pelo judiciário para a resolução de conflitos importantes para a sociedade e de grande repercussão política e social.

Como consequência, nos últimos anos o STF pronunciou-se sobre temas de grande relevância jurídica graças aos direitos fundamentais e sociais envolvidos, como no caso da permissão do aborto de feto anencéfalo, da extensão interpretativa da união estável ao relacionamento homoafetivo, da aplicação da lei da ficha limpa, que causaram uma grande comoção pública.

Apesar de os termos ativismo judicial e judicialização serem tratados como sinônimos por alguns autores é necessário distinguir esses conceitos. Nesse sentido entende-se por judicialização a transferência da resolução de conflitos que tipicamente deveriam ser resolvidos nas instâncias políticas tradicionais – como o Congresso Nacional e o Poder Executivo – para o Poder Judiciário. Logo, a conclusão lógica que advém da análise do fenômeno da judicialização é de que o poder político que outrora concentrava-se nas Casas Legislativas foi transferido aos juízes, em especial ao Supremo Tribunal Federal.

Ao passo que a judicialização se caracteriza por ser um fato, já que se trata de uma circunstância decorrente do modelo constitucional adotado pelo Brasil e não de um exercício de vontade política, o ativismo judicial se caracteriza como uma atitude, tendo em vista que ele se revela um modo específico e proativo de interpretação constitucional em que é expandido seu sentido e alcance²⁴.

²³ SARMENTO, D. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L.; OLIVEIRA, F. (Org.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 294-295.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acessado em 05 de maio de 2015.

Ainda que se tratem de fenômenos diferentes, tanto a judicialização quanto o ativismo judicial pairam sobre a mesma névoa de questionamento e crítica, já que não se pode negar que o papel do Judiciário nos últimos anos foi se fortalecendo, e em contrapartida, o Legislativo e o Executivo enfraqueceram em função da descrença popular com relação a seus agentes. Nesse contexto, fica evidente que a ascensão do judiciário não ocorreu por acaso, já que não foram poucas as ocasiões em que demandas sociais, que deveriam ser atendidas pelas instâncias políticas, foram sanadas por decisões do STF.

No entanto, não podemos esquecer um importante questionamento - ainda que visto como pessimista: seria essa a via pela qual em um Estado Democrático de Direito tais problemas deveriam ser enfrentados? Essa constante interferência do judiciário é prejudicial à democracia?

O presente estudo não tem por finalidade propor ou sequer embasar a posição que o ativismo judicial deva ser erradicado do sistema jurídico. Pelo contrário, não reconhecer a sua importância na construção do Direito e na efetivação dos princípios e fundamentos constitucionais seria imprudente. No entanto, embora envolto de grandes expectativas e boas intenções, ponderações com relação ao instituto citado não só são importantes como são necessárias na atual conjuntura social e política do Estado brasileiro.

3.2 Riscos para a legitimidade democrática

O Estado Democrático funda-se no princípio da soberania popular, o qual preconiza a máxima de que todo poder emana do povo, e de que tal poder é exercido pela participação direta ou indireta dos cidadãos para que seja efetiva a expressão da vontade popular. No caso da participação indireta, temos o surgimento de um princípio secundário que é o da representação²⁵. Nesse sentido:

A eleição gera, em favor do eleito, o mandato político representativo, que constitui o elemento básico da democracia representativa. Nele se consubstanciam os princípios da representação e da autoridade legítima. O primeiro significa que o poder, que reside no povo, é exercido, em seu nome, por seus representantes periodicamente eleitos, pois uma das características do mandato é ser temporário. O segundo consiste em que o mandato realiza a técnica constitucional por meio da qual o Estado, que carece de vontade real e própria, adquire condições de manifestar-se e decidir, porque é pelo

²⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional Positivo. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. pág. 131.

mandato que se constituem os órgãos governamentais, dotando-os de titulares e, pois, de vontade humana, mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou, por outras palavras, o poder se impõe. (SILVA, pág. 138)

É necessário sublinhar que os membros do Judiciário não são agentes públicos eleitos, e, portanto, não carregam consigo a representatividade que os membros do Legislativo possuem. No entanto, embora não ocorra a chancela da vontade popular, é inequívoco o fato de que os magistrados e tribunais desempenham um poder político, inclusive o de invalidar atos de outros Poderes.

Ocorre que tal função é chancelada pela Constituição Federal e fundamenta-se na teoria dos freios e contrapesos, que preconiza a necessidade de mecanismos de controle recíproco entre os Poderes. Temos, inclusive, na Constituição Federal, indicação expressa de que os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, apesar de independentes são harmônicos entre si.

Não resta dúvida que quando um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal invalida a decisão do Congresso – cujos membros foram escolhidos pela vontade popular – tem-se configurada questão que merece atenção e tal fenômeno é identificado na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária²⁶.

É nesse contexto que surge o questionamento sobre a legitimidade do Judiciário para invalidar as decisões daqueles que exercem mandato popular, e, através da representatividade, falam pelo povo. Neste sentido, evidencia-se que a atuação do judiciário nesses parâmetros é considerada legítima se consideramos duas justificativas, uma de ordem normativa e outra de ordem filosófica²⁷.

A justificativa de ordem normativa fundamenta-se no fato de que a própria Constituição brasileira confere ao Poder Judiciário e, particularmente, ao Supremo Tribunal Federal, esse poder. Sobre o tema podemos citar:

De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando

²⁶ “Alexander Bickel cunhou a expressão “dificuldade contramajoritária” com o objetivo de definir a situação em que, afastando o direito consagrado em legislação positiva aprovada pelo Parlamento, o poder judiciário (re)afirma direitos constitucionalmente previstos.” ALBERTO, Tiago G. P. A Dificuldade Contramajoritária – Versões Tradicional e Literal. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6b4017c4c626882a>>. Acessado em 08 de Maio de 2015.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acessado em 05 de maio de 2015. pág. 10.

decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. (BARROSO, pág. 11)

Ao passo que podemos inferir que tal argumentação está de acordo com a separação dos poderes, também devemos ressaltar que a ela é necessário inserir algumas ponderações. Uma vez que o juiz não desempenha uma atividade puramente mecânica, pois na sua atividade interpretativa é necessária a análise de expressões vagas, fluídas e indeterminadas – como, por exemplo, o conceito de dignidade da pessoa humana –, é indiscutível que para que o magistrado possa atribuir sentido a tais expressões precisa se munir de ferramentas de hermenêutica jurídica e acaba sendo uma espécie de co-participante do processo de criação do direito.

Com relação à justificativa de ordem filosófica, verifica-se que ela reside na análise do papel da Constituição na resolução de conflitos e tensões causados pelas ideias e conceitos que envolvem a formação de um Estado constitucional democrático. É necessário que a Norma Suprema exerça o papel de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a ampla participação popular na política, o governo da maioria e a alternância de poder.

Contudo, a democracia também deve proteger valores e direitos fundamentais, ainda que contra a vontade circunstancial da maioria. Ora, não é legítimo que em favor da democracia seja permitido a segregação das minorias, e, cabe ao Supremo Tribunal Federal, como intérprete da Constituição, exercer o papel de compatibilizar tanto as regras pertinentes a democracia quanto as regras de proteção aos direitos fundamentais.

Portanto, quando a Corte Suprema utiliza-se bem da jurisdição constitucional, de maneira que não ultrapassa a sua atuação legítima, temos muito mais uma garantia à democracia do que um risco. No entanto, tal atividade não pode suprimir ou excluir o governo da maioria, nem o papel do Legislativo, de forma que o esmague, e, em consequência, afaste a soberania popular. Nesse sentido, esclarece BARROSO:

Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências,

sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.²⁸

3.3. Risco de politização da justiça

Não há dúvidas que a Política e o Direito são aspectos necessários à estruturação das sociedades humanas. No entanto é necessário esclarecer que Direito não é Política, e, em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima mais da Ética e torna-se instrumento da legitimidade, da justiça e da concretização da dignidade humana²⁹. No entanto, a linha divisória entre os dois por muitas vezes não é nítida, mas se revela essencial em um Estado Constitucional Democrático.

Nesse contexto esclarece-se que Direito é Política no sentido de que: sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta, inclusive, na Constituição e nas leis; sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; e do fato de que juízes são seres com memórias e desejos e não podem ser totalmente imparciais tendo sua subjetividade como elemento de interferência no juízo de valor que formula³⁰.

No plano da criação do Direito não há como separá-lo da Política, já que a existência do Direito é, na realidade, produto da Política. E, com relação à pessoa do magistrado é impossível pedir total isenção de idéias e valores, dado que o direito só é eficaz quando interpretado por seres-humanos, que são capazes de inseri-lo em um contexto moral, social e político, ainda que sua atividade seja restringida pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento constitucional vigente.

No entanto, no plano de sua aplicação, é não só possível como necessário estabelecer limites entre Direito e Política. Esclarece-se que Direito não é Política no sentido de permitir decisões partidarizadas, tendenciosas ou desprendidas dos preceitos constitucionais. Ainda que um caso concreto possua mais de uma solução plausível, deve o magistrado buscar a sua solução mais justa à luz dos elementos normativos do Estado, e não apenas sua opinião sem que nela residam fundamentos jurídicos. É extremamente corrosivo para o sistema

²⁸ Ibid. pág. 12.

²⁹ Ibid.pág.13.

³⁰ Ibid.pág.13.

democrático que uma decisão judicial seja restritamente política em detrimento de sua juridicidade. Sobre o tema:

Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível.(BARROSO, pág. 14)

No entanto, a necessidade de sintonia entre as decisões dos magistrados com o sentimento social merece ponderações, já que não significa que o juiz deva ser populista. Pelo contrário, em alguns casos ele deve decidir contra as maiorias e em favor das minorias para que faça prevalecer as normas e os princípios constitucionais, pois a promoção dos direitos fundamentais, ainda que contra a vontade das maiorias, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático³¹.

Logo, no que concerne ao ativismo judicial, é essencial que a posição criativista do juiz se abstenha de politização, de modo que seja pautada nas normas e nos direitos fundamentais. Entretanto, muito se crítica tal instituto pois as linhas que separam o jurídico do político não são tão claras quanto parecem, e não é difícil que uma decisão que pareça justa ao magistrado, seja na realidade anti-democrática, já que toma um formato muito mais político do que jurídico.

3.4 Capacidade institucional e limites de atuação do judiciário

Desde a visão do Estado Liberal burguês desenvolvida por Montesquieu até a atual configuração dos Estados Democráticos, é inegável a importância da teoria da tripartição dos poderes para o equilíbrio e a manutenção da democracia. Esta teoria preconiza três funções estatais principais que estariam intimamente ligadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Sendo assim, cada função se concentraria em um órgão, e não mais nas mãos de um único indivíduo.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acessado em 05 de maio de 2015. pág.15.

A maioria dos Estados Democráticos se organizam em um modelo de separação dos Poderes. Sendo assim, as funções de legislar, administrar e julgar são atribuídas a órgãos distintos de modo que cada um seja independente dos outros. No Brasil, esta teoria foi expressa na Constituição Federal no seu art. 2º, bem como considerada como cláusula pétrea³², de modo que não existe sequer a possibilidade de sua supressão via emenda constitucional.

Na ordem constitucional em vigor, é possível que os três poderes façam a interpretação da Constituição, ressaltando que tal atuação deve respeitar os valores nela previstos. Contudo, em caso de divergência, a palavra final é do Judiciário, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal.

O conceito de capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Sendo assim, verifica-se que temas que envolvem conhecimento de aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade, geram para o próprio juiz de Direito uma grande dificuldade, tendo em vista que ele, dentro da sua qualificação, pode não dominar as especificidades de cada assunto.

Sendo assim, a atuação do juiz em esfera técnica que foge a sua especialização deve, por precaução, prestigiar as manifestações do Legislativo e do Executivo, de modo que seja possível juízos discricionários razoáveis. Nesse sentido pronunciou-se o Ministro do Supremo Luiz Fux em sede da controvérsia colocada no julgamento da extradição de Cesari Battisti:

Cumprir definir a quem compete exercer o juízo de valor sobre a existência, ou não, de perseguição política em face do referido extraditando. Por se tratar de relação eminentemente internacional, o diálogo entre os Estados requerente e requerido deve ser feito através das autoridades que representam tais pessoas jurídicas de direito público externo. (...) Compete ao Presidente da República, (...) apreciar o contexto político atual e as possíveis perseguições contra o extraditando relativas ao presente (...). O Supremo Tribunal Federal, além de não dispor de competência constitucional para proceder a semelhante exame, carece de capacidade institucional para tanto. Aplicável, aqui, a noção de “institutional capacities”, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (...) - o Judiciário não foi projetado constitucionalmente para tomar decisões políticas na esfera internacional, cabendo tal papel ao Presidente da República, eleito

³² Art. 60 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:III - a separação dos Poderes;

democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior.³³

É salutar ressaltar os efeitos sistêmicos negativos podem resultar de decisões como as citadas no parágrafo anterior. Ocorre que os juízes, voltados para a resolução do caso concreto (microjustiça), em alguns casos não observam às consequências imprevistas e indesejáveis provocadas por decisão judicial para a sociedade, como, por exemplo, o custo para os cofres públicos.

Nesse contexto, deve o Judiciário verificar se em relação a matéria tratada não há outro poder, órgão ou entidade que teria uma melhor qualificação para decidir. Cabe citar aqui a importância da figura do *amicus curiae*, que, enquanto instrumento processual, permite a manifestação e participação de setores da sociedade no debate público constitucional, podendo desempenhar um importante papel ao trazer para o processo mais elementos e informações capazes de orientar o magistrado na percepção desses aspectos.

Conforme BARROSO, em matérias como essas, em regra, a posição do Judiciário deve ser a de deferência com relação as valorações feitas pela instância especializada, desde que, obviamente, possuam razoabilidade e tenham observado o procedimento adequado.

Por fim, é necessário atentar que quando o Supremo Tribunal Federal atua dentro dos limites da sua capacidade institucional só tem a ganhar a democracia. No entanto, ao passo que o ativismo expande o alcance das normas e cria novo Direito, não raro são os momentos em que o Judiciário chega muito próximo a tênue linha que limita a sua atuação dentro da ordem jurídica.

Logo, ainda que o Judiciário seja o Poder mais capacitado para executar a interpretação e compatibilização da legislação à luz dos princípios constitucionais, deve ele se atentar aos limites impostos a sua atuação, de modo que não passe ele a criar novo direito em substituição à criação legislativa, função que, inequivocamente, pertence aos Poderes formados por agentes políticos.

³³ Petição Avulsa na Extradução n. 1085 / Reclamação n.11243. Voto do Ministro Luis Fux, p. 33. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ext1085LF.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2015.

4. DA JUSTIÇA À POLÍTICA: ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO STF

4.1 Direito e Política no Estado Democrático de Direito

Tanto a Política como o Direito são instrumentos de grande relevância nas sociedades contemporâneas no que concerne à sua estruturação e organização. Ambos se interligam na determinação das diversas características que devem ter a sociedade, estabelecendo, portanto, a forma pela qual ela se organiza.

O fazer político relaciona-se, por exemplo, com a determinação de leis que serão utilizadas pela execução do Direito, enquanto que o Direito, por sua vez, traça determinações que irão influenciar a maneira pela qual a política se organiza e tem sua efetivação na sociedade.

Porém, ainda que eles possuam características que os aproximam, o estabelecimento de limites divisórios entre tais institutos tem sido considerado essencial no Estado Democrático de Direito. Com relação ao tema, podemos aferir que na Política vigoram a soberania popular e o princípio majoritário, verificando-se o domínio da vontade, enquanto que no Direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos direitos fundamentais, ocorrendo nesse caso, o domínio da razão³⁴.

