

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL-MINTER UNISINOS/UNIDAVI
NÍVEL MESTRADO**

CLEIDIANE SEVEGNANI ADAMI

A CASSAÇÃO DE MANDATOS ELETIVOS:

**Reflexo da decisão judicial diante do princípio da soberania popular e a
possibilidade de implantação no poder judiciário de um espaço de discussão
direta com o povo**

SÃO LEOPOLDO

2019

CLEIDIANE SEVEGNANI ADAMI

A CASSAÇÃO DE MANDATOS ELETIVOS:

Reflexo da decisão judicial diante do princípio da soberania popular e a possibilidade de implantação no poder judiciário de um espaço de discussão direta com o povo

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. José Rodrigo Rodriguez

SÃO LEOPOLDO

2019

A198c Adami, Cleidiane Sevegnani

A cassação de mandatos eletivos: reflexo da decisão judicial diante do princípio da soberania popular e a possibilidade de implantação no poder judiciário de um espaço de discussão direta com o povo. / Cleidiane Sevegnani Adami -- 2019.

151 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2019.

Orientador: Prof. Dr. José Rodrigo Rodriguez.

1. Direito eleitoral - Brasil. 2. Soberania popular. 3. Justiça eleitoral. 4. Separação de poderes. 5. Democracia deliberativa. 6. Habermas, Jürgen. I. Título. II. Rodriguez, José Rodrigo.

CDU 342.8(81)

Catálogo na Publicação: Bibliotecária Eliete Mari Doncato Brasil - CRB 10/1184

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: **"A CASSAÇÃO DE MANDATOS ELETIVOS: Reflexo da decisão judicial diante do princípio da soberania popular e a possibilidade de implantação no poder judiciário de um espaço de discussão direta com o povo"** elaborada pela mestranda **Cleidiane Sevegnani**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 09 de outubro de 2019.



Profa. Dra. **Fernanda Frizzo Bragato**

Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. José Rodrigo Rodriguez

Membro: Dr. José Arthur Castillo de Macedo *(Participação por Webconferência)*

Membro: Dr. André Luiz Olivier da Silva

Este singelo trabalho é dedicado a toda a minha família, em especial ao meu marido Ederson, por sempre me incentivar e, especialmente, ao meu amado filho Davi, razão diária do meu sorriso.

“Nunca, jamais desanimeis, embora venham ventos contrários.” (Santa Paulina).

AGRADECIMENTOS

Acredito que toda Dissertação de Mestrado é resultado de um esforço individual, porém sem que tivéssemos pessoas ao nosso redor apoiando esse projeto e permitindo que ele aconteça, nada disso seria possível.

- O meu agradecimento especial a toda a minha família que me ajudou, cuidando de meu bebê recém-nascido até a idade atual (1 ano e 6 meses). Foram horas e horas de afastamento para dedicar-me à elaboração do trabalho. Então, a vocês, Ederson, Cristiane, Gustavo, Daiane, Charles, Volnice, Vera e Silvio, muito obrigada. Amo vocês.

- Ao meu orientador, professor Doutor José Rodrigo Rodriguez, por ser o responsável pela inspiração da escolha do tema e por ter se dedicado de forma abnegada na orientação, acompanhando todos os passos no desenvolvimento gradual até a conclusão deste trabalho.

- Agradeço também às instituições Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI e Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS e ao Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina pelo incentivo e aperfeiçoamento acadêmico.

RESUMO

O objeto da presente Dissertação é a análise do princípio constitucional da soberania popular diante de decisões que determinam a cassação de mandatos de candidatos eleitos pelo povo e a possibilidade de implantação do poder judiciário de um espaço de discussão direta com a população que possa servir de subsídio para a tomada dessas decisões. Trata-se de analisar o papel que a soberania popular ocupa no poder judiciário e se haveria a possibilidade de implementar um canal de escuta da população também pelos organismos de Justiça, o que implicaria vislumbrar uma nova visão para o princípio constitucional da separação de poderes. Assim, fica a indagação se a decisão soberana de um povo, ao eleger seu representante em uma eleição, não é respeitada no poder judiciário quando a este é conferido o poder de cassar o diploma ou mandato de seu candidato. Questiona-se a legitimidade democrática dessa atuação, fazendo com que seja preciso avaliar a atuação do poder judiciário diante do princípio da separação de poderes sob o ponto de vista atual. Para o desenvolvimento do raciocínio aqui proposto, este trabalho abordará, inicialmente, o conceito de soberania popular. Para sua contextualização e fundamentação, a análise prosseguirá com a evolução histórica do entendimento acerca da soberania popular em sua concepção clássica. O segundo capítulo propõe-se, inicialmente, traçar o contexto histórico da Justiça Eleitoral, perpassando por cada Constituição brasileira até a Constituição de 1988. Em seguida, é realizada uma análise de suas funções, bem como sua estrutura e ações eleitorais mais relevantes. Ao final, foi realizada uma análise empírica trazendo ao trabalho alguns Acórdãos do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina onde foi possível compreender os efeitos de cada decisão para as eleições dos municípios em questão. No terceiro capítulo, são feitas ponderações acerca de uma nova visão do princípio da separação de poderes com o objetivo de entender o papel que a soberania popular pode exercer no poder judiciário. Para aprofundar o tema, destacaram-se os ensinamentos trazidos pelo doutrinador americano Bruce Ackermann. Adiante foi trazida ao trabalho a forma como os sistemas de justiça vêm tentando legitimar suas decisões de forma a desempenharem um diálogo direto com a população. Para tanto, foi apresentado o modelo normativo de democracia deliberativa, mediante os ensinamentos de Miguel Gualano de Godoy, bem como o do filósofo alemão Jürgen Habermas. Restou demonstrado ainda que a forma como essa participação popular vem ocorrendo no âmbito do poder judiciário é

por meio da realização de audiências públicas ou com a presença do *amicus curiae* em determinados processos judiciais, e assim foi possível observar também as críticas à forma como estes procedimentos vêm sendo utilizados. Finalmente, verificou-se a possibilidade de o poder judiciário eleitoral discutir com a população referidos casos para que então se possa chegar a uma solução diferente, com vistas a se ater à opinião da maioria. O método de abordagem utilizado foi o indutivo, apoiado em pesquisa bibliográfica e empírica (quando da análise de acórdãos do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina).

Palavras-chave: Soberania Popular. Justiça eleitoral. Separação de poderes. Democracia deliberativa. Jürgen Habermas.

RESUMEN

El objeto de esta disertación es el análisis del principio constitucional de soberanía popular frente a las decisiones que determinan la casación de los mandatos de los candidatos elegidos por el pueblo y la posibilidad de implementar el poder judicial de un espacio de Discusión directa con la población que podría servir como subsidio para tomar estas decisiones. Se trata de analizar el papel que la soberanía popular ocupa en el poder judicial y si habría la posibilidad de implementar un canal de escucha a la población también por parte de los órganos de justicia, lo que implicaría una visión de una nueva visión del principio Separación constitucional de poderes. Por lo tanto, la cuestión es si la decisión soberana de un pueblo, al elegir a su representante en una elección, no se respeta en el poder judicial cuando se le confiere el poder a Cassar el diploma o mandato de su candidato. Se cuestiona la legitimidad democrática de este trabajo, por lo que es necesario evaluar las acciones del poder judicial frente al principio de separación de poderes desde el punto de vista actual. Para el desarrollo del razonamiento propuesto aquí, este trabajo abordará inicialmente el concepto de soberanía popular. Por su contextualización y fundamento, el análisis continuará con la evolución histórica de la comprensión sobre la soberanía popular en su concepción clásica. El segundo capítulo propone inicialmente esbozar el contexto histórico de la justicia electoral, pasando por cada constitución brasileña hasta la Constitución de 1988. Luego se realiza un análisis de sus funciones, así como su estructura y acciones electorales más relevantes. Al final, se llevó a cabo un análisis empírico llevando a trabajar algunos juicios del Tribunal Electoral Regional de Santa Catarina donde fue posible entender los efectos de cada decisión para las elecciones de los municipios en cuestión. En el tercer capítulo, se hacen ponderaciones sobre una nueva visión del principio de separación de poderes para comprender el papel que la soberanía popular puede desempeñar en el poder judicial. Para profundizar el tema, destacaron las enseñanzas traídas por el estadounidense Indocker Bruce Ackermann. Se ha puesto a trabajar la forma en que los sistemas de justicia han estado tratando de legitimar sus decisiones para llevar a cabo un diálogo directo con la población. Para ello, se presentó el modelo normativo de la democracia deliberativa, a través de las enseñanzas de Miguel Gualano de Godoy, así como la del filósofo alemán Jurgen Habermas. También se ha demostrado que la forma en que esta participación popular ha estado ocurriendo dentro del poder judicial es a través de la realización de

audiencias públicas o la presencia de *amicus curiae* en ciertos procedimientos judiciales, y por lo tanto fue posible observar también criticando la forma en que se han utilizado estos procedimientos. Por último, existe la posibilidad de que el poder judicial electoral discuta con la población los casos referidos para que uno pueda llegar a una solución diferente, con miras a atenerse a la opinión de la mayoría. El método de enfoque utilizado fue el inductivo, apoyado por la investigación bibliográfica y empírica (al analizar las sentencias del Tribunal Electoral Regional de Santa Catarina).

Palabras clave: Soberanía popular. Justicia electoral. Separación de poderes. Democracia deliberativa. [Jürgen Habermas](#).

LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AIJE	Ação de Investigação Judicial Eleitoral
AIME	Ação de Impugnação de Mandato Eletivo
AIRC	Ação de Impugnação de Registro de Candidato
CPC	Código de Processo Civil
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DEM	Democratas
LC	Lei Complementar
MPE	Ministério Público Eleitoral
PP	Partido Progressista
PSD	Partido Social Democrático
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
PT	Partido dos Trabalhadores
RCED	Recurso Contra Expedição de Diploma
RP	Representação
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TRE	Tribunal Regional Eleitoral
TRESC	Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O PRINCÍPIO DA SOBERANIA POPULAR: CONCEPÇÃO CLÁSSICA, NOVAS CONCEPÇÕES E O MODELO DELIBERATIVO PROCEDIMENTAL DE JÜRGEN HABERMAS	16
2.1.1 Considerações iniciais sobre Soberania Popular	16
2.1.2 Análise histórica do conceito de soberania popular	18
2.1.2.1 A soberania segundo Jean Bodin	19
2.1.2.2 A soberania segundo Thomas Hobbes	20
2.1.2.3 John Locke e a Revolução gloriosa	22
2.1.2.4 A soberania popular de Jean-Jacques Rousseau	24
2.3 O conceito de soberania popular segundo Jürgen Habermas	27
2.3.1 Habermas e sua percepção de importância da Revolução Francesa para a prática política e constituição legítima de direitos	27
2.3.1.2 A discussão entre liberalismo e democracia radical	32
2.3.2 Poder comunicativo e Poder administrativo	40
2.3.3 O sistema político: modo de atuação	41
2.3.4 A soberania popular: novo conceito	42
3 A JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA E SUA ATUAÇÃO EM SITUAÇÕES DE CASSAÇÃO DE MANDATOS ELETIVOS	49
3.1 Do advento da Justiça Eleitoral à Constituição de 1988: um pouco da história	47
3.2 A Justiça Eleitoral brasileira hoje	49
3.2.1 Funções da Justiça Eleitoral	50
3.2.2 A estrutura da Justiça Eleitoral	51
3.3 Das ações eleitorais	54
3.3.1 Ação de Impugnação de Registro de Candidato - AIRC	54
3.3.2 Recurso contra a expedição do Diploma - RCED	55

3.3.3 Ação de Investigação Judicial Eleitoral – AIJE	56
3.3.5 Representação por Captação Ilícita de Sufrágio.....	58
3.3.7 Representação por Captação e Gastos Ilícitos de Recursos Eleitorais	59
3.3.8 Representação por Propaganda Eleitoral irregular	60
3.3.9 Representação por Pesquisa Eleitoral irregular.....	60
3.3.10 Representação por doação acima do limite legal	61
3.3.11 Representação por Direito de Resposta.....	61
3.4 A anulação de votos e suas consequências	62
3.5 As eleições suplementares: terceiro turno das eleições?	65
3.6 Análise de acórdãos do tribunal regional eleitoral de Santa Catarina sobre a cassação de mandatos de prefeito	66
4 PONDERAÇÕES ACERCA DA NOVA VISÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO: É POSSÍVEL ESTABELECEM UM ESPAÇO DE DISCUSSÃO DIRETA COM O POVO?	79
4.1 Considerações iniciais	79
4.2 A separação de poderes segundo Montesquieu.....	81
4.3 A separação de poderes para Os Federalistas	84
4.4 A visão de Kelsen	86
4.5 A Separação dos Poderes em Transformação.....	88
4.6 O papel do poder judiciário na nova visão da separação de poderes	95
4.6.1 Democracia deliberativa, Audiências públicas e <i>amicus curiae</i>	101
4.7 Críticas à atuação do poder judiciário em implementar um espaço de discussão com o povo ou de atuar afirmando que o está representando.	108
4.8 As decisões judiciais eleitorais que cassam mandatos eletivos: é possível pensar o poder judiciário como espaço de discussão direta com o povo por meio de audiências públicas, conferindo-lhe legitimidade democrática?	114
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	120
REFERÊNCIAS BÁSICAS.....	129

1 INTRODUÇÃO

O tema da presente Dissertação é a análise do princípio constitucional da soberania popular diante de decisões que determinam a cassação de mandatos de candidatos eleitos pelo povo e a possibilidade de implantação do poder judiciário de um espaço de discussão direta com a população que possa servir de subsídio para a tomada dessas decisões.

Trata-se de analisar o papel que a soberania popular ocupa no poder judiciário e se haveria a possibilidade de implementar um canal de escuta da população também pelos organismos de Justiça, o que implicaria vislumbrar uma nova visão para o também princípio constitucional da separação de poderes, já que ao poder judiciário estar-se-ia implantando um mecanismo até então somente utilizado pelo poder legislativo.

A escolha desse tema partiu da observação e discussão de temas importantes vivenciados no atual sistema político e jurídico brasileiro, haja vista a constatação de que a sociedade brasileira (e mundial) não aceita mais, de forma pacífica, as decisões que são tomadas pelas autoridades em situações que podem influenciar diretamente suas opiniões e atitudes em relação a determinado assunto.

Em países que padecem de desigualdades extremas e opressões (como é o caso do Brasil), veem-se também formas extraordinárias de confrontação e resistência popular. O Direito que se mostra sempre tão distante do povo, de difícil acesso e concretização, se transforma, assim, em objeto de questionamento, desafio e, até mesmo, desobediência. Ou seja, não são incomuns as situações em que o povo está a denunciar, questionar e desafiar um Direito que lhe pertence, mas que não possui.

Assim, fica a indagação se a decisão soberana de um povo, ao eleger seu representante em uma eleição, não é respeitada no poder judiciário quando a este é conferido o poder de cassar o diploma ou mandato de seu candidato. Questiona-se a legitimidade democrática dessa atuação.

Com o estudo aprofundado do princípio constitucional da soberania popular e sua representatividade em um estado democrático de direito, pretende-se compreender se esse princípio é observado diante de decisões judiciais que cassam os mandatos de candidatos que foram eleitos majoritariamente pelo povo.

O poder judiciário vem se preocupando sobremaneira com esses questionamentos da sociedade acerca da preponderância de suas decisões até

mesmo diante de dispositivos legais, e o que se percebe é que ocorre uma tentativa de aproximação deste poder junto ao povo por meio, por exemplo, da realização de audiências públicas e da permissão de participação do *amicus curiae*.

Assim, outra discussão que se faz presente neste trabalho é acerca do princípio constitucional da separação de poderes, já que, em sua tradicional versão tripartite, o poder judiciário poderia estar suprimindo atividades exclusivas do poder que efetivamente representa o povo, o poder legislativo.

É preciso avaliar a atuação do poder judiciário diante do princípio da separação de poderes sob o ponto de vista atual, ou seja, observar como vem pensando os doutrinadores constitucionalistas atuais acerca de uma nova visão da separação de poderes.

Para o desenvolvimento do raciocínio aqui proposto, este trabalho abordará, inicialmente, o conceito de soberania popular. Para sua contextualização e fundamentação, a análise prosseguirá com a evolução histórica do entendimento acerca da soberania popular em sua concepção clássica, na visão dos principais filósofos teóricos como Jean Bodin, Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jaques Rousseau. Em seguida, traz-se uma nova concepção do conceito de soberania popular segundo definição de importante jurista e filósofo: Jürgen Habermas.

Jürgen Habermas propõe uma nova visão para o conceito de soberania popular, vislumbrando-a com características procedimentais. Habermas entende que o Direito só pode ser legitimado na medida em que se realiza por meio do agir comunicativo. Esse agir comunicativo só seria alcançado se os membros do direito pudessem livremente expressar sua opinião e vontade política, sentindo-se assim autores das normas das quais são destinatários¹.

No entanto, diante da vastidão de assuntos que o pensamento de Habermas abarca, o objeto de estudo focalizou a construção teórica que o autor faz com relação ao exercício da soberania popular, vislumbrando-a para além dos sistemas puramente representativos, concebendo-a como um modelo deliberativo- procedimental.

O segundo capítulo propõe-se, inicialmente, traçar o contexto histórico da Justiça Eleitoral, perpassando por cada Constituição brasileira até a Constituição de 1988. Em seguida, é realizada uma análise de suas funções, bem como sua estrutura.

Na sequência, estudou-se cada ação eleitoral de modo a sintetizar o objeto de cada uma, suas principais características e requisitos, além de se compilarem as hipóteses de nulidade e anulabilidade das votações e votos durante o pleito e a

¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 62.

compreender o que são as chamadas eleições suplementares. Essa verificação ocorreu para que, ao final, (após a análise de alguns Acórdãos do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina), fosse possível compreender os efeitos de cada decisão para as eleições dos municípios em questão.

Na terceira parte, serão feitas ponderações acerca de uma nova visão do princípio da separação de poderes com o objetivo de entender o papel que a soberania popular pode exercer no poder judiciário. Para isso, mais uma vez se faz necessário recorrer às concepções clássicas do que vem a ser separação de poderes na visão de importantes filósofos como Montesquieu, Alexander Hamilton, John Jay e James Madison (Os Federalistas) e Hans Kelsen.

Em seguida, aprofundando o tema da separação de poderes, foram trazidos entendimentos atuais acerca desses princípios, dentre os quais destaca-se o estudo do doutrinador americano Bruce Ackermann em razão de seu livro intitulado “A nova visão da separação de poderes”.

Além do referido autor, foi trazida a opinião de outros doutrinadores, dentre os quais o professor José Rodrigo Rodriguez, que orientou o presente trabalho.

No desenvolver do tema, foi necessário pesquisar como o poder judiciário vem tentando legitimar suas decisões de forma a desempenhar um diálogo direto com a população. Isto vem ocorrendo por intermédio, por exemplo, da realização de audiências públicas ou com a presença do *amicus curiae* em determinados processos judiciais.

Passou-se a descrever então como as audiências públicas e a admissão do *amicus curiae* vem sendo institucionalizadas no âmbito do STF, o que permitiu observar também as críticas à forma como esses procedimentos vêm sendo utilizados.

Ao final, transpondo o questionamento para o principal problema a ser enfrentado neste trabalho, qual seja, a constatação de que a justiça eleitoral vem, de forma recorrente, cassando os mandatos de candidatos eleitos majoritariamente pelo povo, se haveria então a possibilidade de o poder judiciário eleitoral discutir com a população referidos casos (por meio de audiências públicas, por exemplo) para que então se possa chegar a uma solução diferente, com vistas a se ater à opinião da maioria.

Como servidora da justiça eleitoral há mais de dez anos e com experiência prática em 06 (seis) eleições, 03 (três) delas municipais, observo a frequência com que nos deparamos com demandas judiciais que pleiteiam a cassação de candidatos e a marcação de novas eleições. Portanto, entender se a efetividade dessas demandas vem modificando a forma como os eleitores e os candidatos observam a justiça eleitoral vem suscitando dúvidas. A presente proposta de pesquisa consiste em uma oportunidade

para ampliar o conhecimento sobre os preceitos constitucionais eleitorais que envolvem o processo eleitoral.

Assim, compreender e pesquisar sobre o assunto contribuirá sobremaneira para minha atividade profissional bem como para minha carreira docente. Do ponto de vista acadêmico, por se tratar de pesquisa e análise de direitos constitucionalmente garantidos, a linha de pesquisa do tema conjuga-se com a linha de pesquisa 1 (Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos.)

Informa-se, por fim, que a pesquisa aqui proposta foi elaborada sobre o método de abordagem indutivo e apoiada em pesquisa bibliográfica e empírica, quando da análise de casos concretos envolvendo a cassação de mandatos eletivos em eleições municipais na Justiça Eleitoral Catarinense.

2 O PRINCÍPIO DA SOBERANIA POPULAR: CONCEPÇÃO CLÁSSICA, NOVAS CONCEPÇÕES E O MODELO DELIBERATIVO PROCEDIMENTAL DE JÜRGEN HABERMAS

2. 1.1 Considerações iniciais sobre Soberania Popular

O conceito de soberania popular é apresentado pela CRFB/1988 já em seu primeiro artigo e demonstra sua decisiva importância em um Estado Democrático de Direito. O artigo 1º assim dispõe:

Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.
Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I – a soberania;

Ainda que não contenha menção expressa, o artigo supra descreve a configuração de um Estado Democrático de Direito: o que legitima um governo a atuar em nome de um povo e garantir então o seu aspecto democrático é a soberania popular.

Ainda de acordo com referido artigo, extrai-se o entendimento de que nosso sistema político é representativo, isto é, não permite o exercício de uma democracia da forma direta, não sendo possível ouvir toda a população acerca de determinada demanda. No entanto, o mesmo dispositivo traz exceções a esta regra, as quais estão definidas na própria constituição (plebiscito, referendo).

A soberania popular é, portanto, um elemento fundante de um Estado Democrático de Direito e, como tal, é certo que a elaboração de normas jurídicas para esse Estado deve ser feita por meios democráticos.

Citamos agora a definição de Bobbio para soberania, insculpida em sua obra clássica *Dicionário de Política*, indicando que o conceito de soberania pode ser concebido de maneira ampla ou de maneira estrita. Em um sentido abrangente, indica o poder de mando de última instância numa sociedade política e, conseqüentemente, esta é a diferença entre esta e as demais organizações humanas, nas quais não se encontra este poder supremo. Este conceito está, dessa forma, intimamente ligado ao Poder político. Em sentido estrito, o termo soberania indica o poder estatal, sujeito único e exclusivo da política².

Prossegue o referido autor dizendo que a soberania, enquanto poder de mando de última instância, acha-se intimamente relacionada com a realidade primordial e

² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giafranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p. 1179.

essencial da política: a paz e a guerra³.

A soberania, portanto, estaria apresentada sobre duas faces: a interna e a externa. Segundo Bobbio, internamente, o soberano moderno procura eliminar conflitos internos (guerra privada, dos duelos a lutas civis) a fim de manter a paz, essencial para enfrentar a luta com outros Estados na arena internacional. Externamente, cabe ao soberano decidir acerca da guerra e da paz, sendo que, a nível externo, o soberano encontra nos outros soberanos seus iguais, achando-se conseqüentemente numa posição de igualdade⁴.

Ainda conforme Bobbio, citando Bodin, há um consenso constante sobre algumas características formais da soberania: ela é absoluta, perpétua, indivisível, inalienável e imprescritível, sendo absoluta por não sofrer limitações por parte das leis; perpétua por ser atributo intrínseco ao poder da organização política e não coincidir com as pessoas físicas que a exercem; inalienável e imprescritível porque o poder político é uma função pública e, conseqüentemente, indisponível.⁵

Neste momento, é importante registrar a diferença entre ditadura soberana e soberania popular e justificar o porquê de esta última possuir um conceito mais completo, pois, segundo Bobbio:

Numa perspectiva exatamente oposta, encontramos a real Soberania do povo, que se manifesta no seu poder constituinte, pelo qual, através da Constituição, define os órgãos e os poderes constituídos e instaura o ordenamento, onde estão previstas as regras que permitem sua transformação e sua aplicação. O poder constituinte do povo conhece já procedimentos satisfatoriamente consolidados (assembleias ad hoc, formas de ratificação através de referendium), capazes de garantir que a nova ordem corresponda à vontade popular. É justamente por este motivo que o poder constituinte do povo, que instaura uma nova forma de Estado, pode ser encarado como a última e mais amadurecida expressão do contratualismo democrático: um contrato entre os cidadãos e as forças políticas e sociais, que define as formas pelas quais os representantes ou comissionados do povo devem exercer o poder, bem como os limites dentre os quais eles devem se movimentar. Se a ditadura soberana constitui um mero fato, produtor do ordenamento, o poder constituinte do povo é uma síntese de poder e direito, de ser e dever ser, de ação e consenso, uma vez que fundamenta a criação da nova sociedade no *iuris consensu*.⁶

Paulo Bonavides também apresenta relevante conceito de soberania popular:

³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giafranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p. 1180.

⁴ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giafranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p. 1180.

⁵ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giafranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p. 1180.

⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giafranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p. 1180.

A soberania assim entendida como soberania interna fixa a noção de predomínio que o ordenamento estatal exerce num certo território e numa determinada população sobre os demais ordenamentos sociais. Aparece então o Estado como portador de uma vontade suprema e soberana — a suprema potestas — que deflui de seu papel privilegiado de ordenamento político monopolizador da coação incondicionada na sociedade. Estado ou poder estatal e soberania assim concebidos, debaixo desse pressuposto, coincidem amplamente. Onde houver Estado haverá, pois, soberania.⁷

Porém, como veremos adiante, em se tratando de soberania popular (e não da soberania do estado), no contexto constitucional atual, observar a vontade popular, ou mesmo, o conceito de povo como unidade e homogeneidade resta prejudicado, haja vista uma das características mais marcantes da sociedade atual: o pluralismo. Medidas que visam definir a vontade populacional como se fosse uma podem contribuir apenas para estabelecer uma ditadura da maioria, com o condão de se criarem medidas exclusivas e violadoras de direitos constitucionalmente previstos.

2.1.2 Análise histórica do conceito de soberania popular

A ideia de soberania não foi constituída de uma hora para outra: seu conceito é complexo e possui inúmeros sentidos, de acordo com o desenvolvimento do pensamento político-filosófico, da antiguidade até os dias atuais.

Ao final da idade média, com o advento da efetiva concentração dos três poderes nas mãos do monarca, foi possível aos teóricos amadurecer a ideia de soberania.

Para esse momento, faz-se necessária a análise das proposições teóricas dos principais filósofos políticos, sendo eles Jean Bodin, Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, pois, sendo adeptos da teoria contratualista⁸, todos têm uma profunda conexão com a noção de soberania nacional, desde a sua fundamentação até os seus limites.

⁷ BONAVIDES, PAULO. **Ciência Política**. 10. edição (revista, atualizada) 9ª tiragem. São Paulo: Ed. Malheiros, p. 156.

⁸ Em sentido muito amplo, o Contratualismo compreende todas aquelas teorias políticas que veem a origem da sociedade e o fundamento do poder político (chamado, quando em quando, *potestas*, *imperium*, Governo, soberania, Estado) num contrato, isto é, num acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos, acordo que assinalaria o fim do estado natural e o início do estado social e político. Num sentido mais restrito, por tal termo se entende uma escola que floresceu na Europa entre os começos do século XVII e os fins do XVIII e teve seus máximos expoentes em J. Althusius (1557-1638), T. Hobbes (1588-1679), B. Spinoza (1632-1677), S. Pufendorf (1632-1694), J. Locke (1632-1704), J.-J. Rousseau (1712-1778), I. Kant (1724-1804). Por escola entendemos aqui não uma comum orientação política, mas o comum uso de uma mesma sintaxe ou de uma mesma estrutura conceitual para racionalizar a força e alicerçar o poder no consenso. Em BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giafranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C.. Varriale et al. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p. 272.

2.1.2.1 A soberania segundo Jean Bodin

Segundo Dalmo de Abreu Dallari, o conceito moderno de soberania foi, pela primeira vez, trazido por Jean Bodin (1530-1596), autor jusnaturalista e um dos idealizadores do absolutismo. Foi considerado o iniciador do conceito moderno de soberania. Em sua obra “Os Seis Livros da República”, datada de 1576, o conceito foi assim apresentado: “Soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República, palavra que se usa tanto em relação aos particulares quanto em relação aos que manipulam todos os negócios de estado de uma República”⁹.

Entende-se por absoluta, pois é superior a todos os outros poderes, limitando-se somente à lei divina ou à lei natural. É perpétua, já que não é limitada no tempo. Na concepção do filósofo, a soberania é a essência da República, pois, sem ela, esta não poderia existir, ou seja, não é admissível uma forma de governo pautada na ausência de soberania.

Bodin também utiliza uma argumentação de traço fortemente religioso para defender o regime monárquico. O poder do monarca era absoluto e de origem divina. A soberania tem caráter absoluto, dentro dos limites estabelecidos pelo direito natural e as leis de Deus.

Com relação à titularidade, a soberania pode ser exercida por um príncipe (monarquia), por uma classe dominante (aristocracia) ou pelo povo (democracia). Contudo, o autor defende expressamente ser o rei o titular da soberania: “Quando digo que o primeiro atributo da soberania é dar leis a todos e em geral e a cada um em particular, estas últimas palavras implicam os privilégios os quais correspondem os príncipes soberanos, com exclusão de todos os demais”¹⁰.

No que concerne aos investidos nesse poder soberano, diz-se que são apenas depositários do poder e guardas até que o povo ou o Príncipe o revogue. Somente estes têm o poder de delegar ou revogar, já que continuam a ser seus verdadeiros detentores. Eis porque a lei diz que o governador de um país ou lugar-tenente do Príncipe, uma vez expirado seu tempo, devolve o poder como depositário e guarda do poder de outrem¹¹.

Bodin identifica a essência da soberania no poder de fazer e de anular as leis. O soberano detém o monopólio do direito por meio do poder legislativo. Além disso, na visão bodiniana, cabe ao soberano o poder de decidir acerca da guerra e da paz, nomear os chefes militares e os magistrados, emitir moeda, suspender impostos, conceder

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 77.

¹⁰ BODIN, Jean. **Os seis livros da República**. Tradução de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011. (Coleção Fundamentos do Direito), p. 74.

¹¹ BODIN, Jean. **Os seis livros da República**. Tradução de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011. (Coleção Fundamentos do Direito), p. 197.

indultos e anistias e julgar em última instância. Caso tais prerrogativas deixassem de existir, o soberano, apesar do monopólio da lei, tornar-se-ia impotente.

Apesar de o poder soberano não ser limitado, isso não quer dizer que os príncipes não devam respeitar as leis divinas, naturais e certas leis humanas comuns a todos os povos. O príncipe fica externo às leis de seu reino, ou seja, ele não está sujeito às suas leis. Contudo, ele sempre estará sujeito às leis divinas e naturais, pois, do contrário, ele seria culpado de lesar a majestade divina, declarando guerra a Deus¹².