Nesse sentido esclarece REALE:

Ora, aos olhos do homem comum o Direito é a lei e ordem, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garantem a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros. Assim sendo, quem age de conformidade com essas regras comporta-se direito; quem não o faz, age torto³⁵.

Ainda sobre o tema, GAGLIANO e PAMPLONA relatam que o Direito positivo não se trata de algo encontrado na natureza de maneira finalizada, mas constitui uma estrutura que será descoberta pela humanidade: ele é o produto ou resultado da integração dos indivíduos que convivem em sociedade, a qual tem uma estrita dependência em relação à ontologia do

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2012. pág. 378.

³⁵ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27.ed São Paulo: Saraiva, 2009. pág. 1.

ser humano, posto que pretende alcançar a solução dos possíveis conflitos que sejam oriundos do processo de convivência social³⁶.

Ao analisarmos a Política, podemos verificar que ela representa uma forma de conduta humana: trata-se de uma atividade que se exterioriza através de relações de poder, e que também envolve características mandamentais e de subordinação. E, ainda, consiste na ação de governar, com o objetivo primordial de alcançar a organização e a direção da comunidade em que é aplicada. A atividade política, assim, vincula-se de maneira intensa com o poder, o qual se converte em um meio para a consecução da prática de cunho político.

Ainda assim, a característica de impositividade, inerente e peculiar ao Direito, está entrelaçada com o poder político que lhe dá origem. A organização jurídica nas diversas sociedades emana de um centro de poder, e de um grupo social que assegura sua objetividade. E conforme tais aspectos, ressalta a doutrina: “A criação do direito (atividade legislativa) e a sua aplicação in concreto (atividade do julgador) convivem, como funções do mesmo sistema (a organização política)”³⁷.

Nesse sentido, é importante destacar que é a Constituição que institui os Poderes do Estado, distribuindo, inclusive, suas competências diversas. Sobre o tema:

A Constituição é o primeiro e principal elemento na interface entre política e direito. Cabe a ela transformar o poder constituinte originário – energia política em estado quase puro, emanada da soberania popular – em poder constituído, que são as instituições do Estado, sujeitas à legalidade jurídica, à rule of law³⁸.

De acordo com as delimitações constitucionais, verifica-se que o Legislativo e o Executivo receberam atribuições essencialmente políticas. De modo que ao Legislativo foi conferida, precipuamente, a função da criação do direito positivo. E, ao Executivo, dentro do sistema presidencialista brasileiro, verifica-se a concentração de funções de chefe de Estado e de chefe de governo. Ambos têm sua formação baseada no processo político majoritário, já que o acesso principal às cadeiras de tais Poderes é através do voto popular.

Já ao Poder Judiciário, foram reservadas as atribuições tidas como fundamentalmente técnicas. Ao contrário do chefe do Executivo e dos parlamentares, seus membros não são

³⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. 8ª ed. Saraiva. São Paulo: 2006, pág 253.

³⁷ Ibid, pág. 251.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro. Editora Saraiva. 2012. pág. 380.

eleitos, já que, como regra geral, os magistrados ingressam no primeiro grau de jurisdição através de concurso público.

No tocante aos tribunais superiores, verifica-se que a investidura de seus membros sofre uma maior influência política, mas, ainda assim, está sujeita aos parâmetros constitucionais. Conforme já salientado anteriormente, a atuação típica do Judiciário consiste na aplicação do direito a casos concretos que são demandados à justiça para solução de seus litígios.

Ao analisar o caso concreto, e aplicá-lo a determinada especificação normativa, o juiz estaria apenas executando uma função técnica de conhecimento e declaração de um resultado já previsto, e não uma atividade essencialmente criativista, suscetível de influência política. Ainda nos casos de controle de constitucionalidade, em que se verifica a posição contramajoritária, em tese estaria o Judiciário apenas fazendo valer os mandamentos constitucionais em detrimento da decisão política majoritária.

Para blindar a atuação judicial da influência imprópria da política, a cultura jurídica tradicional sempre se utilizou de dois grandes instrumentos: a independência do judiciário com relação aos órgãos estritamente políticos de governo e a vinculação ao direito, pelos quais todo o Poder Judiciário tem sua atuação determinada pela Constituição³⁹.

É necessário grifar a importância de um Judiciário livre de pressões políticas, para que possa interpretar e aplicar a lei de maneira imparcial e isenta, baseado em técnicas e princípios aceitos juridicamente. Ainda esclarece BARROSO (2012, pág. 383): “Independência e imparcialidade como condições para um governo de leis, e não de homens. De leis, e não de juízes, fique bem entendido.”

Ainda que o judiciário seja livre para ser imparcial, deve ele sempre se pautar pela Constituição e pelas leis, e, embora desempenhe uma função criativa quando interpreta estas mesmas leis à luz dos princípios constitucionais, não pode se esquecer que seu papel é o de aplicar as normas e não o de criá-las.

E é nesse ponto que coexistem a tensão e o equilíbrio entre o Direito e a Política, cada qual com o seu espaço delimitado, muito próximos e de fronteira tênue, mas que não podem ter suas essências confundidas. Ainda que o Legislativo não seja eficaz como gostariam os brasileiros, e ainda que paire sobre ele as desconfianças populares, não pode o Judiciário

³⁹ Ibid. pág. 382.

fazer-se de legislador assim como não pode o Legislativo impor decisão política aos magistrados.

Apesar de frágil, essa limitação é necessária para a manutenção da estabilidade democrática. Tendo em vista que preza um Estado Democrático de Direito pelos princípios da constitucionalidade, organização democrática da sociedade, sistema de direitos fundamentais e individuais e coletivos, justiça social, igualdade, legalidade, separação dos poderes e, segurança e certeza jurídicas⁴⁰. Tais princípios devem coexistir em harmonia, e, para tanto, é necessário que as três funções estatais divididas entre os Poderes estabelecidos pela Constituição estejam funcionando em sincronia, ainda que independentes.

Tendo sido verificada a importância do equilíbrio dos dois conceitos trabalhados neste subitem, partiremos para uma análise mais aprofundada das consequências do enfraquecimento do Poder Legislativo na atual conjuntura social vivida pelo Brasil, que levaram a uma crescente busca pelo Judiciário para a resolução de conflitos políticos. Estes temas demandavam uma ampla esfera de debate público e social e viram suas soluções pronunciadas pelos onze ministros do Supremo Tribunal Federal.

Quais as consequências de tal posicionamento do Judiciário? Os princípios que regem um Estado Democrático de Direito estão sendo respeitados diante de tal deslocamento do debate para o Judiciário?

4.2 Judicialização da Política

Conforme Franco Aurélio Brito de Souza (2010, pág.85), a judicialização da política teve origem no século XX, quer como consequência, quer como pilar do Estado Democrático ao final da Segunda Guerra Mundial, e depois, entre as décadas de 70 e 80, como baliza que moldou a feição do Estado Democrático de Direito.

A expansão do Poder Judicial também ganhou relevância no final do século passado, já que a maioria dos países ocidentais democráticos adotou o Tribunal Constitucional como mecanismo de controle dos demais Poderes e do governo. Nesse novo cenário, o governo teve que, além de negociar seu plano político com o parlamento, voltar sua atenção a não infringir a Constituição. Desenvolveu-se, portanto, um ambiente político que acabou por viabilizar a

⁴⁰ STRECK, L. L. ; MORAIS, J. L. B. . CIÊNCIA POLITICA E TEORIA DO ESTADO. 8. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2014. pág. 100.

participação do Judiciário nos processos decisórios e a ocupação de um lugar estratégico no controle dos demais Poderes⁴¹.

Ainda esclarece SOUZA, que depois dos incontestáveis efeitos da jurisdicização⁴² da política – em que foi possível verificar que a racionalidade da lei tornou a política mais amarrada e contida graças a sua maior visibilidade e transparência –, percebeu-se que os políticos intensificaram suas idas aos Tribunais na qualidade de réus. Essa trajetória realizou-se de forma que o Poder Judiciário, graças às suas características técnicas, mostrou-se capaz de punir e reparar os desvios dos atos administrativos e políticos⁴³.

Conforme CARVALHO (2004, pág. 117), ao fazer uma análise das motivações que levam à judicialização da política, verifica-se a presença de algumas condições que demonstram se a judicialização é uma realidade em determinado contexto jurídico.

A primeira condição para a judicialização da política é a existência de um governo democrático e do princípio da separação dos poderes, já que não é possível compatibilizar governos autoritários com a expansão do poder judicial, assim como é necessário que os Poderes tenham suas funções constitucionalmente estabelecidas para que seja possível o surgimento do fenômeno aqui estudado.

Novamente sobre essas condições, assevera o já citado autor que a existência de direitos políticos formalmente reconhecidos pela Constituição, associados ao uso dos Tribunais pelos grupos de interesse para assegurar tais direitos, mostram-se como fatores de grande relevância para o surgimento da judicialização da política. Nesse sentido:

De fato, o desenvolvimento e a expansão dos direitos em geral, até mesmo dos direitos políticos, foram mais propriamente obra de pressões e lutas das organizações sociais, sejam elas movimentos sociais ou grupos de interesse, do que obra de devoção de atores altruístas. Portanto, os grupos de interesse passam a considerar e/ou utilizar a possibilidade de veto dos tribunais na realização de seus objetivos⁴⁴.

⁴¹ CARVALHO, Ernani R. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Paraná, n.23, nov. 2004, pág. 115.

⁴² Conforme SOUZA (2011, pág. 84) tal conceito foi desenvolvido no sentido de caracterizar a fase inicial de concepção/asseveração dos direitos políticos, nesse contexto verifica-se uma transformação de política em lei, sendo ela visualizada como ato organizado e racional, derivado da vontade e da soberania popular e componente de uma instituição representativa do poder político.

⁴³ SOUZA, Franco Aurélio Brito. “Uma Breve Abordagem Sobre a Relação entre Estado, Direito e Política”. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Org.) . *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.pág. 87.

⁴⁴ CARVALHO, Ernani R. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Paraná, n.23, p. 117, nov. 2004.

Tal contexto, aliado à insatisfação das oposições, gera um movimento desses partidos políticos no sentido de barrar as alterações aprovadas pelas maiorias, e que, por conseguinte, buscam os Tribunais para obstaculizar e até mesmo impedir as alterações em curso. Com relação a tal fenômeno, resta claro que a utilização do controle concentrado para a contestação de políticas públicas já é uma realidade mais do que consumada no Brasil.

Entretanto, não é possível esquecer que a inefetividade das instituições majoritárias – última condição apontada por CARVALHO (2004, pág. 120) para a existência da judicialização da política – em muito colabora para a atual situação brasileira.

Ora, não é recente a constante busca pelo Supremo Tribunal Federal para dar provimento às demandas sociais que não estão sendo providas pelo Legislativo e Executivo. E isso não inclui apenas as voltadas à seara política. Nos últimos anos, o Pretório Excelso esteve em evidência por diversas vezes ao tratar de questões extremamente delicadas e de grande comoção social.

Ainda conforme CARVALHO (2004, pág. 121 apud VALLINDER, 1995), podemos considerar que existem dois tipos de judicialização: a) “*from without*” que é a reação do Judiciário à provocação de terceiro para revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição, e, dessa maneira ampliando o poder do Judiciário perante outros poderes; b) “*from within*” que é a utilização do aparato judicial na administração pública. A forma mais difundida de judicialização da política é a *from without*, ou seja, a praticada através do controle jurisdicional da constitucionalidade.

Embora alguns estudiosos vejam a judicialização da política de maneira contributiva⁴⁵, no sentido em que auxilia o surgimento de um padrão de interação entre os Poderes, o que não seria necessariamente deletério para a democracia, outras posições doutrinárias sustentam que as análises dos processos de judicialização da política indicam que eles comportam dois riscos.

Em primeiro lugar estaria a tendência de que os conflitos políticos passassem a ser decididos por órgãos jurídicos, que não gozam da legitimidade democrática direta que as

⁴⁵ Confome Marcuso Faro de Castro: “Do ponto de vista do processo político como um todo, a judicialização da política contribui para o surgimento de um padrão de interação entre os Poderes (epitomizado no conflito entre tribunais constitucionais e o Legislativo ou Executivo), que não é necessariamente deletério da democracia. A idéia é, ao contrário, que democracia constitui um “requisito” da expansão do poder judicial (Tate, 1995). Nesse sentido, a transformação da jurisdição constitucional em parte integrante do processo de formulação de políticas públicas deve ser vista como um desdobramento das democracias contemporâneas.

eleições conferem ao Legislativo e Executivo. E, também, a possibilidade de que o Tribunal Constitucional, diante de matérias de alto grau de conflitividade, teria uma tendência de se afastar das razões jurídicas para decidir de acordo com suas razões políticas, conferidas pelas suas relações de aprovação ou desaprovação à maioria governante⁴⁶.

A problemática exposta anteriormente é extremamente delicada, já que, embora o Judiciário deva conter sua atuação de maneira que não exceda sua capacidade institucional e entre na esfera dos demais poderes, também deve ele se manifestar diante das demandas em que é solicitado seu parecer jurídico.

É evidente que, em favor da democracia, a melhor forma de resolução dos debates políticos é mediante a extensa discussão sobre o tema nas Casas Legislativas. Além disso, a transmissão dessa função para o Tribunal Constitucional limita o debate a onze ministros e não a uma extensa gama de parlamentares eleitos e que, portanto, carregam consigo a representatividade popular.

Ademais, a questão principal é que a discussão aqui arguida não reside apenas na capacidade institucional de cada um dos Poderes, afinal, a crise política vivida pelo Brasil muito colabora para a situação exposta, mas que a situação da judicialização da política é muitas vezes alimentada por quem deveria afastá-la, ora usada como tática de oposição tomando os tribunais como última instância, ora utilizada como arbitragem de interesses em conflito, de modo a definir as “regras do jogo” político. Sobre o tema:

A judicialização da política no Brasil é uma resposta política do Judiciário ao quadro de omissão dos demais Poderes em implementar as políticas de efetivação dos direitos prometidos no texto constitucional; também é uma resposta aos anseios da sociedade para a transformação em direito de interesses que ainda não têm esse estatuto normativo. Resta entender o que estaria produzindo essa omissão, [...]. O chefe do Executivo e os membros do Legislativo são agentes políticos, diferentemente do Judiciário, investidos de mandatos temporários providos mediante sufrágio direto. Mesmo, no caso do Executivo federal, os Ministros de Estado como agentes políticos investidos de cargos não eletivos, estão vinculados indiretamente à eleição do Presidente da República. Essa omissão à primeira vista e num primeiro momento se apresenta como um não atendimento da expectativa de parcelas relevantes da sociedade civil, o que tenderia a alimentar sentimentos negativos e possível perda de legitimidade do regime no longo prazo⁴⁷.

⁴⁶ OLIVEIRA, Vanessa E.; CARVALHO NETO, Ernani. Judicialização da política: um tema aberto. Política Hoje. Revista do Mestrado de Ciências Políticas da UFPE, Pernambuco, v. 1, n. 15, 2006.

⁴⁷ MENEGHETTI, Marco Antonio. Judicialização da política no Brasil e moderação do poder. 2008. 141 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Políticas)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008. pág. 86-87.

Como situar o ativismo judicial dentro da judicialização da política? Como proceder se o Judiciário, sendo demandado para a arbitragem de determinada questão debatida no Congresso e vencida pela base majoritária, obtém a solução de tal demanda através do ativismo?

Resta claro que a crise política instalada durante os últimos anos, encontrou o ápice nos últimos meses graças a problemas como corrupção, inefetividade do Legislativo para com as demandas sociais, saturação da sociedade com relação ao modelo político, e grande oposição às medidas relativas ao atual governo. Dentro deste contexto é salutar assinalar que a necessidade de uma reforma política cada vez mais se aproxima da realidade brasileira.