Com o passar dos anos, diversos outros pensadores também trouxeram suas interpretações, divergindo dos conceitos trabalhados por Bodin, dentre eles o filósofo inglês Thomas Hobbes.

2.1.2.2 A soberania segundo Thomas Hobbes

Em sua obra mais conhecida, *Leviatã*¹³, e, diante dos problemas sociais e políticos vividos pela sua geração, um dos objetivos delineados pelo autor é construir uma justificativa para a soberania.

Hobbes é filósofo adepto da teoria contratualista. O autor justifica que a constante insegurança e a iminente guerra física são duas das principais razões que levaram os homens a constituir o Estado. De acordo com Hobbes, toda essa conjuntura é uma consequência do fato de que a existência humana é "solitária, pobre, desagradável, bruta e curta"¹⁴.

Assim, Hobbes considera que somente existe Estado soberano por força de um projeto racional e físico (uma vez que puramente humano).

Com a finalidade de cuidar da própria conservação e de ter uma vida mais satisfeita, o Estado é então instituído. Eis o que é o pacto nas palavras de Hobbes: "Autorizo e transfiro o meu direito de me governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires para ele o teu direito, autorizando de uma maneira semelhante todas as suas ações"¹⁵.

¹² BODIN, Jean. **Os seis livros da República**. Tradução de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011. (Coleção Fundamentos do Direito), p. 53.

¹³ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <<https://politicaonlineblog.files.wordpress.com/2016/05/leviatc3a3-martins-fontes.pdf>>, p. 109. Acesso em: 09 abr. 2019.

¹⁴ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <<https://politicaonlineblog.files.wordpress.com/2016/05/leviatc3a3-martins-fontes.pdf>>, p. 109. Acesso em: 09 abr. 2019.

¹⁵ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <<https://politicaonlineblog.files.wordpress.com/2016/05/leviatc3a3-martins-fontes.pdf>>, p. 147. Acesso em: 10 abr. 2019.

E o soberano é então uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por todos como autora, de modo que ela pode usar a força e os recursos de todos da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comuns. Àquele que é portador dessa pessoa, chama-se “Soberano” e dele se diz que possui poder soberano. Todos os demais são “Súditos”¹⁶.

Hobbes entende a soberania como uma prerrogativa que, em essência, não conhece limites. O detentor da soberania, seja ele qualquer homem ou assembleia, possui vários direitos dentre os quais destaca-se, como exemplo: a irrevogabilidade do poder a ele conferido; que não há justiça nas acusações que o súdito faça aos atos do soberano; que nada que o soberano faz pode ser punido pelo súdito; que pertencem ao soberano a autoridade judicial e a decisão das controvérsias.

Enfim, todos esses direitos constituem a essência da soberania e são incomunicáveis e inseparáveis¹⁷.

Outra característica marcante do pensamento político de Hobbes é sua predileção pela monarquia absoluta. O autor até reconhece o poder soberano nas monarquias, aristocracias e democracias, contudo, sua concepção ideal, assim como de Jean Bodin, é uma monarquia absolutista¹⁸.

Eis como Bobbio resume a teoria de Hobbes:

A melhor e mais coerente expressão do Estado absoluto encontra-se no pensamento político de Thomas Hobbes, cujas teorias políticas adquirem um valor de paradigma. Nas obras de Hobbes encontra-se de fato: 1) a teoria segundo a qual a única fonte de direito é a vontade do soberano, por isso ele luta contra a supremacia que, na Inglaterra, era conferida ao direito consuetudinário (*common law*). (...) 2) a teoria longamente documentada nas duas obras políticas principais (*De Cive* e *Leviathan*), segundo a qual a Igreja não constitui um ordenamento superior ao ordenamento estatal porque, como o ordenamento jurídico, identifica-se com o estatal; a afirmação de que, nas relações dos Estados entre si (direito internacional), não existe nenhum poder superior aos estados singulares, e que portanto vale entre eles o estado de natureza, quer dizer, o estado segundo o qual não existe outro direito a não ser o do mais forte; a tese de que os ordenamentos jurídicos

¹⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <<https://politicaonlineblog.files.wordpress.com/2016/05/leviatc3a3-martins-fontes.pdf>>, p. 147. Acesso em: 10 abr. 2019.

¹⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <<https://politicaonlineblog.files.wordpress.com/2016/05/leviatc3a3-martins-fontes.pdf>>, p. 155. Acesso em: 10 abr. 2019.

¹⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <<https://politicaonlineblog.files.wordpress.com/2016/05/leviatc3a3-martins-fontes.pdf>>, p. 86. Acesso em: 10 abr. 2019.

inferiores ao Estado adquirem relevância jurídica somente através do reconhecimento conferido a eles pelo soberano, motivo pelo qual não podem ser considerados ordenamentos originários nem autônomos.¹⁹

Ou seja, o contrato social formulado por Hobbes e, conseqüentemente, seu conceito de soberania decorrem da conclusão de que, no momento da formação do pacto, os indivíduos transferem todo o seu poder ao soberano. Dessa forma, a soberania é um poder absoluto, inalienável e indivisível; igualmente, não está submetida às suas próprias leis.

2.1.2.3 John Locke e a Revolução gloriosa

John Locke escreveu a obra *Dois Tratados sobre o Governo Civil* quando de seu exílio da Holanda, os quais foram publicados em 1690, após seu retorno à Inglaterra.

Considera-se que, a partir de John Locke, surge o liberalismo, e os acontecimentos ocorridos na Inglaterra do século XVII evidenciam sua influência teórica. A teoria liberal começa a ser desenvolvida num contexto de crítica ao absolutismo e ao despotismo, mas em sua base estão os senhores e privilégios feudais.

E, dentre os acontecimentos ocorridos na Inglaterra naquele século, destaca-se a Revolução Gloriosa, ocorrida na Inglaterra entre os anos 1688 e 1689. Referida revolução desencadeou o fim do Absolutismo e fez surgir a monarquia constitucional no país. Obteve essa denominação por ter apresentado um caráter pacífico (não sangrento). A Revolução concretizou em definitivo a vitória do Parlamento e o princípio de que *“o rei reina, mas não governa”*²⁰.

Diversamente do que fora verificado em Hobbes, John Locke entende a soberania como uma prerrogativa que, em sua essência, possui limites. Isto porque, para Locke, os direitos dos indivíduos formam em si mesmos uma limitação natural ao poder do governo, uma vez que a busca pela proteção de tais direitos foi o que justificou a criação do estado. Diferente de Hobbes, que entende que os direitos individuais não poderiam prevalecer enquanto estivessem em conflito com o poder soberano.

É o que se infere das considerações introdutórias de John Wiedhofft Gough, efetuadas no livro do filósofo inglês:

Locke não utiliza o termo de Hobbes, soberano, e tem sido afirmado que,

¹⁹ MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giafranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p. 1182.

²⁰ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4. ed. São Paulo: Ed. Globo, 2008. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=yJ96sUg6vIYC&printsec=frontcover&dq=darcy+azambuja&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKewihiaX8xYjmAhVpILkGHY3fBA0Q6AEIMDAB#v=onepage&q=darcy%20azambuja&f=false>, p. 328. Acesso em: 14 abr. 2019,

na medida em que ele limita e divide os poderes do governo, seu argumento é dirigido contra a verdadeira ideia de soberania. Mas é claro que embora tenha rejeitado a arbitrariedade do soberano de Hobbes, ele segurou um elemento essencial no conceito de soberania, a supremacia da autoridade que faz as leis. Ele afirma claramente que o legislativo deve ser o poder supremo, “e todos os outros poderes em quaisquer membros ou partes da sociedade derivados dele e a ele subordinados.

²¹

Portanto, o autor é refratário à monarquia absolutista, tal como preconizada nos modelos de Thomas Hobbes e Jean Bodin. A soberania nasce do consentimento do homem ao poder legislativo.

Mas, embora a legislatura seja suprema, Locke não a tornará absoluta, pois:

(...) não obstante, como o legislativo é apenas um poder fiduciário e se limita a certos fins determinados, permanece ainda no povo um poder supremo para destituir ou alterar o legislativo quando considerar o ato legislativo contrário à confiança que nele depositou.²²

Ao mesmo tempo, ele não vai tão longe quanto Rousseau, que declarou que a soberania reside inalienavelmente na vontade geral e não pode ser delegada ou mesmo exercida por intermédio de representantes. O poder supremo que Locke reserva ao povo “não é tão considerado sob qualquer forma de governo: é apenas uma espécie de reserva potencial de poder, a ser exercido em uma emergência quando o governo que foi estabelecido deixou de usar seu poder para o bem público”²³.

O grande objetivo dos homens quando permanecem em sociedade é: (a) desfrutar de sua propriedade pacificamente e sem riscos, e o principal instrumento e os meios de que se servem são as leis estabelecidas nesta sociedade; (b) a primeira lei positiva fundamental de todas as comunidades políticas é o estabelecimento do poder legislativo; (c) como a primeira lei natural fundamental, que deve reger até mesmo o próprio legislativo, é a preservação da sociedade e (na medida em que assim o autorize o poder público) de todas as pessoas que nela se encontram. O legislativo não é o único poder supremo da comunidade social, mas ele permanece sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade um dia o colocou; (d) nenhum edito, seja de quem for sua

²¹ LOCKE, J. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa
Publicação: Editora Vozes. Disponível em: <<http://www.xr.pro.br/if/locke-segundo-tratado-sobre-o-governo.pdf>>, p. 12. Acesso em: 14 abr. 2019.

²² LOCKE, J. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa
Publicação: Editora Vozes. Disponível em: <<http://www.xr.pro.br/if/locke-segundo-tratado-sobre-o-governo.pdf>>, p. 77. Acesso em: 14 abr. 2019.

²³ LOCKE, J. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa
Publicação: Editora Vozes. Disponível em: <<http://www.xr.pro.br/if/locke-segundo-tratado-sobre-o-governo.pdf>>, p. 12. Acesso em: 14 abr. 2019.

autoria, a forma como tenha sido concebido ou o poder que o subsídio tem a força e a obrigação de uma lei, a menos que tenha sido sancionado pelo poder legislativo que o público escolheu e nomeou²⁴. Mas insiste Locke que “o poder executivo colocado apenas sobre uma pessoa que tem também parte do poder legislativo está claramente subordinado a este e lhe deve dar contas, podendo ser perfeitamente mudado e substituído”. Neste aspecto, Locke antecipa Rousseau, cujo “príncipe” era um mero agente ou escravo da vontade geral soberana²⁵.