Ainda que a solução dada pelos Tribunais seja um remédio paliativo – o qual discutiremos no próximo capítulo ao fazer uma breve análise jurisprudencial –, salta aos olhos que uma alternativa que deveria ser usada como exceção possa, em um futuro próximo, ser utilizada como regra.

O ativismo, assim como a judicialização da política, é mecanismo que possui seu valor dentro dos sistemas jurídicos. O primeiro porque permite que os preceitos constitucionais se sobreponham as leis de maneira que uma nova interpretação seja construída, e o segundo porque permite que a análise técnica do Judiciário seja utilizada como uma espécie de arbitragem que estabelece as regras do jogo político.

Ocorre que, dentro da atual crise do sistema político, toda cautela é necessária, pois ao convergirmos os dois institutos em um mesmo caso concreto os riscos da problemática exposta acarretar falta de legitimidade democrática, politização da justiça ou até mesmo a extrapolação da capacidade institucional, fogem à prevenção necessária no que concerne os princípios que delimitam o Estado Democrático de Direito.

4.3 Análise Jurisprudencial

4.3.1 A Verticalização das coligações partidárias

O primeiro caso concreto que iremos analisar foi amplamente debatido durante muitos anos no direito brasileiro e apenas resolvido com a implementação de uma emenda constitucional no ano de 2006. Entretanto, esta querela teve início em 2001, em face de

consulta formulada pelos Deputados Federais Miro Teixeira, José Roberto Batochio, Fernando Coruja e Pompeo de Mattos ao TSE.

A consulta foi dirigida ao TSE com a finalidade de verificar a possibilidade de um partido político celebrar coligação para a eleição ao cargo de Presidente da República, e, ao mesmo tempo, coligar-se com outros partidos (que também possuíam candidato a Presidência da República) visando às eleições ao cargo de Governador do Estado. A busca pelo parecer do Colendo Tribunal Eleitoral tinha por objetivo garantir a coligação que estava sendo costurada entre PT e PDT, em São Paulo, para lançar José Genoíno como candidato ao Governo Estadual.

A resposta do TSE foi dada no dia 26 de fevereiro de 2002. O Relator, Ministro Garcia Vieira, se manifestou negativamente quanto a esta possibilidade, consignando que o legislador autorizava somente a formação de mais de uma coligação para a eleição proporcional que integrava a coligação para o pleito majoritário. A interpretação foi dada com base no art. 6º da Lei nº 9504 de 1997⁴⁸, e, com relação a fixação de tal entendimento, foi editada pelo Tribunal Superior Eleitoral a Resolução nº 20.993, cujo Relator era o Ministro Fernando Neves. Essa Resolução, no seu art. 4º, § 1º, dispunha que:

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 que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato a eleição presidencial⁴⁹.

Os principais fundamentos da referida resolução residiam, em primeiro lugar, no caráter nacional dos partidos políticos, conforme exigência do art. 17⁵⁰, inciso I da Constituição Federal; e, em segundo lugar, na consistência política das coligações partidárias, exigida pela legislação eleitoral.

⁴⁸ Art. 6º É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para as eleições majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para o pleito majoritário.

⁴⁹ Lei nº 9.504/97, art. 6º; Consulta nº 715, TSE de 26.2.02.

⁵⁰ Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I - caráter nacional; II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III - prestação de contas à Justiça Eleitoral; IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

À luz de tal entendimento, a coligação nacional é paradigma da coligação estadual, já que, de acordo com a teoria dos conjuntos, a União inclui os Estados e o Distrito Federal, e os Estados incluem os Municípios de seu território. Entendeu-se que, pelo fato de os partidos políticos possuírem caráter nacional, a lei “quis dizer”, implicitamente, que as alianças dos partidos nos Estados estariam limitadas pelas alianças federais.

No entanto, dentro do próprio tribunal tal decisão foi alvo de polêmica, conforme expressa trecho da decisão do Ministro Sepúlveda Pertence, vencido na matéria:

Por fim, uma consideração final de prudência. A Lei 9.504 é de 1997 e já regeu, portanto, as eleições gerais de 1998. Nessas, o art. 6º foi interpretado e aplicado no sentido de desvinculação entre as coligações federais e as estaduais. Recordo, a título de exemplo, que o PSDB e o PT, aos quais filiados os dois candidatos mais votados para Presidente da República, não obstante, formaram a coligação que elegeu o Governador do Estado do Acre. A lei não sofreu alterações. E a que hoje acaso viesse a ser editada não mais incidiria, no processo eleitoral do corrente ano, por força do art. 16 da Constituição, inovação salutar inspirada na preocupação da qualificada estabilidade e lealdade do devido processo eleitoral: nele a preocupação é especialmente de evitar que se mudem as regras do jogo que já começou, como era freqüente, com os sucessivos "casuísmos", no regime autoritário⁵¹.

Conforme José Ribamar Barreiros Soares⁵², da maneira como a questão estava especificada na legislação eleitoral, os partidos tinham a liberdade de se coligarem de acordo com as conveniências políticas ditadas pelo momento e pelas circunstâncias. A situação era de conveniência política dos partidos, decisão que era, portanto, definida no âmbito interno das instituições políticas. A atividade política estava sendo desenvolvida dentro de um processo de normalidade democrática, e as regras do jogo político, a priori eram bem claras e já vinham sendo aplicadas há algum tempo, sem maiores polêmicas ou questionamentos.

A nova interpretação dada à lei pelo Tribunal Superior Eleitoral instalou uma quebra no paradigma encontrado nas relações políticas estabelecidas, os perfis e as estratégias já tinham sido traçadas pelos candidatos, e a implementação de nova leitura à regra das coligações partidárias, sem sombra de dúvidas, instalou uma nova ordem jurídica às vésperas da eleição.

⁵¹ Lei nº 9.504/97, art. 6º; Consulta nº 715, TSE de 26.2.02

⁵² SOARES, José Ribamar Barreiros. Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/responsabilidade-social/edulegislativa/educacao-legislativa-1/posgraduacao/arquivos/publicacoes/teses-dinter/JosdeRibamarBarreirosSoaresprojetoDinter.pdf>>. Acessado em 05 de maio de 2015

Se não bastasse toda a questão envolvida na nova interpretação dada à lei, foi amplamente debatido o fato de que a referida resolução fora publicada em fevereiro de 2002 e, contrariamente ao que estabelece o art. 16⁵³ da Constituição Federal, foi exigida a sua aplicação nas eleições daquele ano.

É corolário do princípio da anualidade a segurança jurídica, pois essa regra tem como finalidade evitar casuísmos e surpresas às vésperas das eleições, impedindo que a legislação eleitoral possa surpreender os participantes do certame que se avizinha, beneficiando ou prejudicando candidatos. O novo mandamento jurídico assentado pela resolução do TSE era evidentemente utilizado para mudar as “regras do jogo”, e ainda assim, a regra da anterioridade foi afastada.

Em torno da conjuntura formada diante da decisão do TSE, os partidos políticos PT, Pcdob, PL e PSB ajuizaram a ADIn nº 2626-DF com a finalidade de afastar a aplicação de tal resolução por meio da declaração de sua inconstitucionalidade.

Em 18 de abril de 2002, decidiu o STF, por maioria, que o dispositivo colocado à impugnação, que impôs, incontestavelmente, a verticalização das coligações partidárias, limitou-se a dar interpretação à lei 9504 de 1997, sendo, portanto, um ato normativo secundário de natureza interpretativa.

Entenderam à época os Ministros do Tribunal Constitucional que os eventuais excessos do poder regulamentar da resolução não se caracterizariam como inconstitucionalidade, e sim como eventual ilegalidade frente à lei ordinária regulamentada, e, sendo indireta ou reflexa a ofensa a Constituição Federal, a análise por aquele Tribunal seria incabível em nível de controle abstrato das normas, negando o conhecimento da ação e não chegando sequer a fazer a análise do mérito por ela pretendido.

A ministra Ellen Grace, em seu voto, pontuou a esse respeito que o Tribunal negava a submissão ao controle constitucional das normas em questões que versavam, na verdade, sobre a legalidade do poder regulamentar. Alegou, inclusive, a inexistência de violação direta à Constituição, posto que o artigo impugnado tratava de coligações partidárias, matéria não contemplada pelos dispositivos constitucionais, daí porque seria cabível a interpretação pelo TSE.

⁵³ Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

Foram vencidos os ministros Ilmar Galvão, Sydney Sanches, Sepúlda Pertence e Marco Aurélio, que eram a favor do conhecimento da ação por considerarem a resolução um ato normativo autônomo, que, por conseguinte, não se assentava em nenhuma lei, e ainda introduzia inovação relevante a normativa eleitoral. Portanto, restou claro que o princípio da anualidade não estava sendo respeitado e que a competência legislativa do Congresso Nacional foi invadida pelo poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral⁵⁴.

Ainda conforme o tema assevera José Ribamar Barreiras Souza:

Embora a resolução tenha sido editada pelo Tribunal Superior Eleitoral, e não pelo Supremo Tribunal Federal, há dois aspectos que devemos considerar nesta análise. A primeira é a de que, dos sete membros que compõem o TSE, três são Ministros do Supremo e é, dentre estes que se escolhe o Presidente da Corte Superior Eleitoral. Assim, há uma forte influência dos ministros do Supremo nas decisões do Tribunal. Além deste aspecto, a decisão do TSE sempre está sujeita ao exame do Supremo em matéria constitucional, como é o caso da verticalização de coligações. Isto demonstra que a confirmação ou não dessa forma de ativismo judicial compete ao Supremo Tribunal Federal, daí por que, nesta tese, consideramos a Corte Suprema como a arena de deliberação política nessa matéria, e não o Tribunal Superior Eleitoral, uma vez que a decisão definitiva sobre o tema será tomada no âmbito do Supremo, e não do TSE. Se o Supremo tiver uma postura ativista nessa matéria, a decisão do TSE será mantida; do contrário, poderá ser modificada. Isto indica a importância do Supremo na condução dessa postura ativista, já que, nesta Corte, se decidem, em última instância, as questões constitucionais examinadas por instâncias inferiores.⁵⁵ (grifo nosso)

Em verdade, ao confirmar o entendimento do TSE a Corte Constitucional mudou um posicionamento mantido durante anos, alavancando um movimento que deu ensejo a um novo meio de resolução dos embates travados na seara política, qual seja, o judicial. Desse modo, o voluntarismo do Judiciário em resolver questões que poderiam ter sua solução exaurida nos meios políticos, acabou dando a propulsão e o combustível para a judicialização da política.

Esse cenário jurídico e político evidenciava que qualquer provocação do Judiciário por parte da sociedade ou das instituições políticas poderia desencadear uma solução que, embora

⁵⁴ Informativo STF nº 264. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo264.htm>> Acessado em 05 de maio de 2015.

⁵⁵ SOARES, José Ribamar Barreiros. Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/responsabilidade-social/edulegislativa/educacao-legislativa-1/posgraduacao/arquivos/publicacoes/teses-dinter/JosdeRibamarBarreirosSoaresprojetoDinter.pdf>>. Acessado em 05 de maio de 2015

seja válida no sistema jurídico, estaria envolta de ativismo judicial, que agora era utilizado pelo Supremo Tribunal Federal a serviço da criação de novos direitos políticos.

Nesses termos ainda era possível verificar que o próprio Tribunal Superior Eleitoral se mostrava propenso a usar e, para alguns, “abusar”, da sua competência regulatória prevista no art. 23, inciso IX⁵⁶, do Código Eleitoral. Ao responder a consulta o referido tribunal não só emitiu parecer sobre a matéria, como estabeleceu que a nova proposição valesse de imediato à revelia do princípio da anualidade, tudo em prol do fortalecimento dos partidos.

Ora, é evidente que a função do Judiciário é caracterizada pela interpretação das leis, deixando a sua criação a cargo dos Poderes formados por agentes políticos. No entanto, já em meados dos anos 2000, verificava-se a tendência dos Tribunais de invadir a esfera criativa, seja em prol de direitos constitucionais, seja em prol de fechar as lacunas deixadas pela legislação.

O ativismo surge nessa decisão como a expressão criativa do “bom direito”. O Direito aqui é qualificado por muitos juristas como bom porque formado nas esferas judiciárias onde, inclusive, acredita-se ter o maior conhecimento técnico para o estabelecimento do que é justo. Todavia, a função criativa não engloba a capacidade institucional do Judiciário, e não é o que pede a prudência quanto às delimitações da legitimidade democrática na atuação deste Poder.

Decerto que tal situação foi de desagrado geral no Congresso, e deu ensejo a uma resposta por meio de criação legislativa. Em março de 2006 foi publicada a emenda constitucional nº 52 que alterou o art. 17 da Constituição Federal para acabar com a obrigatoriedade da vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal.

Sendo promulgada tal emenda, novamente ficou o questionamento quanto à aplicação da exclusão da verticalização das coligações partidárias para as eleições que ocorreriam no mesmo ano, já que em seu art. 2º era especificado que a nova regra seria aplicada nas eleições de 2006, com a finalidade óbvia de burlar o princípio da anterioridade em prol dos interesses de alguns grupos políticos.

Graças a tal questionamento a Ordem Nacional dos Advogados interpôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3685. O STF julgou a ação procedente, declarando a

⁵⁶ Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código;

inconstitucionalidade do art. 2º da emenda nº 52 e aplicando o princípio da anterioridade a mudança ocorrida na regra com a promulgação de tal dispositivo.

Alegava o Pretório Excelso que o princípio da anterioridade eleitoral é garantia fundamental, oponível inclusive à atividade do legislador constituinte derivado, e que sua transgressão violaria os direitos individuais da segurança jurídica e do devido processo legal.

Nesse segundo momento, o cerne da discussão se pautou apenas na questão temporal da medida, já que, conforme explicitado anteriormente, a emenda 52 indicou expressamente que a aplicação da nova regra deveria ocorrer nas eleições de 2006 entrando, portanto, em conflito com a regra do art. 16 da Constituição Federal que dispõe sobre o princípio da anterioridade eleitoral.

Ora, a questão que fora afastada em uma primeira análise quando da implementação da verticalização das coligações⁵⁷, foi trazida ao pleito e aceita nesse segundo momento de modo que foi adiada para a próxima eleição o fim da verticalização das coligações partidárias.

A inovação do STF nessa decisão residiu no fato de que o princípio da anterioridade da lei eleitoral – previsto no art. 16 da Constituição – foi elevado à cláusula pétrea, e, portanto, possuiu o referido Tribunal atividade criativa diante da melhor solução vislumbrada.

Porém, alguns argumentaram em desfavor de tal tese, alegando que pelo fato de o próprio artigo 16 já ter sido “emendado”, não é possível que ele seja considerado uma cláusula pétrea e, por conseguinte, fundamenta-se tal argumento no fato de que a emenda não altera o proposto no artigo 16 da Constituição Federal – eliminando o intervalo de um ano para alterações no processo eleitoral –, e sim o artigo 17. Dessa maneira, salienta-se que o princípio da anterioridade deve ser respeitado, pois na realidade não foi ele o alvo da alteração constitucional provocada pela emenda 52.

Ainda sobre o tema, após análise da conjuntura política de tal questionamento, assevera José Ribamar Barreiros Soares:

O voluntarismo do Supremo Tribunal Federal produziu o ambiente propício para o ativismo judicial. Havendo essa disposição por parte dos juízes de decidir questões eminentemente políticas, qualquer provocação do Judiciário por parte da sociedade ou das instituições políticas poderia

⁵⁷ Lembre-se que quando estabelecida a verticalização das coligações partidárias através de resolução do TSE, o STF se posicionou no sentido de que tal regra deveria valer pras eleições do mesmo ano em que entrou em vigor, afastando, portanto, o princípio da anterioridade por acreditar que aquele caso não se enquadraria no estabelecido no art. 16 da Constituição por não se tratar de nova regra do sistema eleitoral e sim mera interpretação da já existente.

desencadear esse processo, por meio de instrumentos hermenêuticos, utilizados a serviço da criação de novos direitos⁵⁸.

Sendo assim, ainda que o STF tenha se pautado na Constituição para inovar no entendimento da aplicação da regra da anterioridade à emenda 52, e ainda tenha inovado ao aplicar o controle de constitucionalidade no caso do poder constituinte derivado, é necessário sublinhar a importância da análise de tal comportamento quanto aos impactos causados entre o equilíbrio funcional dos Poderes envolvidos.

Conforme já salientado, tal postura, mesmo que utilizada dentro dos limites da jurisdição constitucional, cria um movimento cada vez maior por demandas em que o Supremo Tribunal Federal é buscado para resolução de conflitos essencialmente políticos, e que, portanto – e em detrimento da democracia –, têm o seu debate deslocado. E, diante do posicionamento da Suprema Corte, que atua na ampla margem da jurisdição constitucional, cria-se um cenário de embate não só político, mas entre Poderes democraticamente estabelecidos.

Uma vez considerada a premissa de que a verticalização das coligações partidárias versa sobre matéria eleitoral, não poderia o Pretório Excelso ter se escusado de julgar a inconstitucionalidade da aplicação da resolução do TSE no mesmo ano de sua publicação na ADI 2626-7/DF.

Dentro do cenário estabelecido à época da resolução, esperava-se que a regra fosse a contida na fórmula que já vinha sendo plenamente utilizada até o implemento da resolução do TSE, e que era a da não proibição de coligações diversas. Quando o tribunal alterou seu entendimento, as estratégias partidárias já tinham sido estabelecidas, e, obviamente, a decisão trouxe surpresa aos partidos políticos e aos candidatos⁵⁹.

Do exposto, afigura-se nítido a quebra da regra da anterioridade eleitoral, e, o contexto que antecedeu a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, torna inequívoco o fato de que tal posicionamento do Judiciário acabou por instalar um cenário de instabilidade política, que por consequência, deu ensejo a uma reação do Congresso Nacional.

⁵⁸ SOARES, José Ribamar Barreiros. Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/responsabilidade-social/edulegislativa/educacao-legislativa-1/posgraduacao/arquivos/publicacoes/teses-dinter/JosdeRibamarBarreirosSoaresprojetoDinter.pdf>>. Acessado em 05 de maio de 2015

⁵⁹ BRANDÃO, Rodrigo. A proteção dos direitos e garantias individuais em face de Emendas Constitucionais à luz da jurisprudência do STF. Disponível em http://www.studio737.art.br/cliente/rodrigobrandao/wp-content/uploads/2013/06/Direitos_Fundamentais_CP_STF.pdf>. Acessado em 28 de maio de 2015. Pág. 19.

Ainda sobre o tema:

Com efeito, inexistindo segurança jurídica a proteger, já que não havia elementos para se concluir com segurança qual seria a disciplina normativa da questão, não há que se falar em violação à cláusula pétrea, de modo que, a nosso ver, a orientação fixada pela supermaioria dos membros do Congresso Nacional deveria ser reverenciada pelo Judiciário. Cuida-se, a propósito, de corolário da tese desenvolvida no curso do trabalho, no sentido de interpretar-se o art. 60, § 4º, IV, da CF/88, com razoável dose de autorestrição judicial, de maneira a preservar a intangibilidade dos ditos elementos constitucionais essenciais sem malferimento do princípio democrático.⁶⁰

Diante do posicionamento equivocado da Suprema Corte, configurou-se claro uma queda de braço que deveria ser evitada em prol dos princípios democráticos. Por esta razão instalaram-se, de maneira gradual, as primeiras raízes da nova tendência de judicializar a política, com efeitos ainda misteriosos àquela época e deveras palpáveis atualmente. Tal movimento, aliado ao ativismo judicial, formou um cenário onde o Judiciário começou a traçar uma tendência que já foi concretizada nos dias de hoje, qual seja, a de ser não apenas interprete, mas verdadeiro criador do Direito à luz dos princípios constitucionais.

4.3.2 A Fidelidade Partidária

A arena de debates no Judiciário, com relação à fidelidade partidária, teve início, assim como no caso da verticalização das coligações partidárias, por uma consulta feita ao TSE pelo Partido da Frente Liberal (atual DEM). Insatisfeito com as regras do processo político, que viabilizavam inúmeros pedidos de desfiliação por deputados federais recém eleitos nas eleições de 2006, inquiriu o Tribunal Superior Eleitoral acerca da possibilidade de partidos e coligações manterem a vaga obtida pelo sistema proporcional em caso de pedido de cancelamento de filiação ou transferência de legenda partidária.

O subscritor da consulta, Thiago Bovério, advogado do partido que a solicitou, pautou-se no discurso da moralidade, tendo em vista que alguns parlamentares, antes mesmo de sua posse, abandonavam seus partidos. Foi alegado, inclusive, que somente os partidos de

⁶⁰ Ibid, pág. 21.

oposição perdiam peças, pois os parlamentares corriam para “perto do cofre” do governo federal.

O TSE, com relação à consulta, embora fosse verificada a ausência de previsão constitucional dessa modalidade de perda de mandato, se posicionou afirmativamente e estabeleceu a instituição da fidelidade partidária. Fundamentou-se que os candidatos eleitos o eram com os votos do partido político, e, que, nas eleições proporcionais, os votos dos eleitores são atribuídos à legenda.

Por fim, concluiu-se que a orientação jurisprudencial dada ao tema até então⁶¹ não estava afinada com a realidade social vigente à época da decisão, que se mostrava intolerante com relação às infrações ligadas à probidade e à moralidade administrativa e pública.

Não obstante, o novo posicionamento do TSE foi adotado pelo STF no julgamento de três mandados de segurança ajuizados por partidos de oposição, sendo eles: MS nº 26.602/DF, rel. Min. Eros Grau; MS nº 26.603/DF, rel. Min. Celso de Mello; e, MS nº 26.604/DF, rel. Min. Cármen Lúcia; ambos com publicação no Diário da Justiça de 17.10.2008.

O Pretório Excelso se fundamentou no caráter essencial dos partidos políticos no processo do poder e no regime democrático, além de salientar a importância da fidelidade partidária, no sentido que insere a relação entre o mandatário eleito e o cidadão que o escolhe. Inclusive, foi ressaltada a relação de recíproca dependência entre o eleitor, o candidato e o partido existente no sistema partidário proporcional, alegou, ainda, que migrações inesperadas geram surpresas aos eleitores e aos partidos de origem, e, ainda, tolhem o exercício pleno da oposição política, em razão da súbita redução numérica que causa.

Reconhecida a fidelidade partidária, o TSE editou a resolução 22.610, fundamentando-se na competência normativa prevista no art. 23, XVIII, do Código Eleitoral⁶², e a resolução 22.733 que alterou a citada anteriormente, para disciplinar o processo de perda de mandato eletivo por desfiliação partidária injustificada.

Através desses atos normativos, foi regulamentado o processo de perda de mandato por infidelidade partidária, estabelecidas as hipóteses de justa causa, a competência para julgar o

⁶¹ O STF já havia se posicionado em mandados de segurança impetrados no sentido de que a desfiliação partidária não entrava no rol previsto no art. 55 da Constituição Federal, e, portanto, não estava prevista nas causas de perda de mandato. (MS nº 23.405, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 23.4.2004).

⁶² Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: XVIII - tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral.

pedido de perda de mandato, dentre outros detalhes referente ao procedimento como um todo. A resolução ainda estabeleceu a aplicação do novo entendimento a partir de 27 de março de 2007 no caso de desfiliações do sistema proporcional e estendeu os efeitos aos eleitos pelo sistema majoritário, a partir de 16 de outubro daquele ano.

Tendo em vista tal conjuntura, o Partido Social Cristão ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade diante das resoluções 22.610 e 22.733, nesse sentido, o requerente partiu do entendimento que tais resoluções se caracterizariam como usurpação de competência legislativa, representando incursão do Judiciário em assunto que não lhe é próprio e que o TSE não poderia legislar por meio de resolução sobre matéria processual.

Podemos citar expressão utilizada pelo Ministro Joaquim Barbosa, relator da ação, que referiu-se a uma afirmação do Ministro Celso de Mello, no sentido de que “compete ao TSE dispor sobre a matéria durante o silêncio – eloquente, talvez – do Legislativo”. (fl.116)⁶³. Sendo assim, a Suprema Corte declarou legítima a atuação do TSE enquanto houver o silêncio legislativo quanto à regulamentação do processo de perda de mandato. Alegou, inclusive, que seria inefetivo se a corte admitisse a existência de um dever, qual seja, a fidelidade partidária, mas não deixasse perdurar um mecanismo que viabilizasse a sua observância.

Após tais decisões, verificou-se uma mudança de entendimento no STF com relação à jurisprudência, já que antes do novo entendimento do TSE o Pretório Excelso assumia diante de tais demandas a postura de que a Constituição não autorizava a perda de mandato por infidelidade partidária.

Esse entendimento, inclusive, foi adotado por Gilmar Mendes, no Mandado de Segurança nº 23.405, de 2004, em que foi concluído que “é certo que a Constituição não fornece elementos para que se provoque o resultado pretendido pelo requerente” (fl.03 do voto). Até aquele momento, o Supremo Tribunal Federal entendia que o mandato era de fato do partido político, mas a Constituição não autorizava a sua perda, diante do que a Corte não poderia adotar a solução pretendida pelos impetrantes do mandado de segurança.

⁶³ SOARES, José Ribamar Barreiros. *Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/responsabilidade-social/edulegislativa/educacao-legislativa-1/posgraduacao/arquivos/publicacoes/teses-dinter/JosdeRibamarBarreirosSoaresprojetoDinter.pdf>>. Acessado em 05 de maio de 2015

Ainda salienta sobre o assunto José Ribamar Barreiros Soares:

A revista “Valor Econômico”, do dia 4 de julho de 2008, sob o título “Uma fidelidade partidária para políticos pouco infiéis”, contém reportagem acerca dessa nova atuação do Judiciário no Brasil, em questões de cunho eminentemente político, que, até então, eram decididas unicamente na esfera política. O articulador da matéria considera que o Congresso e o Tribunal Superior Eleitoral vêm mantendo uma queda-de-braço em torno de regulamentações dos pleitos. Nessa visão apresentada pelo autor da reportagem citada, o Tribunal tem sistematicamente extrapolado suas atribuições para exercer um papel de legislador, enquanto o Congresso tem respondido com mudanças na lei para acomodar interesses políticos dos parlamentares. Afirma que: um comprime, enquanto o outro dilata as regras eleitorais, o que acaba por comprometer o princípio da segurança jurídica⁶⁴.

A nova composição da Corte Constitucional era um aspecto que fortalecia a predisposição em analisar questões políticas, o que permitiu a mudança na orientação jurisprudencial. Inclusive, conforme artigo da Veja, edição 2.075, de 27 de agosto de 2008, sob o título “A calma é só aparente”, foi salientado o fato de que, “até recentemente, o STF era uma corte dominada por juristas conservadores, indicados para o cargo antes da redemocratização”, enquanto o Supremo à época da decisão aqui analisada, percebendo novas possibilidades de atuação em face da Constituição de 88, passou a agir nos espaços vazios deixados pelo legislador⁶⁵.

A posição criativa do STF, tanto no julgamento dos mandados de seguranças que reconheceram a perda de mandato por infidelidade partidária, quanto na análise da constitucionalidade das resoluções do TSE que regulamentaram o processo deram ensejo a grandes discussões no meio jurídico. Alegava-se que a posição da Corte Constitucional além de cancelar uma posição legisladora, e, portanto, invasora da esfera do Legislativo, estava tomando uma posição política. Nesse sentido:

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.999-7, de 2007, julgada pelo STF em 2008, o Relator, Ministro Joaquim Barbosa, considerou que “o debate legislativo é o ambiente adequado para resolver essas e outras questões, que são eminentemente políticas. Somente em situações extremas e sempre quanto autorizado expressamente pela Constituição é que o Judiciário pode se manifestar sobre os critérios que orientam a manutenção ou a perda do cargo por infidelidade partidária”. (fl. 115) Se o ambiente adequado para decidir essas questões políticas, na qual se inclui a

⁶⁴ Ibid. pág. 87.

⁶⁵ Ibid. pág. 107.

perda de mandato por troca de partido, está claro que a decisão do Tribunal não foi meramente interpretativa, mas criadora de direito novo. Isto constitui ativismo judicial⁶⁶.

E ainda:

“a Resolução do TSE, como estudamos, pode ser um ato normativo primário (que cria o direito) ou secundário (que copia o direito). No caso concreto, trata-se de um ato normativo primário (que cria direito novo), porém, como sabemos, por força do Código Eleitoral e da Lei no 9.504/97 (art.105), a Resolução do TSE tem força de lei ordinária federal, jamais status constitucional. Com isto, a decisão é inconstitucional, porque o TSE atuou como legislador positivo (e até aqui sem problemas), mas em matéria reservada à CF/88 (art. 55), e não afeta à lei ordinária federal. [...] o TSE, nos CTAS 1.398 e 1.407, e ainda na Resolução no 22.610/07, portanto, atuou como legislador positivo constitucional, adiantando a Reforma Política, criando uma hipertrofia e invadindo espaço do Poder Legislativo, violando a harmonia do sistema do *checks and balances* previsto no art. 2º da CF/88⁶⁷.

No entanto, de outro lado, a referida decisão também obteve defesas, no sentido de que a instituição da fidelização partidária não só colaborava com a formação das oposições como com a democracia, e, por conseguinte, a decisão da Suprema Corte, ainda que provida de análise interpretativa e criativa, foi acertada no sentido de compatibilizar os princípios constitucionais ao “criar” uma nova hipótese de perda de mandato. Sendo assim:

Na verdade, a mudança injustificada de legenda introduz no legislativo um elemento de instabilidade que obstaculiza a consolidação do sistema representativo, com desgaste da imagem dos partidos e dos políticos e enfraquecimento da democracia. A migração partidária tem, pois, contribuído para reduzir o grau de representatividade do regime democrático, pois não respeita a vontade do eleitor. O voto dado a um partido é transferido, indiretamente, após as eleições, para outro partido, alterando a representação eleita, sem consultar o eleitor.⁶⁸

Com relação ao tema é necessário grifar que tramita no Congresso Nacional proposta de emenda à Constituição tratando da fidelidade partidária, dentre as quais, podemos mencionar

⁶⁶ Ibid., pág. 100-101.

⁶⁷ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. Fidelidade partidária e perda do mandato no Brasil. São Paulo: Premier Máxima, 2008. pág. 251.

⁶⁸ NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. Ativismo judicial no Brasil O caso da fidelidade partidária. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502954/001002783.pdf?sequence=1>> Acessado em 07 de maio de 2015. pág 118.

a PEC nº 4, de 2007, cujo primeiro signatário é o ex-deputado Flávio Dino (PCdoB/MA), que tem por objetivo acrescentar o inciso VII ao art. 55, incluindo a infidelidade partidária como causa de perda de mandato, dando, por fim, tratamento adequado (em sede constitucional) à matéria.

Diante da análise anterior, restaram claras tanto a posição ativista do Supremo Tribunal Federal quanto a sua atuação na seara política. Tal postura, inclusive, teve grande impacto social, mas principalmente impacto nas regras do jogo político. Novamente foi verificado o deslocamento do debate político ao referido Tribunal – debate, que, inclusive, se iniciou, assim como no caso anterior, no TSE – e sua solução foi obtida pela instância judiciária.

Nesse caso o Tribunal Superior Eleitoral não apenas se limitou a reconhecer e estabelecer a perda de mandato por infidelidade partidária, como regulamentou o processo que daria ensejo a tal consequência. No mais, estabeleceu o marco temporal da aplicação de tal atendimento, assim como estendeu os efeitos da decisão aos eleitos pelo voto majoritário, ou seja, Chefes do Executivo e Senadores a partir de 16 de outubro do mesmo ano.