Destaca-se que, para John Locke, já há uma divisão dos Poderes do Estado entre Poder Legislativo, Executivo e Federal. Contudo, ainda que presente essa divisão, há uma hierarquia entre os poderes, preponderando o Poder Legislativo, por ser ele o titular da soberania²⁶.

Portanto, ainda que a titularidade da soberania tenha sido alterada para o Poder Legislativo, na concepção de Locke verifica-se a presença de limites ao poder soberano.

2.1.2.4 A soberania popular de Jean-Jacques Rousseau

A partir do teórico Jean Jaques Rousseau, tem-se uma nova concepção a respeito da soberania: sua origem e titularidade são do povo. Rousseau é considerado o teórico responsável pela transferência da titularidade da soberania do monarca para o povo.

Em seu livro o Contrato Social, Rousseau supõe que o homem é levado a se unir em uma sociedade quando as dificuldades por ele encontradas no estado de natureza sobrepõem sua capacidade de resistência. Assim, os indivíduos, para garantirem suas sobrevivências, realizam o pacto social alienando-se de seus direitos do estado de natureza, sua liberdade de fazer tudo o que for necessário para sua sobrevivência, formando o corpo político.²⁷

Assim, ele explica o que é esse corpo:

Essa pessoa pública, assim formada pela união de todas as demais, tomava outrora o nome de *Cidade*, e hoje o de *República* ou de *corpo político*, o qual é chamado por seus membros de *Estado* quando

²⁴ LOCKE, J. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa, Publicação: Editora Vozes. Disponível em: <<http://www.xr.pro.br/locke-segundo-tratado-sobre-o-governo.pdf>>, p. 71. Acesso em: 14 abr. 2019.

²⁵ LOCKE, J. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa, Publicação: Editora Vozes. Disponível em: <<http://www.xr.pro.br/locke-segundo-tratado-sobre-o-governo.pdf>>, p. 13. Acesso em: 14 abr. 2019.

²⁶ LOCKE, J. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa, Publicação: Editora Vozes. Disponível em: <<http://www.xr.pro.br/locke-segundo-tratado-sobre-o-governo.pdf>>, p. 76. Acesso em: 14 abr. 2019.

²⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Introdução e tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 2004, p. 22.

passivo, *soberano*, quando ativo e *Potência*, quando comparado aos seus semelhantes. Quanto aos associados, eles recebem coletivamente o nome de *povo* e se chamam, em particular, cidadãos, enquanto participantes da atividade soberana, e *súditos*, enquanto submetidos às leis do Estado²⁸.

De maneira que:

Como é impossível aos homens engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não lhes resta outro meio, para se conservarem, senão formando, por agregação, uma soma de forças que possa arrastá-los sobre a resistência, pô-los em movimento por um único móbil e fazê-los agir de comum acordo.²⁹

Ainda, no entendimento de Rurion Soares Mello, Rousseau apresenta, no Contrato Social, uma formulação radical de autonomia de acordo com a qual só é livre aquele que obedece a si mesmo. O paradoxo que o contrato social vem resolver permite que obediência e liberdade não se oponham conceitualmente no exercício soberano da vontade geral, de modo que o cidadão possa assumir os papéis de súdito e de soberano simultaneamente³⁰.

A soberania defendida por Rousseau deriva da ideia de um contrato social em que a multidão, de forma unânime, substitui as vontades particulares pela vontade geral. A soberania popular de Rousseau é, portanto, o exercício da vontade geral.³¹

Assim como a natureza dá a cada homem poder absoluto sobre seus membros, o pacto social dá ao corpo político poder absoluto sobre todos os seus, e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, recebe, como ficou dito, o nome de soberania³².

Esclarecedora é a seguinte passagem de Nicola Matteucci. Segundo ele, em Rousseau:

A soberania exprime uma racionalidade substancial, ou, melhor, exprime a moralidade, por pertencer à vontade geral que se opõe à vontade particular, por ser a expressão direta da vontade dos cidadãos, quando estes buscam o interesse geral e não o particular, isto é, quando atuam moralmente e não de forma utilitarista³³.

²⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Introdução e tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 2004, p. 22.

²⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Introdução e tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 2004, p. 30.

³⁰ MELO, Rurion Melo. *A soberania popular revisitada: autogoverno como modo de vida*. Cadernos de Filosofia Alemã | v. 22; n. 3 | p. 57-68. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/320916279>>. Acesso em: 20 set. 2019.

³¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Introdução e tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 2004. p. 30.

³² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Introdução e tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 2004. p. 39.

³³ MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giafranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale

Rousseau destacou ainda duas características importantes da soberania popular: ser ela inalienável e incomunicável:

Não sendo a soberania senão o exercício da vontade geral, jamais se pode alienar, e que o soberano, que nada mais é senão um ser coletivo, não pode ser representado a não ser por si mesmo; é perfeitamente possível transmitir o poder, não porém, a vontade.³⁴

Em outras palavras, Rousseau não defendia que a vontade geral pudesse ser exercida por meio de um regime representativo. O governante deve estar sempre vinculado ao titular do poder, sob pena da ilegitimidade do seu governo, que pode findar mesmo antes do final da legislatura³⁵.

Enfim, em linhas gerais, o contrato social formulado por Rousseau não é muito diferente daquele descrito por Hobbes e, conseqüentemente, o conceito de soberania é bastante próximo. Segundo Rousseau, no momento da formação do pacto, os indivíduos transferem todo o seu poder ao soberano. Dessa forma, a soberania é, assim como para Hobbes, um poder absoluto, inalienável e indivisível. Também não está submetida às suas próprias leis.

Entendeu-se como pertinente fazer, neste trabalho, o contexto histórico do conceito de soberania entendido pelos jus filósofos descritos acima, pois, como visto, cada qual tem sua maneira de compreender a titularidade e o âmbito de extensão desses poderes. Assim, podemos entender os problemas que a soberania enfrenta na modernidade.

Bobbio faz importante observação em seu livro *Dicionário de Política* com relação às dificuldades encontradas pela soberania popular na modernidade:

Porém, o verdadeiro adversário da Soberania é a teoria pluralista, exatamente porque a Soberania ressalta ao máximo o princípio da unidade e do monismo, enquanto as concepções pluralistas — quer as descritivas que objetivam a percepção do processo real de formação da vontade política, quer as prescritivas que objetivam maximizar a liberdade numa sociedade democrática por meio de uma poliarquia — demonstram a não existência de uma unidade do Estado, que possua o monopólio de decisões autônomas, uma vez que, na prática, o indivíduo vive em associações e grupos diferentes, capazes de impor suas próprias opções. Na realidade, o contexto social apresenta uma notável pluralidade de grupos em competição ou em conflito para condicionar o poder político; é justamente esta pluralidade que impede a existência de uma única autoridade, onicompetente e onicompreensiva: o processo de

et al. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 1183.

³⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Introdução e tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 2004, p. 32.

³⁵ MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giafranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p. 1183.

decisão política é o resultado de uma longa e vasta série de mediações. Nesta divisão do poder, nesta poliarquia, não existe um verdadeiro soberano.

Interessante observar que a questão da pluralidade de ideias já era uma preocupação dos teóricos à época, pois, segundo Bobbio:

Os teóricos mais coerentes da Soberania, como Hobbes e Rousseau, pretendiam eliminar radicalmente, por considerá-los fontes de degeneração e corrupção, estes corpos ou estas associações intermediárias, porque no Estado tinha que haver uma única força e uma única vontade. Estes teóricos continuavam a raciocinar, tendo como base a polarização entre indivíduo e Soberania, enquanto que o espaço vazio existente entre estes dois elementos era preenchido pela sociedade civil e pela socialização que nela naturalmente ocorria. Também o pluralismo tem seu limite: é sempre possível pensar num pluralismo tão polarizado que nele o Estado não represente mais a unidade política, por não ser já capaz de relativizar os conflitos internos e por não possuir mais a capacidade de decisão nas relações internacionais. Quando os conflitos internos são mais fortes do que os conflitos entre os Estados, o Estado perdeu sua unidade política. (...) Porém, onde não existe o monopólio da força numa única instância, onde não há "mando" que mantenha unido o corpo social, ou existe o consenso acerca dos valores últimos e das regras do jogo que criam a fidelidade e estabelecem a obrigação política, ou se retorna ao Estado natural, que é o Estado da força, e explode assim a luta pela Soberania.³⁶

É interessante mencionar essa preocupação no tocante ao exercício da soberania porque, no contexto constitucional atual, observar a vontade popular, ou mesmo, o conceito de povo como unidade e homogeneidade diverge da ideia mais marcante da sociedade atual: o pluralismo.

Por isso oportuna é a ideia exposta por Habermas: ao compreender a existência de uma heterogeneidade de valores e interesses que compõem a estrutura de uma sociedade moderna, recomenda que o conceito clássico antes exposto por Rousseau seja dessubstancializado e reconstruído de uma maneira procedimental. É o que veremos a seguir.

2. 3 O conceito de soberania popular segundo Jürgen Habermas

2.3.1 Habermas e sua percepção de importância da Revolução Francesa para a prática política e constituição legítima de direitos

Em escrito datado de 1989, sob o título “A soberania popular como procedimento”, o filósofo e sociólogo Jürgen Habermas faz suas próprias reflexões e

³⁶ MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giafranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p. 1187.

traz posicionamentos de alguns pensadores, como Rousseau e Fröbel, acerca do entendimento do que vem a ser a soberania popular. Nesse texto, é possível constatar que o autor faz uma leitura diversa do conceito de soberania popular tentando conferir a ela uma visão procedimental com o objetivo de tentar aplicá-la na atualidade. Ele critica a hipótese da vontade geral como resultante da razão, a fim de fazer com que a autonomia do indivíduo se generalize graças ao procedimento do diálogo³⁷.

Atento à diversidade do povo, que se mostra heterogêneo, plural, descrente de valores e com dificuldades de integrar-se socialmente, Habermas tenta solucionar esse problema proporcionando à livre opinião e vontade política com o intuito de assim garantir a legitimação democrática da atuação dos poderes do Estado.

Para tanto, o autor inicia o texto fazendo uma análise do acontecimento histórico considerado como “orientador” das ideias concernentes à teoria política, qual seja, a Revolução Francesa. O texto foi escrito à época em que estavam realizando as comemorações dos duzentos anos da revolução francesa.

Nesse sentido, Habermas³⁸ menciona:

Portanto, em vez de tentar fazê-lo, eu resolveria, no campo da teoria política, a questão sobre se a força orientadora da Revolução francesa tenha se esgotado. É, para mim, a questão normativa sobre se essa mudança de mentalidade, que teve lugar nos anos da Revolução francesa, contém ainda para nós os traços de uma herança cujo encontro ainda não temos. A revolução nas ideias de 1789 permite um tipo de leitura que é ainda informativo para nossas próprias necessidades de orientação.³⁹

O que devemos então ainda à revolução francesa? O que atualmente podemos aproveitar das ideias da Revolução Francesa? Entende o autor que a revolução permitiu o desenvolvimento de uma sociedade civil dinâmica e de um sistema econômico capitalista (atividade econômica capitalista). Contudo, as consequências desse tipo de sistema já são conhecidas e trazem perigos nos dias de hoje, com a expansão global da civilização ocidental. Segundo o autor, “A utopia da sociedade de trabalho foi

³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Soberania Popular como procedimento**: um conceito normativo de espaço público. Tradução de Márcio Suzuki. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/210840771/Habermas-Soberania-Popular>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

³⁸ HABERMAS, Jürgen. **La Soberania Popular como procedimiento**. Cuadernos Políticos, número 57, México, D. F., editorial Era, mayo-agosto de 1989, p. 53-69. Disponível em: <<http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

³⁹ “Por ello, en lugar de intentar hacerlo, quisiera yo abordar, en el terreno de la teoría política, la cuestión acerca de si se ha agotado la fuerza orientadora de la Revolución Francesa. Se trata, para mí, de la cuestión normativa acerca de si aquella mutación de la mentalidad, que se cumplió en los años de la Revolución Francesa, contiene todavía para nosotros los rasgos de una herencia a cuyo encuentro no hemos salido todavía. ¿Permite la revolución en las ideas de 1789 un tipo de lectura que sea todavía informativo para nuestras propias necesidades de orientación?”.

esgotada”⁴⁰.

A revolução francesa trouxe ainda o surgimento do aparato estatal moderno, com a formação dos estados e sua burocratização e integração (forma burocrática de domínio legal). No entanto, no entendimento de Habermas, esse modelo de estado perde hoje em dia cada vez mais seu poder integrativo como, por exemplo, em relação às empresas e organizações supranacionais que operam em escala mundial⁴¹: “Onde o ethos⁴² da racionalidade teleológica ainda sobrevive, o apoio que recebe dos efeitos imprevisíveis organizacionais de uma administração estatal que se programa em si é praticamente inexistente”.⁴³

Como a revolução francesa surgiu diante do descontentamento da população e da classe burguesa, a união dos cidadãos contra a monarquia fez com que surgisse a consciência nacional de patriotismo. No entanto, esse modelo francês não é perfeitamente aplicável em sociedades plurinacionais, a exemplo dos Estados Unidos e da URSS, que nunca se adaptaram ao esquema nação-estado.

Por fim, a ideia mais importante e que ainda é possível aproveitar da Revolução Francesa, nos dias atuais, é a do Estado Constitucional Democrático (concepção do Estado constitucional moderno) que tem como núcleo universal a democracia e os direitos humanos. Esse universalismo continua sendo empregado com força vital em países de terceiro mundo, em domínio soviético, e também na Europa, encontrando certamente dificuldades as quais são descritas pelo autor citando R. von Thadden⁴⁴:

A Europa dos cidadãos que está sendo construída tem necessidade das forças de fraternidade, de ajuda mútua e da solidariedade, para que desta forma também os fracos, os necessitados e os desempregados tenham capacidade de ver na Comunidade Europeia um progresso, em comparação com as condições atuais. Esta chamada para o estímulo da fraternidade, em conexão com a ideia de ser um cidadão, deve ser a

⁴⁰ La utopía de la sociedad del trabajo se ha agotado”, p. 02. HABERMAS, Jürgen. **La Soberanía Popular como procedimiento**. Cuadernos Políticos, número 57, México, D. F., editorial Era, mayo-agosto de 1989, p. 53-69. Disponível em: <<http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. **La Soberanía Popular como procedimiento**. Cuadernos Políticos, número 57, México, D. F., editorial Era, mayo-agosto de 1989, p. 53-69. Disponível em: <<http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁴² *Ethos* é uma palavra com origem grega, que significa "caráter moral". É usada para descrever o conjunto de hábitos ou crenças que definem uma comunidade ou nação. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/ethos/>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁴³ Allí donde el ethos de la racionalidad teleológica sobrevive todavía, el apoyo que recibe de los impredecibles efectos organizativos de una administración estatal que se programa a sí misma es prácticamente nulo.

⁴⁴ R.V. Thadden, Die Botschaft der Brudertichkeit [El mensaje de la fraternidad], *Suddeutsche Zeitung* del 26/27 de noviembre de 1988. HABERMAS, Jürgen. **La Soberanía Popular como procedimiento**. Cuadernos Políticos, número 57, México, D. F., editorial Era, mayo-agosto de 1989, p. 53-69. Disponível em: <<http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>>, p. 03. Acesso em: 15 jul. 2018.

mensagem central das celebrações pelos duzentos anos da Revolução francesa.⁴⁵

2.3.1.1 A consciência revolucionária

Após definidas as principais características presentes da Revolução Francesa nos atuais sistemas políticos, avança o autor na discussão de que a consciência da revolução é o lugar de nascimento de uma nova mentalidade, conformada por uma nova consciência do tempo, um novo conceito de práxis política e uma nova representação da legitimidade⁴⁶.

Essa consciência revolucionária é expressa na convicção de que é possível começar de novo, desde que haja lugar para o nascimento de uma nova mentalidade e que estejam presentes: a consciência do tempo, que reside na consciência histórica que rompe com o tradicionalismo das continuidades sujeitas à natureza; a concepção de práxis política, que é colocada sob o signo da autodeterminação e autorrealização; e, por fim, a principal ideia de Habermas: a confiança no discurso racional como uma instância com a qual e diante da qual deve legitimar-se toda dominação política, já que a população atualmente é caracterizada por sua capacidade de mudança. Todos esses são recursos especificamente modernos, segundo o autor.

Habermas lança a dúvida de que a concepção de político advinda da revolução francesa foi se afastando do que se tem como conceito nos dias atuais; afinal, já passaram mais de duzentos anos. A geração contemporânea seria a encarregada do destino das gerações futuras, enquanto o exemplo das gerações passadas vai perdendo sua capacidade de comprometer. Há, segundo o autor, um certo entusiasmo em relação a um futuro melhor. Contudo, isso apenas não basta para considerar presente a consciência revolucionária.

Segundo Habermas, a consciência revolucionária se expressa também na convicção de que, juntos, os indivíduos emancipados são chamados a ser autores do seu destino. Uma formação consciente de vontade política advém da liberdade que um

⁴⁵ La Europa de los ciudadanos que está por construirse tiene necesidad de las fuerzas de la fraternidad, de la ayuda mutua y de la solidaridad, para que de esta manera también los débiles, los necesitados y los desempleados estén en capacidad de ver en la Comunidad Europea un progreso, en comparación con las condiciones actuales. Este llamado al estímulo de la fraternidad, en conexión con la idea del ser ciudadano, debe ser el mensaje central de los festejos por los doscientos años de la Revolución Francesa.

⁴⁶ “La conciencia de la revolución es el lugar de nacimiento de una nueva mentalidad, conformada por una nueva conciencia del tiempo, un nuevo concepto de la praxis política y una nueva representación de la legitimidad”. HABERMAS, Jürgen. **La Soberanía Popular como procedimiento**. Cuadernos Políticos, número 57, México, D. F., editorial Era, mayo-agosto de 1989, p. 53-69. Disponível em: <<http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>>, p. 03. Acesso em: 15 jul. 2018.

sujeito tem de se autodeterminar e autorrealizar. Para o autor⁴⁷: "Autonomia e a auto realização são os conceitos-chave de uma prática cuja finalidade - a produção e reprodução de uma vida digna do homem – se encontra em si mesma"⁴⁸.

Contudo, ao seu entender, essa concepção de práxis política tem perdido seu brilho e sua força motivadora. Isto porque a participação igualitária de todos os cidadãos na formação da vontade política – principal característica do estado constitucional - tem se tornado contraditória, interferindo até mesmo no próprio conceito de soberania popular. O povo não constitui um sujeito dotado de vontade e consciência. Só existe no plural. Em conjunto, como povo, não é capaz de decidir ou agir. Antes, a democracia deveria se impor contra o despotismo cujo poder era concentrado no rei, na nobreza e no clero. Agora, o domínio político não está em uma pessoa: é diante de sistemas econômicos e administrativos que as forças de democratização se desgastam.

Por fim, tem-se que a consciência revolucionária se expressa mediante a convicção de que o exercício de dominação política deve não mais legitimar-se de maneira religiosa ou metafísica, mas, sim, exclusivamente com a razão. Seus meios devem ser os de uma teoria de inspiração pós metafísica. Preceitos contidos em teorias racionalistas de direito natural se prestavam para isso. Para eles, dominação política – exercida por homens livres e iguais entre si (adaptação do conceito aristotélico de dominação política) - deve ser considerada uma filosofia centrada no sujeito: a formação da vontade política seria capaz de gerar uma teoria diretamente e poderia ser guiada de acordo com um consenso racional moral. É preciso que a teoria enfrente a tensão existente entre formação de vontade soberana da política e compreensão lógica da razão, ou seja, o conceito de razão deve ser claro, sob pena de subverter-se em uma razão autoritária que poderia justificar até mesmo o terrorismo.

A revolução francesa criou condições para um ativismo cultural que escapa teimosamente da invasão administrativa. Contudo, a autocompreensão revolucionária de uma nação mais ou menos homogênea diverge do pluralismo abrangente da mobilização cultural das massas. Nos centros urbanos, são desenhadas as orientações gerais de uma forma de convivência em que formas de expressão vão além das diferenças de classe e são combinadas com estilos de vida individualizados.

Segundo Habermas⁴⁹:

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. **La Soberania Popular como procedimiento**. Cuadernos Políticos, número 57, México, D. F., editorial Era, mayo-agosto de 1989, p. 53-69. Disponível em: <<http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>>, p. 04. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁴⁸ "Autonomía y autorrealización son los conceptos claves de una praxis cuya finalidad — la producción y la reproducción de una vida digna del hombre— se encuentra en ella misma".