Apesar de tal posicionamento, que excede a função precípua que se espera do Poder Judiciário, a decisão ora analisada foi bem recebida nos meios jurídicos e acabou por não ter uma resposta legislativa que barrasse o caso. Primeiro porque foi de interesse dos partidos políticos, já que a dança das cadeiras era algo comum antes da fidelidade partidária, e, segundo porque o grande contraditório verificava-se na extensão dos efeitos da decisão para os mandatos oriundos de pleito majoritário, que eram minoria e de difícil ocorrência.

Em verdade, novamente vemos um Judiciário que praticamente se esqueceu dos seus antecessores que tanto preconizaram a auto-contenção. A atividade desenvolvida pelos ministros do Supremo Tribunal Federal criou, sem pudores ou ponderações, a instituição de nova possibilidade de perda de mandato, e ainda, regulamentou o processo que a precederia.

De fato a criação dessa nova modalidade era necessária no contexto verificado à época, já que no sistema proporcional é evidente a vinculação do voto ao partido político. Entretanto, não restam dúvidas de que além do brilhantismo das teorias formadas para embasar tal criação pelo Judiciário, fica uma sensação de incômodo – talvez um excesso de cautela – de que novamente a função de criar o Direito foi delegada a um órgão sem a capacidade institucional para tanto.

Decerto o próprio desenvolvimento do Direito permite a mudança das correntes filosóficas e interpretativas, e é compreensível que em uma Constituição apelidada de “cidadã” os direitos fundamentais e sociais sejam colocados em primeiro plano. Entretanto, a expansão da atividade judiciária não pode se auto-intitular a melhor solução dos problemas estruturais e normativos do atual

sistema político brasileiro sob pena de nos tornarmos, sem sequer percebermos, uma verdadeira juristocracia.

E é dentro dessa problemática que reside a importância da ponderação dos ativismos. Ainda que qualificados tecnicamente, aos juízes carece a legitimidade democrática para agir de modo tão proativo com relação à criação de novos direitos. E essa atividade, mesmo que compatibilizada com os preceitos constitucionais, recebe várias críticas com relação aos mecanismos utilizados para esse fim, caracterizando-os como verdadeira falácia jurídica, que ora são utilizadas em uma corrente filosófica, e ora são utilizadas de maneira completamente oposta de acordo com a conveniência e oportunidade dos ministros.

É possível atribuir essa sensação, em grande parte, ao fato que conceitos abertos e a interpretação que compatibiliza os princípios constitucionais à norma atacada, abrem uma grande margem de discussão. Diante das tantas correntes de pensamentos e possibilidades que a hermenêutica jurídica abre na jurisdição constitucional, sempre é possível que ao grupo em que se verifica a tese vencida fique a sensação de que o vencedor usou de artifícios subjetivos, ainda que constitucionalmente permitidos.

Ocorre que o aparente equilíbrio – e ressalte-se o equilíbrio de uma decisão é muito mais instável do que o garantido pela norma – que rondava a questão da fidelidade partidária foi quebrado no final de 2013, quando o Procurador Geral da República subscreveu Ação Declaratória de Inconstitucionalidade referente à resolução do TSE no que concerne o estabelecimento da perda de mandato por infidelidade partidária no caso dos eleitos pelo pleito majoritário, dadas a lógica e a dinâmica diversas ocorridas nas eleições desses cargos.

Não bastasse tal ação, o cenário político foi sacudido pela desfiliação partidária da senadora Marta Suplicy do Partido dos Trabalhadores sob a alegação de desvio do programa partidário, além de ter sofrido grave discriminação pessoal. Pelo parágrafo 1º do artigo 1º da Resolução nº 22.610, as hipóteses de justa causa para a desfiliação de parlamentar do partido pelo qual se elegeu ocorrem nos casos de incorporação ou fusão do partido, criação de novo partido, mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário e grave discriminação pessoal.

Diante de todo o contexto assinalado, a ADI 5081 foi julgada procedente no dia 27 de maio, tendo todos os ministros seguido o voto do Relator Roberto Barroso, no sentido de afastar a perda de mandato por desfiliação partidária nos casos de candidatos eleitos pelo sistema majoritário.

O que resta claro aqui é que a afirmação da “regra da fidelidade partidária”, precariamente estabelecida e regulamentada, deve decorrer de maneira clara e inequívoca na Constituição. Quando as instituições Legislativas deixam no Judiciário a responsabilidade que as concerne, gera-se uma

instabilidade que nunca cessa, e o instituto estabelecido vive envolto de vulnerabilidade e questionamentos diversos, que após quase dez anos ainda não se resolveram.

No sistema proporcional há fundamento constitucional consistente a favor da fidelidade partidária para a sua construção jurisprudencial; porém, no sistema majoritário não o há. O Ministro Relator Roberto Barroso em seu voto esclarece bem a situação, dispondo que a fórmula eleitoral no sistema majoritário é a regra da maioria e não a do quociente eleitoral, o candidato eleito será, portanto, o mais bem votado. Como serão desconsiderados os votos dados aos candidatos derrotados, não se verifica o fenômeno da transferência de votos.

Logo, no sistema majoritário a regra da fidelidade partidária não se caracteriza como medida necessária à preservação da vontade do eleitor, como ocorre no sistema proporcional, e, portanto, não se trata de corolário natural do princípio da soberania popular. Pelo contrário, no sistema majoritário aplicado no Brasil, a imposição de perda do mandato por infidelidade partidária se antagoniza com a soberania popular, que, como se sabe, integra o núcleo essencial do princípio democrático.

Um dia antes da referida decisão, o Partido dos Trabalhadores ajuizou no Tribunal Superior Eleitoral ação que pede a decretação da perda do mandato eletivo da senadora Marta Suplicy por infidelidade partidária. O partido afirma que, no dia 28 de abril deste ano, a senadora comunicou, por carta, sua desfiliação à legenda sem apresentar a devida justa causa, conforme exige a Resolução do TSE nº 22.610/2007. Na mesma ação, o PT solicita que a vaga de Marta seja ocupada pelo petista Paulo Frateschi, eleito segundo suplente ao Senado na chapa da senadora.

Resta claro que, após a posição da Suprema Corte sobre o afastamento da fidelidade partidária no caso do sistema majoritário, tal ação não deve prosperar e a então senadora Marta Suplicy manterá sua vaga no senado até 2019, quando findará seu mandato.

Incontestável também é a necessidade do devido estabelecimento de tal instituto no ordenamento jurídico brasileiro através de emenda constitucional, além de sua efetiva regulamentação posterior. Enquanto que em meados do ano 2000 a judicialização da política era apenas uma possibilidade, atualmente ela é verdadeira realidade no contexto político brasileiro, e cada vez mais se busca o judiciário por questões que “parecem perdurar eternamente” sem resolução nas Casas Legislativas.

A questão da fidelidade partidária permaneceu, e pelo visto permanecerá, durante anos sem uma regulamentação adequada, sendo sucessivamente estabelecida e esclarecida pelos

órgãos judiciários. Não há como negar sua importância nas esferas política e partidária do nosso país, no entanto, sua aplicação ficou renegada a decisões judiciais que de fato nunca atingirão o status de regra constitucional, já que não passaram por um processo legislativo.

Um sistema político que não utiliza os meios disponíveis para se aperfeiçoar, decerto cairia em descrédito e precariedade. Atualmente colhem-se os frutos da irresponsabilidade com que Legislativo e Executivo lidaram com os problemas que são afastados do debate no Congresso, seja por conveniência, seja por falta de oportunidade. A política se encontra cada vez mais judicializada, mas espera-se – pelo bem do que restou da democracia – que tal movimento não deixe o judiciário cada vez mais politizado.

4.3.3 A Constitucionalidade da Lei “Ficha Limpa”

Em primeiro lugar, é necessário salientar que a lei complementar nº 135/2010, também chamada de Ficha Limpa, constitui um grande avanço da democracia. Primeiro por se tratar de uma lei de iniciativa popular, e segundo, por ter como finalidade uma maior moralidade na política ao regulamentar o especificado no art. 14, §9º da Constituição Federal⁶⁹.

No entanto, após sua aprovação no Congresso e posterior publicação, foram interpostas a Ação Direita de Inconstitucionalidade 4.578 e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30 no Supremo Tribunal Federal Além disso, por meio de controle de constitucionalidade incidental, foi questionada a sua aplicação nas eleições que ocorreriam no ano de 2010, isto é, se a ela deveria obedecer ao princípio da anterioridade eleitoral previsto no art. 16 da Constituição Federal.

O primeiro questionamento colocado ao STF foi quanto à questão temporal da aplicabilidade da lei. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 633.703, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em 23/03/2011, foi decidido, por apertada maioria – com o voto de desempate do Ministro Luiz Fux – que a lei incidindo sobre o processo eleitoral haveria de se submeter ao princípio da anterioridade.

⁶⁹ Art. 14. §9º 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

É salutar ressaltar, que na apreciação temporal da aplicação da lei o STF não só foi conservador em seu entendimento, decidindo pela irrestrita aplicação do princípio da anterioridade e agindo de maneira auto-contida, como se posicionou de maneira contrária ao que desejava a opinião pública em geral, já que a coletividade ansiava que tal regra fosse aplicada de imediato.

Ao analisar as ADCs nº 29 e 30 em conjunto com a ADI nº 4.578, no que concerne ao princípio da presunção de inocência, o Supremo Tribunal Federal verificou se os casos de inelegibilidade criados pela Lei Complementar nº 135/10, em especial aqueles que incluíam a expressão “ou proferida por órgão colegiado”, afrontavam o princípio constitucional citado, ou se estariam em conformidade com o artigo 14, §9º, da Constituição Federal.

Dentre todas as hipóteses em que foi verificada a constitucionalidade da Lei Ficha Limpa, a que mais foi debatida, e que possui maior pertinência em ser citada nesse trabalho, foi a que especificava que se tornariam inelegíveis os cidadãos que tivessem sido condenados por um órgão colegiado – independentemente de essa condenação ser definitiva ou não – por ilícitos penais, eleitorais, ou de improbidade administrativa.

Verifica-se pela leitura da lei complementar 135/2014, que o legislador promoveu uma flexibilização do princípio da presunção da inocência, já que foi permitida a aplicação de uma sanção – não poder se candidatar, limitando, portanto seus direitos políticos – sem que houvesse decisão definitiva condenando um cidadão.

O princípio da presunção da inocência é corolário do Direito Penal, e antes do julgamento ora analisado também foi aplicado ao Direito Eleitoral pelo Pretório Excelso. Nesse sentido, é salutar grifar que até então ele gozava de grande prestígio naquele Tribunal, tanto que seus efeitos irradiavam para áreas que não só tratassem de delitos penais.

Predominava nos Tribunais, até o início de 2006, o entendimento de que a inelegibilidade decorrente de ilícitos penais e da apuração de abuso de poder econômico e político referia-se apenas a sentenças condenatórias transitadas em julgado. Com o deferimento pelo Tribunal Regional Eleitoral da candidatura de Eurico Miranda para Deputado Federal as discussões nessa seara foram iniciadas.

Já nesse momento foi verificada posição jurídica, ainda que vencida, no sentido de que o candidato em comento não possuía idoneidade moral para pretender o cargo de deputado federal, visto que à época das eleições ele respondia por oito processos penais e uma ação de

improbidade administrativa, ainda que não transitados em julgado. Entendia-se que não havia de se falar em violação da presunção de inocência aplicado ao Direito Eleitoral com a finalidade de se proteger a moralidade administrativa.

Mais tarde a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 144-7/DF, ajuizada pela Associação de Magistrados Brasileira, levantou novamente o tema, impugnando alguns dispositivos que exigiam o trânsito em julgado de decisões judiciais condenatórias para a configuração de hipóteses de inelegibilidade. O Supremo Tribunal Federal, evitando legislar sobre a matéria, repetiu o entendimento do TSE pronunciando-se em 2008 que somente lei complementar poderia tratar da matéria “vida pregressa”, consoante o art. 14 da Constituição Federal, invocando, inclusive, os postulados da segurança jurídica, presunção de não-culpabilidade e legalidade.

No referido julgamento, inclusive, posicionou-se o Pretório Excelso que o princípio da não culpabilidade se irradiava do Direito Penal incidindo em toda a atuação do Poder Público, e por isso a interpretação almejada pelos impetrantes da ADPF estaria por comprometer esse princípio, bem como o devido processo legal.

Ressalta-se que o art. 14, parágrafo 9º cuida da idoneidade moral prevista como requisito para o mandato eletivo, e não da idoneidade penal. Alega, uma segunda corrente, que a inelegibilidade causada por existência de processo penal não estaria a ensejar a antecipação de sua condenação penal definitiva, mas apenas a constatação de que aquele candidato não possui idoneidade moral para se candidatar a cargo público, independente do juízo de idoneidade penal.

Ora, ainda que a idoneidade moral possua conceito amplo e que, muitas vezes, flerte de maneira ostensiva com a subjetividade, valer-se de fato que não possui de segurança jurídica – já que existe a possibilidade de total absolvição do réu de seus crimes – para causar restrição a direitos constitucionalmente instituídos, revela-se verdadeira falácia.

Ocorre que, em um segundo momento, ao analisar a questão da lei Ficha Limpa, o STF entendeu pela sua constitucionalidade. Fundamentando-se no entendimento de que o direito de ser votado não pode ser comparado aos direitos políticos *latu sensu*, e, por conseguinte, concluindo que a suspensão do exercício de tal prerrogativa não se constituía uma punição propriamente dita, já que os cidadãos possuem mera expectativa de direito a candidatura, que

é concretizada no momento em que ocorre a comprovação do atendimento aos requisitos legais e constitucionais.

E, ao passo que não representaria a aplicação de uma sanção, não deveria observar a interpretação restritiva do princípio da presunção de inocência conferida aos ilícitos penais pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido alegou o ministro Luiz Fux, relator do processo:

Questiona-se, então: é razoável a expectativa de candidatura de um indivíduo já condenado por decisão colegiada? A resposta há de ser negativa. Da exigência constitucional de moralidade para o exercício de mandatos eletivos (art. 14, §9º) se há de inferir que uma condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, a rejeição de contas públicas, a perda de cargo público ou o impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional excluirão a razoabilidade da expectativa. A rigor, há de se inverter a avaliação: é razoável entender que um indivíduo que se enquadre em tais hipóteses qualificadas não esteja, a priori, apto a exercer um mandato eletivo (Brasília, Supremo Tribunal Federal, ADC 29. Rel. Min. Luiz Fuz, 2012)

De acordo com tal entendimento, concluíram os ministros que no caso concreto deve prevalecer o princípio da moralidade para os cargos públicos, do modo como previsto, inclusive, no art. 14 §9º da Constituição.

Vale dizer que toda a argumentação desenvolvida e o resultado alcançado pelos ministros decorreram da análise de aplicabilidade e adequação da interpretação constitucional ao estado de espírito do povo brasileiro. O Ministro Relator afirmou que **“ou bem se realinha a interpretação da presunção de inocência, ao menos em termos de Direito Eleitoral, com o estado espiritual do povo brasileiro, ou se desacredita a Constituição”**.(grifo nosso).

Por conseguinte, propôs o Eminentíssimo Ministro que o STF adotasse um constitucionalismo democrático, não se furtando de atender aos anseios populares e às contestações e divergências surgidas no seio social em relação às suas decisões e, ao mesmo tempo, não abandonando o seu papel contramajoritário de proteção aos direitos fundamentais.

Ainda, conforme Raquel Botelho Santoro:

Ainda como reforço de argumentação, o Ministro Relator afirmou que uma interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais também levaria à conclusão da constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade previstas pela Lei Complementar nº 135/10, uma vez que o artigo 15 da Constituição

Federal já prevê a perda dos direitos políticos (ativos e passivos) com a condenação definitiva em processo criminal ou por improbidade administrativa, de forma que a previsão do §9º, do artigo 14, da Constituição Federal, somente poderia ter efetividade e lógica caso se permitisse incluir, pela legislação complementar, hipóteses de perda ou suspensão dos referidos direitos por meio de decisões ainda não definitivas⁷⁰.

Ora, conforme já atentamos em outro momento, um dos riscos do ativismo é exatamente a politização da justiça. Ainda que diante do grande peso democrático que trazia a “Lei Ficha Lima”, data vênua, não podemos afastar a máxima de que a interpretação de direitos fundamentais, principalmente aqueles constitucionalmente instituídos, não pode ser mitigada por conta do estado espiritual do povo. O que na realidade desacredita uma Constituição é o fato de que os guardiões que foram por ela instituídos coloquem de lado os seus princípios em favor de decisões populistas.

Tendo o voto vencido, o Ministro Dias Tofolli ressaltou a importância da faceta passiva dos direitos políticos, salientando a necessidade de se dar prevalência a ela sob pena de restrição a ampla participação democrática no processo eleitoral. Ainda sobre o tema, e em divergência, foi alegado que a prevalência do interesse coletivo não pode simplesmente esmagar o direito individual, e que as expressões “proferida por órgão colegiado” e “ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral” constituíam verdadeira ofensa à presunção da inocência e, conseqüentemente, clara violação aos direitos individuais, grifando que a permissão de que condenações ainda não definitivas operassem seus efeitos consistia em transgressão aos postulados da segurança jurídica e da isonomia.

Ainda sobre tal argumento, ressalta-se a posição do min. Gilmar Mendes, que também foi voto vencido no julgamento ora analisado:

O argumento de que a lei é de iniciativa popular não tem peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contramajoritário da Jurisdição Constitucional. É compreensível a ação das várias organizações sociais tendo em vista a repercussão que esse tema da ficha-limpa tem na opinião pública. Sabemos que, para temas complexos em geral, há sempre uma solução simples e em geral errada. E para esse caso a população passa a acreditar que a solução para a improbidade administrativa, para as mazelas da vida política, é a Lei da Ficha Limpa. A partir daí há, na verdade, a tentativa de aprisionar, o que nos dificulta enormemente a missão nesta Corte, como em outros casos, porque acabamos tendo de nos pronunciar de forma contramajoritária, claro, tendo em vista a opinião pública, segundo as

⁷⁰ SANTORO, Raquel Botelho. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Lei da Ficha Limpa. Revista Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. pág 112.

pesquisas manifestadas de opinião. Mas a missão desta Corte é aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião majoritária. Esse é o ethos de uma Corte Constitucional. É fundamental que tenhamos essa visão. (Brasília, Supremo Tribunal Federal, ADC 29. Rel. Min. Luiz Fux, 2012)

Sobre o referido voto, e contrário a posição do relator, alegou o Ministro Gilmar Mendes que o postulado da não culpabilidade não se limitava ao papel de mera regra, mas sim de um princípio, ora pela sua estrutura normativa, ora pela maneira de sua aplicação e seu caráter fundamental.

Cabe aqui salientar que o presente trabalho, dada a sua pertinência temática, se ateve apenas à questão em que existe a discussão sobre a utilização do ativismo, qual seja, a relativização do princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, ressalta-se que a decisão do STF foi pela total constitucionalidade da lei complementar 135/2010, e permitiu, portanto, a restrição dos direitos políticos aos cidadãos condenados por colegiados, ainda que possível recorrer da decisão.

Tendo sido feitos os esclarecimentos quanto aos pontos divergentes do julgamento, é importante grifar que tal exemplo é deveras diferenciado dos citados anteriormente. A lei aqui discutida gozava de um apelo popular muito mais contundente do que as normas contestadas anteriormente, além de que, tal lei, ainda que de iniciativa popular, passou pelo crivo do Congresso Nacional, e, portanto, representava, pelo menos externamente, o desejo dos parlamentares.

Não restam dúvidas da posição criativa do Supremo Tribunal Federal nesse caso, já que ao relativizar a extensão dos direitos políticos, permitiu, na ponderação de valores baseados na Constituição, que a balança pendesse contrariamente ao princípio da presunção de inocência. E ainda que a sociedade em geral concordasse com a postura do STF, já que para o cidadão leigo a sensação do que é justo nem sempre está atrelada ao que é juridicamente previsto, muito foi questionado sobre a posição tomada pelo Tribunal Constitucional.

Primeiro, porque foi considerado que houve uma distorção da análise dos direitos individuais que, por conseguinte, conferiu prevalência dos princípios da democracia e da moralidade frente a direitos políticos que foram despidos de sua real personalização, e que enfraquecidos foram renegados ao segundo plano.

Segundo, porque se alegou que deveria ter prevalência a própria ponderação feita pelo legislador ordinário em detrimento do princípio constitucional apontado como violado, indo

contra a sua afirmação de importância do seu papel contramajoritário, quando da preservação de direitos fundamentais contrapostos com legislação infraconstitucional – que tinha passado pelo crivo majoritário do Congresso e, portanto, era de vontade popular – mas que confrontava um dispositivo constitucional⁷¹.

À época do julgamento, inclusive, não foram poucas as manifestações alegando que a decisão do STF era plena de intenções políticas, e que esta caracterizava não a aplicação do bom direito, mas a simples posição do Tribunal de ceder às pressões populares em detrimento de sua função institucional.

A questão levantada no final do subitem anterior vem à tona novamente: não estaria o Tribunal Constitucional pendendo para uma politização frente às diversas demandas políticas que foram levadas a sua apreciação?

Diante de toda análise pretendida pelo presente trabalho, foi ressaltada a importância do equilíbrio das funções estatais para que a democracia funcione a contento, além de terem sido, em algumas oportunidades, levantados os riscos da utilização do ativismo sem as devidas ponderações. Quando um órgão pode e tem os instrumentos para promover a criação de novo Direito – ainda que fora da sua capacidade institucional e atuação legítima –, é muito importante que ele também tenha mecanismos que o afastem do poder de sedução que a aprovação popular exerce sobre ele. Ser o novo “herói” da pátria de fato é um posto ansiado por muitos, mas a função dos juízes não pode compreender a politização da justiça. A justiça, no sentido amplo da palavra, ainda que de difícil alcance e envolta de flexibilizações de acordo com o ambiente em que é exercida, não pode concretizar-se através de julgamentos políticos, afinal nem sempre o que é “político” é de fato justo.

Ocorre que, ao passo que o Judiciário se abre pra expansão da jurisdição constitucional, e utiliza-se do ativismo de maneira exacerbada, também ele desequilibra, de alguma forma, o sistema. E o resultado, embora vislumbrando argumentos jurídicos válidos, não perde o seu caráter técnico diante da sociedade em geral. Em verdade, poucos fora da classe jurídica possuem condições técnicas para contestar a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, e a sensação de que o Judiciário é o caminho para a resolução de todos os problemas sociais,

⁷¹ SANTORO, Raquel Botelho. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Lei da Ficha Limpa. Revista Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. pág 118-119.

acaba por criar um ambiente propício a ativismos exagerados, ainda que em detrimento dos mandamentos constitucionais.

A posição contramajoritária, ainda que mal vista pela sociedade, é necessária quando a favor dos princípios constitucionais e faz parte da atuação jurisdicional na preservação de direitos individuais. Esquecê-la em virtude da vontade popular não é aceitável em um Estado Democrático de Direito. Ainda que o populismo seja uma prática tipicamente política e constantemente usada pelos Poderes formados pelo sistema majoritário, ela é inadmissível na seara jurídica.

Nesse sentido:

Todavia, entendemos que o que ocorreu foi o mascaramento das premissas de fundamentação com a distorção de sentido dos princípios em jogo em articulada tentativa que buscou, no nosso sentir, simplesmente cancelar as expectativas populares no tocante à aprovação e constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa. Agindo dessa forma – privilegiando os anseios populares em detrimento dos princípios constitucionais fundamentais e utilizando-se, para tanto, de premissas equivocadas e distorcidas sobre os fatos e princípios em jogo –, o Supremo Tribunal Federal extrapolou os limites de atuação que lhe impõe a própria Constituição, acabando por representar a sua violação, ao invés de sua guarda⁷².

Os próprios Ministros em suas manifestações deram grande importância ao viés popular da lei em, partindo do pressuposto da soberania popular, e fundamentando-se nesse princípio que é verdadeiro corolário da democracia. Ocorre que a soberania popular, como princípio e como fundamento, também se encontra inserida no Estado Democrático de Direito.

No sentido da atuação da Suprema Corte, esclarece DWORKIN:

Vimos inúmeras pessoas de talento empenhando-se em reconciliar a revisão judicial com a democracia. A estratégia é a mesma: demonstrar que a revisão judicial adequada não requer que o Supremo Tribunal substitua julgamentos legislativos substantivos por novos julgamentos de sua autoria.⁷³

É evidente a importância da moralidade dos agentes políticos para o desenvolvimento da democracia e do País, no entanto, não podemos esquecer que tais medidas não podem ser chanceladas em detrimento de direitos individuais. A crise das instituições políticas é uma

⁷² SANTORO, Raquel Botelho. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Lei da Ficha Limpa. Revista Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. pág 120.

⁷³ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Pág. 100 – 101.

realidade no Brasil, e uma reforma política é necessária para a reconstrução da confiança no relacionamento dos eleitores para com os agentes políticos. Entretanto, tal reforma deve ser de iniciativa do Legislativo, e não pode o Judiciário, em suas decisões, porque julga necessário, criar uma verdadeira reforma política a revelia dos princípios constitucionais.

Ainda que a solução obtida pelos meios judiciais seja a prestigiada pela população, e esteja de acordo com o desejo da sociedade, cabe ao magistrado ponderá-la de acordo com a ordem jurídica. Quem representa o povo, e, portanto, cria o Direito é o Congresso – ainda que de maneira insatisfatória para muitos – e é a ele que cabe se preocupar com a opinião popular. Ao juiz está adstrito preocupar-se com o que diz o Direito.

Não obstante os aspectos positivos da lei Ficha Limpa, é possível verificar que em alguns pontos o legislador extrapolou os limites da Constituição. E, para além da possível inconstitucionalidade de alguns dos seus excessos, reside a preocupação de que a ampliação do rol dos casos de inelegibilidade esteja transferindo para o Judiciário e para outros órgãos, a responsabilidade que, numa democracia, deveria caber aos eleitores.

4.3.4 O julgamento da ADI 4650 que trata do financiamento das campanhas eleitorais

Tendo sido feita a análise de alguns exemplos de atuação ativista do STF no que concerne à seara política nos últimos anos, iremos agora analisar um caso que ainda não teve seu julgamento, mas que é de grande relevância tendo em vista a temática do presente trabalho.

A ADI 4.650, interposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados, questiona a legislação que permite o financiamento das campanhas políticas por empresas privadas, assim como os critérios hoje adotados como limitantes para as doações por pessoas naturais, e também os gastos feitos pelos próprios candidatos em sua campanha eleitoral.

Esclarece-se que são atacados especificamente os dispositivos das Leis 9.096/95 e 9.504/97 que dispõem sobre financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais. O que se pede é: a) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do arts. 31, 38, III, e 39, caput e § 5º, da Lei 9.096/95 e do art. 24 da Lei 9.504/97, e a declaração de inconstitucionalidade do art. 81, caput e § 1º, da Lei 9.504/97, com efeitos ex nunc, no que

dispõem sobre a autorização a doações efetuadas por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais e a partidos políticos; e (b) a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade do art. 23, § 1º, I e II, da Lei 9.504/97, no que diz respeito aos limites das doações realizadas por pessoas naturais e jurídicas, bem assim quanto a aportes de recursos próprios dos candidatos, com a manutenção de sua eficácia por 24 meses.

A fundamentação central do pedido reside no fato de que, nos termos como atualmente é regulado o financiamento das campanhas eleitorais – que autorizam contribuições financeiras de pessoas jurídicas e estabelece, para doações privadas, limites proporcionais ao faturamento ou aos ganhos dos doadores – verifica-se influência negativa do poder econômico no resultado dos pleitos, ademais tal comportamento se caracterizaria como ofensa aos princípios democrático (arts. 1º, caput e parágrafo único, 14, caput, e 60, § 4º, II da), republicano (art. 1º, caput) e da igualdade (arts. 5º e 14), todos igualmente previstos na Constituição Federal.

O julgamento da ação se iniciou no dia 11 de dezembro de 2013 e, no entanto, até o presente momento, não foi concluído. Cabe esclarecer que o voto do Min. Luiz Fux, o relator, foi pela procedência do pedido, para declarar a inconstitucionalidade de artigos das duas leis que tratam da possibilidade de pessoas jurídicas doarem a partidos e campanhas, e sobre limitações impostas a pessoas físicas para fazerem doações.

Pelas regras vigentes, as empresas privadas podem fazer doações a campanhas eleitorais ou a partidos até o limite de 2% do faturamento bruto do ano anterior à eleição. Ora, se for levada em consideração uma empresa de grande porte, tal investimento “ideológico” pode chegar à casa dos milhões. Diante dessa realidade, ainda que configurado de suposição, não é difícil caracterizar um cenário onde a troca de favores esteja latente.

Para o relator da ADI, a regra permite a interferência do poder econômico sobre o poder político, o que tem se aprofundado nos últimos anos. De acordo com os dados apresentados em seu voto, em 2002 foram gastos no país R\$ 798 milhões em campanhas eleitorais, e em 2012, o valor foi de R\$ 4,5 bilhões – um crescimento de 471%. O gasto per capita do Brasil com campanhas supera o de países como França, Alemanha e Reino Unido, e como proporção do PIB, é maior do que os EUA. Em 2010, o valor médio gasto por um deputado federal eleito no Brasil chegou a R\$ 1,1 milhão, e um senador, R\$ 4,5 milhões. Esses recursos, por sua vez, são doados por um universo pequeno de empresas – os dez maiores doadores correspondem a 22% do total arrecadado.

Em um país saturado pela corrupção, com problemas estruturais e com a economia em retrocesso, é de saltar aos olhos que sejam possíveis tais números. Nossos gastos com campanhas eleitorais superam os de países europeus com economia muito mais desenvolvida, e qualidade de vida muito superior à do Brasil. O dinheiro escoado para marketing eleitoral é uma ofensa aos brasileiros, ainda que privado. Não há, sem dúvida, argumentos que consigam cancelar tais posturas, e o estabelecimento de limites para tais financiamentos é algo urgente para a democracia, no entanto, quem poderia promovê-los legislativamente se beneficia dele. E, novamente, busca-se o judiciário para resolver os problemas estruturais e institucionais do Legislativo e Executivo.

Em seu voto, o ministro Luiz Fux, destacou a necessidade de que a reforma política fosse elaborada pelas instâncias majoritárias, no entanto, acredita ele, isso não significa a deferência cega às imposições feitas pelo legislador. Em verdade, observa-se que os atuais critérios adotados com relação ao financiamento das campanhas eleitorais não satisfazem as condições necessárias para o adequado funcionamento das instituições democráticas, porque não dinamizam seus elementos nucleares, tais como o pluralismo político, a igualdade de chances e a isonomia formal entre os candidatos.

Ainda foi levantada a questão de que era necessária cautela ao se outorgar competência para reforma do atual sistema político àqueles diretamente interessados no resultado dessa alteração. No entanto, destaca o relator que não pode pretender agir em defesa da transferência do poder decisório para o Poder Judiciário, o que configuraria processo de juristocracia, incompatível com o regime democrático.