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **La Soberania Popular como procedimiento**. Cuadernos Políticos, Número 57,

Não é bom se esta "sociedade de cultura" é apenas o reflexo de abuso, tornando a estratégia de publicidade do "poder da beleza" para fins comerciais, o reflexo de uma cultura de privatização em massa e desperdida na semântica, ou pode constituir a solo ressonância para uma vida pública revitalizada onde a semente das ideias de 1789 germinaria pela primeira vez.⁵⁰

Sem responder a esse questionamento, o autor prossegue descrevendo argumentos normativos para encontrar a maneira como hoje deve ser pensada em geral uma república radicalmente democrática; uma república que não está lá para ser aceita como mais uma propriedade, mas, sim, entre as felizes heranças deixadas pela revolução, para ser realizada como projeto consciente de uma revolução que se tornaria permanente e diária. Para Habermas⁵¹, isso só é possível:

Porque eu acho que os princípios da constitucionalidade não lançaram raízes em nosso ânimo enquanto a razão não adquiriu certeza sobre seu conteúdo orientador, voltado para o futuro. Apenas como um projeto histórico pode manter o estado democrático constitucional um sentido que exceder o estritamente jurídico, um sentido normativo, que seja uma força explosiva e duradoura, ao mesmo tempo.⁵²

Para a visão da teoria política, a Revolução Francesa constitui um laboratório de argumentos: é coberta pelo manto discursivo da lei racional. À distância daqueles que chegaram mais tarde, as lutas entre as visões de mundo dos democratas e dos liberais, dos socialistas e dos anarquistas, dos conservadores e dos progressistas estão de acordo - se mostramos uma certa insatisfação para os detalhes – com o modelo básico de um argumento que ainda é instrutivo hoje.

2.3.1.2 A discussão entre liberalismo e democracia radical

A partir desse momento, Habermas passa a descrever a discussão entre o liberalismo e a democracia radical instituída pela Revolução Francesa. A disputa gira

México, D. F., Editorial Era, mayo-agosto de 1989, p. 53-69. Disponível em: <<http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>>, p. 06. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁵⁰ "No se sabe bien si esta "sociedad de cultura" sólo es el reflejo del abuso que la estrategia publicitaria hace de la "fuerza de lo bello" para fines comerciales, el reflejo de una cultura de masas privatizadora y desperdida en lo semántico, o si ella puede constituir el suelo de resonancia para una vida pública revitalizada donde la semilla de las ideas de 1789 germinaría por primera vez."

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. **La Soberanía Popular como procedimiento**. Cuadernos Políticos, número 57, México, D. F., editorial Era, mayo-agosto de 1989, p. 53-69. Disponível em: <<http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>>, p. 06. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁵² Porque pienso que los principios de la constitucionalidad no echarán raíces en nuestro ánimo mientras la razón no haya adquirido certeza acerca de sus contenidos orientadores, dirigidos hacia el futuro. Sólo como proyecto histórico puede mantener el Estado democrático constitucional un sentido que rebase lo puramente jurídico, un sentido normativo que sea una fuerza al mismo tiempo explosiva y configuradora.

em torno do modo como se pretende conciliar igualdade com liberdade, unidade com pluralidade, direito da maioria com direito da minoria.

Os liberais pretendem institucionalizar juridicamente a igualdade e a liberdade conceituando-as como direitos subjetivos. Para eles, os direitos humanos preponderam de forma normativa em relação à democracia. A constituição e sua separação de poderes também preponderam sobre a vontade do legislador democrático. Os defensores do igualitarismo entendem que a coletividade é composta de homens livres cuja formação de opinião constitui a vontade soberana. Os direitos humanos são expressão da vontade popular soberana; a constituição e sua divisão de poderes são resultado da vontade do legislador democrático, iluminada pela razão⁵³.

O autor cita o conceito de Rousseau sobre liberdade como sendo a autonomia do povo, com participação igual de todos na prática de autolegislação.

De igual forma e, confessando ter sido orientado por Rousseau, Kant⁵⁴, filósofo contemporâneo da Revolução Francesa, menciona:

O poder legislador pode caber apenas à vontade conjunta do povo. Pois, visto que todo direito tem de emanar dele, é preciso que ele não possa cometer injustiça para com ninguém mediante sua lei. Ora, se uma pessoa decide algo contra outrem, é sempre possível que nisso cometa injustiça para com este, porém jamais no caso em que delibera sobre si mesmo (pois *volenti non fit iniuria*). Portanto, apenas a vontade unânime e conjunta de todos, à medida que cada um delibera o mesmo sobre todos e todos sobre cada um, apenas a vontade totalmente conjunta do povo pode ser legisladora.⁵⁵

Destarte, esse argumento unifica a razão prática com a vontade soberana e os direitos humanos com a democracia. Kant defende, portanto, que a estrutura racional que sustenta a própria autonomia da práxis legislativa desenvolve-se pela vontade unificada dos cidadãos e apenas pode expressar-se na forma de leis gerais e abstratas, que exclua todos os interesses que não sejam gerais, e apenas admite regulamentações

⁵³ HABERMAS, Jürgen. **La Soberanía Popular como procedimiento**. Cuadernos Políticos, número 57, México, D. F., editorial Era, mayo-agosto de 1989, pp. 53-69. Disponível em: <<http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>>, p. 07. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁵⁴ (Doctrina del Derecho, 46.) HABERMAS, Jürgen. **Soberanía Popular como procedimiento**. Disponível em: <<http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>>, p. 7.

⁵⁵ “El poder legislativo sólo puede pertenecer a la voluntad conjunta del pueblo. Porque, dado que es de ella de donde derivan todos los derechos, no puede de ninguna manera herir con sus leyes el derecho de nadie. Ahora bien, cuando alguien toma medidas contra otro siempre es posible que le haga injusticia, nunca sin embargo cuando dispone sobre sí mismo (puesto que *volenti non fit iniuria*). Así pues, sólo la voluntad consensual y unificada de todos, y por consiguiente sólo la voluntad popular unificada en general, puede ser legisladora, en la medida en que aquello que cada uno resuelve sobre todos es justamente lo mismo que aquello que todos resuelven sobre cada uno.”

que garantam a todos as mesmas liberdades. Assim, o exercício da soberania popular garante, ao mesmo tempo, os direitos humanos⁵⁶.

Rousseau vê uma unificação natural entre a razão prática e a vontade soberana de uma coletividade na forma simples de leis gerais. A vontade geral, conceito chave do autor, não corresponde ao somatório das vontades particulares e, por conseguinte, sua formação só pode ser a manifestação de um substrato ético comum a um determinado grupo de cidadãos, os quais, munidos de espírito público, deliberam em assembleia aquilo que é melhor para todos. Por isso, é pertinente dizer que, na concepção rousseauiana, o Direito tem predominantemente um conteúdo ético.

Habermas, no decorrer de sua obra, afirma que:

Rousseau já havia concebido o estabelecimento do soberano popular como um ato por assim dizer existencial de sociabilização, mediante o qual os indivíduos isoladamente transformam-se em cidadãos orientados para o bem comum. Estes cidadãos constituem então os membros de um corpo coletivo e são o sujeito de uma prática de legislação que se desprende de todos os interesses individuais das pessoas privadas meramente submetidos à lei⁵⁷.

No entanto, os opositores liberalistas criticam essa ideia sob o argumento de que a fixação de uma vontade unitária popular só pode ser realizada ao preço de uma ocultação ou opressão de heterogeneidade dos pensamentos singulares e que as sociedades modernas não são homogêneas.

Com efeito, Rousseau⁵⁸ imaginou que a própria constituição do povo soberano já é um ato de socialização de certa maneira existencial, por meio do qual indivíduos isolados se tornam cidadãos orientados para o bem-estar comum. Para ele, a suposição de algumas virtudes republicanas são apenas realistas no caso de uma comunidade dotada de um consenso normativo garantido por uma tradição (*ethos*) e explica: “quanto menos relação tenham as vontades individuais com a vontade comum – quer dizer, quanto menos conexão tenham os costumes com as leis -, mais deve crescer a força coercitiva”⁵⁹.

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **La Soberania Popular como procedimiento**. Cuadernos Políticos, número 57, México, D. F., editorial Era, mayo-agosto de 1989, p. 53-69. Disponível em: <<http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>>, p. 07. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **Soberania Popular como procedimiento**: um conceito normativo de espaço público. Tradução de Márcio Suzuki. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/210840771/Habermas-Soberania-Popular>>. p. 102. Acesso em: 23 dez. 2017.

⁵⁸ J. J. Rousseau, Staat und Gesellschaft [Estado y sociedad], Munich, 1959, p. 53 (El contrato social, tercer libro, cap. I) citado por HABERMAS, Jürgen. **Soberania Popular como procedimiento**. Disponível em: <<http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>>, p. 7.

⁵⁹ “Cuanto menos relación tengan las voluntades individuales con la voluntad común —es decir, cuanto

E, a partir desse momento, Habermas demonstra as dificuldades práticas das ideias de Rousseau, quais sejam: conciliar diversidade de interesses e pluralidade de opiniões que devem ser traduzidas em um consenso majoritário; restrição ao conceito de soberania popular, medo da burguesia de ser dominado pelo “cytoyen” e uma constituição que, dentro do Estado Constitucional, com separação de poderes, não coloca limites à democracia popular, pondo em risco as liberdades pré-políticas do indivíduo. Assim, diante dessas dificuldades, é preciso haver a redefinição do princípio da soberania popular, que reside na ideia de que este só pode se manifestar sob condições discursivas de um processo em si diferenciado de formação de opinião e vontade.

Habermas⁶⁰ descreve as primeiras ideias de uma concepção de vontade geral, citando o alemão Sur Julius Frobel que, em um panfleto de 1848, concebeu-a de forma completamente não utilitária, devendo ser formada mediante a discussão e votação com base no livre arbítrio de todos os cidadãos.

Queremos uma república social, ou seja, um estado em que a felicidade, a liberdade e a dignidade de cada indivíduo é reconhecido como o objetivo comum de todos e a melhoria da lei e o poder da sociedade resulta da compreensão e acordo de todos os seus membros.⁶¹

Em escrito anterior, Frobel diz que o discurso público é capaz de cumprir a função que Rousseau atribuiu à força, supostamente universalizando a forma legal simples. No entender de Habermas, as leis exigem a aprovação fundamentada de todos. A resolução do legislador democrático é, no entanto, por maioria. Um só se reconcilia com o outro quando a regra da maioria mantém uma relação interna com a busca da verdade: o discurso público deve mediar entre razão e vontade, entre a formação da opinião de todos e a formação majoritária da vontade dos representantes populares. A decisão por maioria só deve ser realizada de tal forma que seu conteúdo possa ter validade como resultado racional, mas falível, de uma discussão que, em busca do que é certo, deveria ter encerrado provisoriamente a necessidade de chegar a uma decisão⁶².

menos conexión tengan las costumbres con las leyes—, más deberá crecer la fuerza coercitiva”.