O Ministro Luiz Fux, julgou igualmente inconstitucional o modelo brasileiro de financiamento de campanhas eleitorais por pessoas naturais baseado na renda, tendo em vista que ao privilegiar tal financiamento retiravam-se as chances de uma disputa equilibrada, na mesma linha foi afastada a possibilidade do uso de recursos próprios por parte dos candidatos, já que essa, novamente, perpetuaria a desigualdade, ao conferir poder político incomparavelmente maior aos ricos do que aos pobres.

Ainda, na mesma sessão de julgamento, o então ministro-presidente Joaquim Barbosa, assim como o Min. Dias Tofoli e o Min. Luis Roberto Barroso também se manifestaram pela procedência do pedido, acompanhando o voto relator, tendo apenas o segundo deixado para se pronunciar sobre a modulação dos efeitos em outro momento.

Após pedido de vista, o Min. Ministro Teori Zavascki se manifestou pela improcedência da ação, afirmando que, se por um lado, seria possível inferir que o poder econômico intervinha negativamente no sistema democrático, favorecendo a corrupção eleitoral e outras formas de abuso; por outro, não era difícil imaginar um sistema democrático de qualidade sem partidos políticos fortes e atuantes, especialmente em campanhas eleitorais, o que teria como pressuposto a disponibilidade de recursos financeiros expressivos.

Sob tal prospecto, ressaltou que a existência desses recursos contribuía para que os partidos tivessem condições de viabilizar o proselitismo político, a difusão de doutrinas e de propostas administrativas, asseverando que o financiamento de partidos e de campanhas eleitorais seria contingência indelével no sistema democrático.

Ora, aqui entramos em uma desconsonância sobre o assunto que merece alguns esclarecimentos. É óbvio que os partidos políticos necessitam de verbas para exercerem suas prerrogativas e apoiar seus candidatos, a onerosidade de suas funções não pode ser afastada. Ocorre que doações na casa dos bilhões extrapolam, de maneira exagerada, o princípio da proporcionalidade, se forem contrabalanceadas as suas reais necessidades. Nenhum candidato deveria “precisar” do marqueteiro da vez para se eleger. Em uma democracia, eleições precedem um debate sério, e não uma figura caricata construída a custos que atingem a casa dos milhões por profissionais da área de publicidade.

A divergência no voto também consistiu na alegação de que o financiamento privado de campanhas e, especificamente, as contribuições de pessoas jurídicas, não poderiam ser considerados manifestamente incompatíveis com a Constituição, a ponto de impedir sua autorização pelo legislador ordinário.

Acrescentou ao seu argumento o fato de que a suposta contribuição por interesse, atribuída às pessoas jurídicas, não seria exclusividade delas, pois as contribuições de pessoas naturais não seriam desinteressadas. Em ambos os casos, não se poderia presumir que esses interesses seriam invariavelmente ilegítimos, no entanto, as doações advindas de ambas as fontes seriam incompatíveis com a Constituição apenas se abusivas.

Cabe ainda ressaltar, que foi levantada a questão de que a corrupção eleitoral e o abuso do poder econômico não seriam produto do atual regime normativo, mas do seu sistemático descumprimento. Sendo assim, a solução não seria afastar a lei, mas estabelecer e aplicar mecanismos de controle e de sanções que impusessem a sua efetiva observância. Ressaltando-

se, inclusive, que o elevado custo de campanhas eleitorais, ainda que uma realidade incontestável, não seria justificativa para a procedência do pedido formulado na ação.

Na mesma oportunidade o Min. Marco Aurélio votou pela procedência parcial da ação, e o Min. Ricardo Lewandowski acompanhou o relator e votou pela procedência da ação. No entanto, novo pedido de vista foi realizado pelo Min. Gilmar Mendes, e até a presente data não foi retomado o julgamento.

Ainda sobre o tema, é necessário salientar que a atitude do Min. Gilmar Mendes é alvo de críticas extensas tanto na mídia quanto no meio jurídico, afinal, mais de um ano se passou e ainda não foi dado andamento ao julgamento da referida ação. É debatido, inclusive, que a postura do ministro visa retardar o julgamento da ação tendo em vista as propostas de reforma políticas debatidas no Congresso Nacional atualmente, que se aprovadas, poderiam resultar na perda do objeto da ação.

Em recente entrevista ao programa Diálogos da Globo News o Min. Gilmar Mendes alegou que solicitou vista no processo pois sentiu que a matéria não estava madura, e que percebeu que havia a intenção de discutir a aplicação da decisão já nas eleições de 2014. Além de citar que percebeu que ação possuía um forte cunho político-partidário, precisando, portanto, de um maior amadurecimento.⁷⁴

Nesse contexto, ainda precisamos grifar que a ação ora analisada nasceu de uma representação elaborada por Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto que foi encaminhada à representação ao Procurador Geral da República e ao Conselho Federal da OAB, sendo esta, conforme já ressaltado anteriormente, ajuizada pelo último. Ainda, conforme Daniel Sarmiento:

A ideia original surgiu da nossa constatação de que as regras vigentes sobre financiamento alimentam a desigualdade, convertendo o poder econômico em poder político, e estimulam a corrupção, além de outras práticas não republicanas. **Quisemos nos socorrer da jurisdição constitucional para equacionar um problema seríssimo do país, que o sistema político-representativo dificilmente resolveria por sua iniciativa própria, uma vez que os políticos que estão no Congresso e no Executivo foram eleitos por meio deste modelo viciado, e não têm, em geral, interesse em alterá-lo, pois dele se beneficiam.** O que se pede na ação nada tem de estranho à ortodoxia constitucional: busca-se que o STF invalide regras legais que violam claramente princípios constitucionais, como da igualdade, República,

⁷⁴ Entrevista disponível em: <<http://g1.globo.com/globo-news/dialogos-com-mario-sergioconti/videos/t/dialogos-com-mario-sergio-conti/v/gilmar-mendes-diz-que-vai-votar-ainda-em-junho-o-financiamento-de-campanhas-4231172/>>

democracia e proporcionalidade. Inúmeros dados empíricos demonstram como estas regras sobre financiamento são nefastas para a nossa democracia, tornando a eleição dependente do dinheiro e os políticos dependentes dos seus doadores. Será que, neste cenário, alguém acredita que o “almoço é grátis”; que as grandes empreiteiras, principais doadoras, irrigam as campanhas com dinheiro por civismo?(grifo nosso)⁷⁵.

Na realidade, não podemos inferir com certeza que o julgamento da referida ação será ativista, no entanto, se os demais ministros acompanharem o voto do relator será possível que tenhamos um novo caso de ativismo no rol de exemplos de ações julgadas pelo Supremo Tribunal Federal. Sendo assim, partindo da análise de fundamentos e princípios constitucionais será criada uma nova proibição com relação aos financiamentos eleitorais e partidários, proibição essa que, inclusive, não se encontra expressa na legislação ordinária.

Devem-se ressaltar aqui dois pontos relevantes no que concerne a ADI 4650.

O primeiro é que há alguns anos roga-se por uma reforma política, que caminha a passos lentos, tão lentos que novamente ocorreu a busca pelo judiciário para resolver uma questão estritamente política e que nas próprias palavras do jurista Daniel Sarmiento “o sistema político-representativo dificilmente resolveria por sua iniciativa própria”. E acrescente-se, não porque estão impedidos, seja pela morosidade do sistema, seja pela existência de assuntos mais relevantes, mas porque, simplesmente, não o desejam. Nesse sentido esclarece BARROSO:

Sem surpresa, o financiamento eleitoral se tornou a maior fonte de corrupção e de desvio de dinheiro no país, como documentam os sucessivos escândalos, dentre os quais se destacam o do “Mensalão” e o do “Petrolão”, ora em curso. E, ousado dizer, os muitos outros que ainda podem aparecer. O país precisa desesperadamente de uma reforma política, mas não consegue produzir consenso mínimo sobre o que fazer. Há interesses demais sobre a mesa. Um bom começo seria eleger os objetivos que uma reforma política deveria buscar realizar, que a meu ver devem incluir: (i) aumentar a representatividade; (II) baratear o custo das eleições; e (iii) reduzir drasticamente o número de partidos e dar a cada um deles um mínimo de autenticidade programática.⁷⁶

⁷⁵ SARMENTO, Daniel. O STF não é o centro do constitucionalismo. Entrevista dada em 25 de maio de 2014 ao site Os Constitucionalistas . Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-nao-e-o-centro-do-constitucionalismo>>. Acessado em 18/05/2015

⁷⁶ BARROSO, Luis Roberto. Trinta Anos de Democracia. Disponível em < <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?m=201504>> Acessado em 20 de maio de 2015.

O segundo é a evidente tendência de que o Judiciário resolva questões políticas, tema exaustivamente discutido neste trabalho, e que será trazido novamente ao debate. No entanto, inicialmente, é necessário grifar as palavras do Min. Luis Roberto Barroso em seu voto na ADI 4650:

Mas existe uma outra competência que Cortes Constitucionais desempenham - e que, no caso brasileiro, se tornou importante em muitas situações - que, ao lado da função contramajoritária, **é uma função representativa, é a função de interpretar e procurar concretizar determinados anseios da sociedade que estão paralisados no processo político majoritário.** Porque o processo político majoritário, que é o que se desenrola no Congresso, muitas vezes, encontra impasses, encontra dificuldades de produção de consenso; não é só no Brasil, é no mundo inteiro. (grifo nosso)

Verifica-se que a nova posição da Corte Constitucional coloca-a em uma condição que a leva além da simples interpretação, na qual ela passa a se importar com os reflexos políticos de sua decisão, acabando por modificar o direito naquilo que considera de má qualidade jurídica, social e política. Isto resulta numa espécie de atualização, feita pelo processo hermenêutico, criador de novos direitos, e que se denomina, como já vimos, ativismo judicial.

É evidente, que a situação analisada na ADI 4650 é de grande relevância política, e, principalmente, social. Assim como já salientado ao comentarmos o julgamento da Lei Ficha Limpa a saturação da sociedade com relação à corrupção, imoralidade e improbidade que têm se revelado nos últimos anos pelos agentes políticos já chegou ao seu limite.

E, decerto, as fundamentações dos ministros do Supremo Tribunal Federal encontram afinidade com o sentimento social. Ocorre que, ainda que o Pretório Excelso decida pela proibição do financiamento eleitoral, o Congresso poderá afastá-la, isso porque, apesar de servir ao fim proposto, o ativismo mostra-se como uma solução envolta de precariedade.

Primeiro porque uma reforma política não cabe ao Judiciário, e segundo porque, ao passo que a Corte Suprema é guardiã da Constituição, é o Legislativo que tem a legitimidade para alterá-la, sendo assim o embate travado por esses poderes, além de não se mostrar construtivo para a democracia, pode nunca ter fim.

É necessário grifar que há no Congresso várias propostas de reforma política – inclusive, cogita-se a permissão do financiamento de empresas privadas a campanhas eleitorais, ainda que mais moderado do que ocorre nos dias atuais, já que é proposto um teto para tais doações, além da alteração do voto proporcional, e do lapso temporal dos mandatos dos parlamentares

e do chefe do Executivo, dentre outras modificações – , e tais propostas vêm sendo tema de debates e críticas extensas nas casas Legislativas, na mídia e também na sociedade em geral.

E, de fato, recentemente, a queda de braço entre Legislativo e Judiciário revelou-se não apenas latente, mas escancarada, já que, à revelia do julgamento da ação aqui discutida – que apesar de não concluído já revela maioria para declarar a inconstitucionalidade das doações de empresas privadas e pessoas físicas a campanhas eleitorais –, foi colocado em debate no Congresso a constitucionalização da permissão de financiamento às campanhas eleitorais através de emenda constitucional. E a própria maneira como se deu a votação, revela a pressa – senão desespero – das instituições majoritárias em assentar entendimento oposto ao dado pelo Supremo Tribunal Federal a matéria.

No dia 27 de maio de 2015, um dia depois de rejeitar a inclusão do financiamento empresarial de campanha na Constituição, a Câmara dos Deputados organizou uma manobra e colocou o tema em votação novamente como parte das discussões da reforma política (PEC 182/07). Após uma calorosa discussão foi aprovada, por 330 votos a 141, uma emenda aglutinativa que permitia que partidos, e não candidatos recebam doações de empresas nas eleições. Se a PEC for aprovada também no Senado, os candidatos continuam proibidos de aceitar financiamento empresarial de forma direta, mas, na prática, as legendas poderão repassar os valores a seus candidatos nas eleições.

A votação da PEC fez parte de diversas polêmicas ocorridas na Câmara durante toda a semana que a precedeu, já que o então presidente da referida Casa, Eduardo Cunha, é acusado de manobra ilegal no procedimento legislativo para impor a votação, ensejando, inclusive, a movimentação de alguns deputados no sentido de interposição de mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal. O que se observa é que as manobras que envolveram e ainda envolvem a votação inacabada da reforma política estão envoltas de obscuridades e polêmicas.

Diante da efetiva aprovação da PEC em um vindouro futuro, manifestou-se a Ordem dos Advogados que não vê tal fato como impeditivo ao prosseguimento do julgamento da ADI 4650. Para o presidente nacional da OAB, Marcus Vinícius Cêlho, o julgamento no Supremo deve ter continuidade mesmo que a PEC seja aprovada nas duas casas, por conta de

que o financiamento feriria princípio democrático, que é posicionado como cláusula pétrea na Constituição Federal⁷⁷.

De acordo com recente entrevista para o veículo de informação Folha de S. Paulo, os ministros do STF se manifestaram de maneira dividida. O ministro Marco Aurélio alegou que diante de tal aprovação a ADI 4650 perderia o seu objeto e ficaria prejudicada. Já o ministro Luiz Fux, em um primeiro momento, se manifestou no sentido de declarar que a ação é mais ampla, e que a aprovação da emenda não impediria a continuação de seu julgamento, no entanto não excluiu a hipótese de que ela possa prejudicar o julgamento.

O ministro Luis Roberto Barroso, evitou falar sobre o impacto da emenda no julgamento da ADI, mas ressaltou que a decisão política de aceitar o financiamento através de emenda constitucional é legítima, mas dependerá de regulamentação. Por fim, o ministro Celso de Mello, apesar de ter se recusado a opinar, aventou a possibilidade de a OAB alegar que a referida emenda violaria cláusula pétrea, o que não inviabilizaria o andamento da ADI⁷⁸.

É salutar grifar que ainda que incomum, é possível que o poder constituinte derivado seja objeto de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, esclarece-se que as emendas à Constituição possuem restrição nas cláusulas pétreas previstas no art. 60, parágrafo 4º da Constituição Federal⁷⁹. Logo, o poder de reforma constitucional é, inquestionavelmente, um poder limitado, porque é regrado por normas da própria Constituição que lhe impõem procedimento a ser seguido e modo de agir, dos quais não se pode distanciar o Legislativo sob pena de sua obra sair viciada⁸⁰.

O que fica evidente é que a querela aqui analisada não deverá ter solução final tão cedo. O ponto final que o Congresso espera com a aprovação da PEC não será mais do que uma vírgula no embate travado pelos Poderes Judiciário e Legislativo sobre a matéria.

⁷⁷ **Para a OAB aprovação de emenda na Câmara não deve impedir julgamento.** Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,para-a-oab-aprovacao-de-emenda-na-camara-nao-deve-impedir-julgamento-no-stf,1695597>>. Acessado em 31 de maio de 2015

⁷⁸ **PEC pode sepultar ação das doações de campanha, dizem ministros do STF.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/05/1635070-pec-pode-sepultar-acao-das-doacoes-de-campanha-dizem-ministros-do-stf.shtml>>. Acessado em 31 de maio de 2015.

⁷⁹ § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 34. ed. São Paulo. Malheiros, 2010, p. 65.

Ainda que a aprovação em segundo turno seja possível – as instabilidades das alianças políticas no Congresso reveladas na última semana fazem com que aprovação da PEC ainda seja uma verdadeira incógnita –, parece que o Judiciário não se escusará tão facilmente de impugnar a matéria.

O que aventamos no início desse trabalho como tendência já está completamente sedimentado na atual conjuntura brasileira. Os Poderes eleitos pelo voto da população não só caíram em descrédito como perderam sua força paulatinamente, seja ao tomarem medidas com a finalidade de fazer prevalecer sua vontade de maneira precária, seja pela falta de um consenso que vislumbre a solução dos debates graças à fragilidade das alianças políticas firmadas.

A atual formação do Congresso indica uma verdadeira cisão em que o governo cada vez mais perde força e não consegue aprovar aquilo que pretende. Em contrapartida, julga-se uma ação de corrupção em grande escala na Petrobrás em que cada dia surge um novo nome no esquema bilionário de desvio de verbas.

Nesse contexto, a sociedade em geral não vislumbra solução senão jogar nas mãos do Supremo Tribunal Federal a responsabilidade que o Legislativo e o Executivo não conseguem administrar. Ocorre que tal situação só acirrou um embate que, pelo caminhar que teve nos últimos anos, tem como tendência nunca terminar.

Conforme já salientado durante diversos momentos nesse trabalho, as medidas tomadas pelo Judiciário instalam uma sensação de solução que na verdade não está sedimentada como solução final e sequer possui segurança jurídica. A produção do Direito não pode ser resumida e apoiada a soluções precárias, como ativismos e manobras interpretativas, tais medidas ainda que cumpram o seu papel temporário, não possuem o amplo grau de debate que envolve o processo legislativo conforme expresso constitucionalmente. A construção normativa deve ser alicerçada e desenvolvida através do debate sério, extenso e não limitado, construído não só do Direito, mas de toda a Nação.

A judicialização da política, ainda que leve a apreciação de matéria eleitoral ao Supremo Tribunal Federal, também abre a ele a possibilidade de inovar através da hermenêutica jurídica de modo que novos direitos e restrições sejam criados. Na atual conjuntura brasileira – de instabilidade nos sistemas políticos e descrédito geral com relação aos componentes do governo e do Congresso –, e partindo desta última análise jurisprudencial, ficou evidente que

é verdadeira tendência que o judiciário remende as falhas do sistema político, graças ao seu voluntarismo em resolver questões políticas nos últimos anos, seja para estabelecer as regras do jogo, seja pra criá-las sem o menor constrangimento.

5. CONCLUSÃO

Em uma democracia, o papel institucional de cada um dos Poderes – estabelecido de acordo com o sistema tripartite – e seu consequente equilíbrio é de grande importância. Sendo assim, cada órgão deve exercer a sua função típica atuando de maneira independente e autônoma. Entretanto, em sua realização prática e, tendo sido a separação dos poderes enquadrada na classe de princípio político democrático, mostrou-se necessária alguma forma de intervenção de um poder no outro, ocorrendo, portanto, a sua flexibilização.

O sistema de freios e contrapesos se manifesta na democracia de modo que seja possível uma interconexão e uma intercomunicação entre os poderes, ao invés de uma separação rígida e formal, o que se demonstraria, de certa forma, ineficaz. Destaca, ainda, Nuno Piçarra que o princípio da separação dos poderes deve ser preconizado como “princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político-estatal no interesse da liberdade. Tal constitui seguramente o seu núcleo imutável”. (PIÇARRA, 1989).

Tendo em vista os novos paradigmas constitucionais adotados após a redemocratização alavancados pela promulgação da Constituição de 1988, podemos verificar uma grande expansão do Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, que, apoiado na jurisdição constitucional e na hermenêutica jurídica, tornou-se verdadeiro palco de temas extremamente relevantes para a sociedade, dando ensejo a um protagonismo judicial que perdura até hoje.

Nesse contexto jurídico surgiu o ativismo judicial, que se caracteriza por uma posição criativa dos magistrados que, ao interpretar a Constituição e compatibilizá-la ao texto da legislação ordinária, acaba por criar nova regra de Direito, de modo que sejam extraídas ao máximo as potencialidades do texto constitucional, ainda que sua capacidade institucional não englobe tal função.

Sendo assim, citamos os três riscos que tal comportamento pode trazer. O primeiro é o risco da legitimidade democrática, já que quando o magistrado assume tal posição acaba por criar regras – ainda que ele não seja um agente político eleito – e, portanto, não possua representatividade. O segundo é o risco de politização da justiça, em que o magistrado, tomado pela discricionariedade, se esquece da juridicidade de sua decisão. E, por fim, o risco de que o judiciário extrapole sua capacidade institucional, de modo que, ao tomar uma

posição criativista, pode ele adentrar em campos em que apenas sua técnica não seja suficiente para suprir a contento as demandas sociais.

Ao passo que a redemocratização alcançada com a Constituição de 1988 favoreceu o ativismo, foi possível perceber que também ela favoreceu a judicialização da política. Analisamos no presente trabalho esse movimento que hoje é verdadeira tendência nos Tribunais brasileiros – seja pela ineficiência do Poder Legislativo em editar normas que supram as demandas sociais, seja pela busca de um resultado diferente do obtido pelo sistema majoritário pela oposição política – cada vez mais o debate que outrora se limitava às Casas Legislativas está sendo deslocado para o Tribunal Constitucional. E, através da larga jurisdição Constitucional aliada a mecanismos interpretativos, acaba por criar novo direito, ainda que essa não se configure sua função inicial, para assegurar que os princípios e fundamentos da Constituição sejam satisfatoriamente privilegiados.

Foram analisados neste trabalho casos de grande relevância nacional que reuniram os dois temas principais aqui pesquisados, primeiro a judicialização da política, e sendo assim, toda a jurisprudência pesquisada tratava da legislação eleitoral, e segundo, o ativismo judicial, que surgiu como mecanismo para “criar as regras do jogo”, ainda que tais regras não estivessem expressamente especificadas em legislação ordinária.

Os exemplos podem ser divididos em dois blocos. O primeiro é ocupado pelas decisões referente à verticalização das coligações partidárias e o estabelecimento da fidelidade partidária. Nesses casos foi possível aferir que a judicialização da política foi ensejada exatamente pelos parlamentares, de modo que o Pretório Excelso foi procurado para por fim a discussão cuja solução não foi encontrada nos meios políticos. Tal movimento, inclusive, em ambos os casos, se iniciou pela busca pelo Tribunal Superior Eleitoral através de consulta.

Em verdade, o Supremo Tribunal Federal agiu de maneira criativa nos dois casos. No primeiro, além de, em um primeiro momento avalizar a verticalização estabelecida pelo TSE, também ele elevou o princípio da anterioridade a cláusula pétrea, o que impossibilitou a aplicação imediata da emenda 52 – que excluiu a verticalização das coligações partidárias. E no segundo, foi criada uma nova hipótese de perda de mandato legislativo ao integrar os princípios democráticos para estabelecer que a vaga no Congresso pertencesse ao partido, e não ao parlamentar eleito pelo sistema proporcional.

Ora, como já expressado no presente trabalho, várias correntes se posicionaram tanto favorável, como desfavoravelmente à atitude criativa assumida pela Corte Constitucional nos casos citados. No entanto, não há como negar que em ambos os casos o Tribunal foi essencial para estabelecer as “regras do jogo democrático”, saliente-se, quando consultado.

Inclusive, no caso da verticalização das coligações partidárias, em um primeiro momento a postura do Tribunal em manter o que já fora estabelecido pelo TSE impulsionou a emenda 52, de modo que o Congresso fez por meio de tal mecanismo sua vontade prevalecer.

Sendo assim, nos dois casos expostos, não se vislumbra prejuízo irreparável para a democracia, apenas uma demonstração de que o Supremo Tribunal Federal, ao mudar sua postura anterior, que era voltada a auto-contenção, abriu-se no sentido de resolver questões políticas.

À época dos julgamentos, suas decisões foram de grande avanço para os debates travados nas Casas Legislativas, entretanto, conforme já citado, a longo prazo tal postura teria consequências no que concerne à intensificação da judicialização da política.

No segundo bloco, analisaremos as duas últimas jurisprudências estudadas e que, por conseguinte, também são mais recentes, são as referentes ao julgamento da Constitucionalidade da Lei “Ficha Limpa”, e do julgamento, ainda inacabado, sobre a constitucionalidade dos dispositivos que permitem as doações de empresas privadas para partidos e campanhas eleitorais.

Verificou-se através da análise do segundo bloco que neste caso existiram à época das ações um forte apelo popular com relação aos temas propostos. Muito disso se deve ao fato de que, tanto a Lei Ficha Limpa quanto a solicitação de verificação de constitucionalidade dos financiamentos à campanhas eleitorais, são temas fortemente ligados a atual crise da conjuntura política vivida pelo Brasil.

Nos últimos anos vários escândalos de desvio de dinheiro público foram deflagrados, muito se falou e ainda se fala de temas como corrupção, proibidade e falta de moralidade dos parlamentares no exercício de sua função pública. A própria lei “Ficha Limpa” foi de iniciativa popular e se prestou a impedir a candidatura de cidadãos com processos na justiça, e visava, obviamente, uma maior proibidade e moralidade nas relações políticas.

Graças a esse cenário, agora o recurso ao Judiciário não ocorreu por iniciativa de parlamentares de oposição em busca de nova interpretação, e também não tinha como

objetivos estabelecer as regras do jogo político. Em ambos os casos, fica mais evidente que o Supremo Tribunal Federal foi instado a tomar as providências necessárias para frear a falta de moralidade e probidade que rondava os poderes Legislativo e Executivo.

A iniciativa da lei da Ficha Limpa deixa evidente essa hipótese: recorreu-se ao Judiciário para validar dispositivo que, em tese, feriria a presunção de inocência, já que impediria cidadãos contra quem não há condenação transitada em julgado de exercer seus direitos políticos.

Ocorre que, ao passo que tínhamos grandes defensores do referido princípio, também tivemos grandes defensores da Lei em questão, primeiro por ser uma lei de iniciativa popular, e, portanto, carregar consigo uma representatividade consistente, e segundo por ser o tema por ela tratado de grande interesse geral, já que buscava moralizar o exercício da política brasileira.

Dentro desse contexto estava o Supremo Tribunal Federal diante de uma problemática extremamente delicada, já que ao confirmar a constitucionalidade da lei – afastando o princípio da presunção de inocência e flexibilizando os direitos políticos retratados na ação – levou vários juristas a se colocarem contra a posição vencedora, sendo acusado, inclusive, de populista. O fato é que toda a população ansiava pelos efeitos da lei, mas uma parte dela reconheceu seus vícios, diferente da postura adotada pelo Pretório Excelso.

No caso do julgamento da ADI 4650 novamente temos a busca pelo Supremo Tribunal Federal para a solução de problemas políticos que não são solucionados pela legislação eleitoral, agora, com o claro objetivo de se providenciar uma reforma política, ainda que no Judiciário.

Os pedidos da ação e seus fundamentos são extremamente justos, afinal, cada vez mais as campanhas são decididas pelo poder econômico, e a legislação eleitoral atual se cala quanto a esta possibilidade. E esse silêncio é contundente na opinião pública, tão contundente que deflagrou na propositura da ação aqui estudada, e nas diversas polêmicas que permeiam o assunto.

Não podemos deixar de reconhecer que o ativismo é um mecanismo de extrema importância na atual conjuntura jurídica, mas que também peca pelos excessos. Isso porque a jurisdição constitucional e os conceitos abertos que envolvem a sua aplicação dão ensejo a interpretações diversas e a debates extensos. Porém, esse ainda é limitado se comparado aos

grandes debates promovidos nas Casas Legislativas, e evitado de vício de falta de representatividade no que concerte os agentes públicos que os proferem.

Em verdade, tal mecanismo deveria ser utilizado como uma exceção, nos casos em que a legislação falha e os fundamentos e princípios constitucionais permitem. Se esquecermos da via principal pela qual obtemos a solução das demandas sociais, no futuro não precisaremos mais do Legislativo, mas apenas do Judiciário.

Sendo assim, resta claro que os exemplos contemplados no último bloco possuem uma maior complexidade envolvendo sua análise, pois ao passo que o ativismo neles contemplados se mostra eficaz como mecanismo para atingir o fim desejado pela sociedade, paira sobre ele um questionamento que foi levantado pelos que divergem da posição adotada pela Corte Constitucional: a que custo?

Acredito que ainda não sabemos, e, provavelmente tal tema será debate de trabalhos futuros. O que sabemos é que a democracia ganharia muito mais se Legislativo, Judiciário e Executivo desempenhassem suas funções em harmonia e cooperação.

Uma queda de braço entre esses poderes só contribui ainda mais para a ineficácia da máquina pública em prover as necessidades básicas dos seus cidadãos. E cada poder tem que prover aquilo que sua capacidade institucional propõe, e, nesse caso, também podemos usar a metáfora contida na figura da balança. Quando um poder trás para si mais do que deveria, inequivocamente a balança pende mais para um lado e o equilíbrio se afasta.

O Brasil não precisa de Ministros legisladores – ainda que a solução dada por eles seja satisfatória – precisa de um Congresso que legisle com moralidade, probidade e responsabilidade. Porque é isso que a democracia exige, e é desse modo que teremos ferramentas para o desenvolvimento saudável da Nação.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vicente Paulo de. Ativismo judicial. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2930, 10 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19512>>. Acesso em: 19 set. 2014.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Org.) . Estado de Direito e Ativismo Judicial. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/126_85_Cached.pdf>. Acesso em 14 de setembro de 2014.

_____, O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2012.

_____, A Americanização do Direito Constitucional e Seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf>. Acessado em 10 de maio de 2015.

_____, Trinta Anos de Democracia. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?m=201504>>. Acessado em 20 de maio de 2015

BRANCO, Paulo G. G.; COELHO, Inocêncio M.; MENDES, Gilmar F. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 83, de 05 de agosto de 2014. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20 de setembro de 2014.

CARVALHO, Ernani R. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. Revista de Sociologia e Política, Paraná, n.23, p. 115-126, nov. 2004.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. Revista de Sociologia e Política, Paraná, n. 23, p 115-126, nov. 1997.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. Fidelidade partidária e perda do mandato no Brasil. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.198, p.1-17 , out/dez 1994.

GAGGIANO, Monica Herman. Ficha Limpa: impacto nos tribunais tensões e confrontos. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MENEGHETTI, Marco Antonio. Judicialização da política no Brasil e moderação do poder. 2008. 141 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Políticas) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

NOTÍCIAS STF. STF decide pela constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=200495>>. Acesso em 19 de setembro de 2014.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. Ativismo judicial no Brasil O caso da fidelidade partidária. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502954/001002783.pdf?sequence=1>> Acessado em 07 de maio de 2015.

OLIVEIRA, Vanessa E.; CARVALHO NETO, Ernani. Judicialização da política: um tema aberto. Política Hoje. Revista do Mestrado de Ciências Políticas da UFPE, Pernambuco, v. 1, n. 15, 2006

PIÇARRA, Nuno. A separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1989.

SANTORO, Raquel Botelho. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Lei da Ficha Limpa. Revista Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014.

SARMENTO, D. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L.; OLIVEIRA, F. (Org.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34. ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. Revista de Direito Administrativo (2009). pág. 197-227.

SOUZA, Franco Aurélio Brito. “Uma Breve Abordagem Sobre a Relação entre Estado, Direito e Política”. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Org.). Estado de Direito e Ativismo Judicial. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685. Interesse Público, Porto Alegre, v. 37, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13229>>. Acesso em 19 de setembro de 2014.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luiz Bolzan de. Ciência Política e Teoria do Estado. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 8º edição. 2014.

TATE, C. N.; VALLINDER, T. (orgs.). The global expansion of judicial power. New York: New York University Press, 1995

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007: disciplina o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasilia-2013-df>>. Acesso em 21 de setembro de 2014.