⁶⁰ J. Frobel, *Monarchie oder Republik* [Monarquía o república], Mannheim 1948, p.6. citado por HABERMAS, Jürgen. **Soberania Popular como procedimento**. Disponível em: <<http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>>, p. 7.

⁶¹ Queremos una república social, es decir, un estado en el que la felicidad, la libertad y la dignidad de cada individuo se reconozca como la meta común de todos y el perfeccionamiento del derecho y el poder de la sociedad resulte del entendimiento y la concertación de todos sus miembros.

⁶² Por ello, las leyes requieren la aprobación fundamentada de todos. La resolución del legislador democrático es sin embargo por mayoría. Lo uno sólo se concilia con lo otro cuando la regla de mayoría mantiene una relación interior con la búsqueda de la verdad: el discurso público debe mediar entre la

Frobel⁶³ interpreta a decisão por maioria como um acordo condicionado, como um assentimento da minoria a uma práxis orientada de acordo com a vontade da maioria:

De nenhuma maneira é necessário que a minoria, uma vez que adia sua vontade, declare que é a opinião errada; nem sequer exige desistir dos seus objetivos, mas suspender a aplicação prática de sua convicção ao mesmo tempo em que prevê que seus motivos chegam ao número necessário de aderentes".⁶⁴

Ou seja, o que se percebe é que a proposta do autor para uma redefinição de soberania popular é de que a vontade do povo deve ser observada diante da opinião da maioria, mas não de forma simples e, sim, uma maioria que foi submetida a um discurso racional em busca do que é certo e a minoria participando desse processo de discussão e conhecendo as convicções da maioria, acabe por compreender e aderir à vontade geral, sem carecer de força coercitiva.

Assim, Frobel demonstra que a tensão normativa entre igualdade e liberdade pode se revolver quando se renuncia a um conceito concretista do princípio da soberania e a define como um procedimento de formação de opinião e vontade que estipula quando é possível suspeitar que uma vontade (não uma razão) política tenha razão. Assim, o pluralismo é respeitado, pois o discurso público é a instância mediadora entre a razão e a vontade.

O estabelecimento majoritário de uma vontade unitária só é conciliável com o "princípio da igual validade da vontade pessoal de todos" se ligado ao princípio de "afastar o erro pela via da persuasão". E este princípio pode afirmar-se contra maiorias tirânicas apenas em discursos públicos.⁶⁵

razón y la voluntad, entre la formación de la opinión de todos y la formación mayoritaria de la voluntad de los representantes populares. Una decisión por mayoría sólo debe llevarse a cabo de manera tal, que su contenido pueda tener vigencia en calidad de resultado motivado racionalmente, pero falible, de una discusión que, en busca de lo que es correcto, debió terminar provisionalmente por la necesidad de llegar a una decisión. HABERMAS, Jürgen. **La Soberanía Popular como procedimiento**. Cuadernos Políticos, número 57, México, D. F., editorial Era, mayo-agosto de 1989, p. 53-69. Disponível em: <http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido_/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>, p. 08. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁶³ J. Frobel, *Monarchie oder Republik [Monarquia o república]*, Mannheim 1948, p. 6, citado por HABERMAS, Jürgen. **La Soberanía Popular como procedimiento**. Disponível em: <<http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>>, p. 08. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁶⁴ "De ninguna manera se exige que la minoría, dado que pospone su voluntad, declare que su opinión es errada; no se exige siquiera que renuncie a sus objetivos, sino que suspenda la aplicación práctica de su convicción mientras logra que sus razones se impongan y alcanza el número necesario de adherentes" (p. 108 s.). 8

⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. **Soberanía Popular como procedimiento**: um conceito normativo de espaço público. Tradução de Márcio Suzuki. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/210840771/Habermas-Soberania-Popular>>. p. 104. Acesso em: 23 dez. 2017.

E, para que esse objetivo seja possível, Habermas, ainda citando Frobel, propõe um alto nível de educação para todos, bem como a liberdade de expressão e propaganda de opiniões teóricas. É também o primeiro a reconhecer o significado que os partidos políticos têm para a política constitucional, dispendo que são associações livres, especializadas em exercer influência, em primeiro lugar com argumentos, no processo de formação da opinião pública e vontade. Eles representam o núcleo de organização de um público cidadão que discute com uma pluralidade de vozes, que decide por maioria e que tomou o lugar do soberano.⁶⁶

Habermas explica que, enquanto para Rousseau “o soberano corporificava o poder e o monopólio legal do poder, o público de Fröbel já não é corpo, mas apenas o meio do processo plurívoco de formação de opinião [...] que motiva racionalmente decisões majoritárias”. Dessa forma, os partidos e a competição entre eles, dentro da vida política pública, estão destinados a dar continuidade ao ato Rousseauiano do contrato social na forma - como diz Frobel – de “uma revolução legal e permanente”⁶⁷.

Os princípios constitucionais de Fröbel retiram toda a ideia de substância da ordem constitucional; de uma maneira rigorosamente pós-metafísica, eles não indicam nenhum “direito natural”, mas apenas o procedimento de uma formação de opinião e vontade que assegura liberdades iguais sobre os direitos universais de comunicação e participação. Enquanto os três primeiros artigos constitucionais de Fröbel estabelecem condições e procedimentos de uma formação racional e democrática de vontade, o quarto artigo proíbe a inalterabilidade da constituição e toda restrição de fora na soberania popular em processo (*prozeduralisiert*). Os direitos humanos não concorrem com a soberania popular; eles são idênticos às condições constitutivas de uma prática que limita a si mesma, de formação de vontade em discursos públicos. A divisão de poderes explica-se então a partir da lógica da aplicação e execução controlada das leis assim estabelecidas⁶⁸.

2.3.1.3 A discussão entre socialismo e liberalismo

⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. **La Soberania Popular como procedimiento**. Cuadernos Políticos, número 57, México, D. F., editorial Era, mayo-agosto de 1989, p. 53-69. Disponível em: <<http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>>, p. 09. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. **Soberania Popular como procedimiento**: um conceito normativo de espaço público. Tradução de Márcio Suzuki. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/210840771/Habermas-Soberania-Popular>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **Soberania Popular como procedimiento**: um conceito normativo de espaço público. Tradução de Márcio Suzuki. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/210840771/Habermas-Soberania-Popular>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

Já no tocante à discussão entre socialismo e liberalismo em relação à liberdade e igualdade, descreve o autor as dificuldades já delineadas na revolução francesa por diversos pensadores da época, sendo elas: formalismo e desigualdade das leis (que se dirige apenas contra os pobres) e igualdade de liberdades que, no entanto, beneficiam apenas necessidades individuais.

Isso porque, à medida que a monarquia constitucional e o Código napoleônico se impuseram, outros tipos de desigualdades sociais se fizeram presentes. No lugar de desigualdades determinadas por privilégios políticos, surgiram aquelas que se desenvolveram a partir da instituição do direito privado, uma vez que passou a existir a distribuição desigual por parte de um poder econômico de disposição exercido de modo não político. Marx y Engels, usando de argumentos da economia política, citam o exemplo da burguesia, pois referida classe se tornou "a expressão jurídica das relações injustas de produção: expandiu-se, assim, o conceito de política." Não é somente a organização do estado que deve ser substituída, mas a estrutura da sociedade como um todo"⁶⁹.

Essa mudança de perspectiva passou a demonstrar a existência de um problema de formação da vontade política. O conceito ampliado do político não teve correspondência em uma compreensão profunda dos modos de funcionamento, das formas de comunicação e das condições de institucionalização de uma formação igualitária de vontade.

Os primeiros socialistas ainda tinham confiança de que, a partir de uma produção organizada corretamente, as formas de convivência entre trabalhadores associados livremente surgiriam por si. Essa ideia, mais uma vez, esbarrou na complexidade das sociedades em desenvolvimento, cada qual funcionando de forma diferente.

Por outro lado, os sindicatos e os partidos reformistas que cooperaram para a ideia do Estado constitucional na realização do compromisso dirigido a um Estado com justiça social, tiveram a desilusão de ter que se contentar com uma recolocação diante da gerência liberal burguesa e renunciar ao cumprimento de promessas democráticas radicais.

Assim, a dificuldade do socialismo vem do fato de ter que se adaptar a um destino natural do mercado de trabalho bem como renunciar a uma democracia radical.

⁶⁹ La expresión jurídica de unas relaciones de producción injustas: ampliaron así el concepto mismo de lo político. No es solamente la organización del Estado la que debe sustituirse, sino la estructura de la sociedad en su conjunto". HABERMAS, Jürgen. **La Soberanía Popular como procedimiento**. Cuadernos Políticos, número 57, México, D. F., editorial Era, mayo-agosto de 1989, pp. 53-69. Disponível em: <<http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>>, p. 09. Acesso em: 15 jul. 2018.

Isso explica a atualidade daquele discurso que remonta ao século XIX e que o anarquismo propagou no início junto com o socialismo. Nele, as técnicas de auto-organização (tais quais permanência do conselho, mandato imperativo, rodízio de cargos, entrelaçamento de poderes etc.) talvez sejam menos importantes que a forma preferida de organização — o tipo de associações espontâneas. Essas apresentam apenas um grau mínimo de institucionalização⁷⁰.

No entanto, para Habermas⁷¹, a forma de organização das associações voluntárias é um conceito sociológico diferente da construção jurídica — inspirada no direito racional individualista de um estado de natureza. Como conceito sociológico, permite pensar de maneira não contratual o surgimento de relações sociais que não implicam dominação. “As associações se distinguem de organizações formais porque nelas o objetivo da união não é independente ainda de forma funcional com respeito às diretrizes de avaliação e objetivos dos membros associados”⁷².

O projeto anarquista de uma sociedade que é composta de uma série de redes horizontais entre associações foi, segundo Habermas, um projeto utópico que não tem como subsistir nas demandas de organização e direção das sociedades modernas, já que estas são precisamente definidas pela desconexão das funções organizacionais com respeito às orientações vindas do povo.

No entanto, se o projeto anarquista parece não ser eficiente para um modelo de comunicação da sociedade, demonstra o autor que também as teorias clássicas sobre democracia não conseguem alcançar esse objetivo visto que possuem o que denomina de “auto ação programada”, ou seja, é o povo que, mediante uma grande associação, programa a execução e aplicação das leis de modo que os membros da sociedade recebem, por meio de decisões (válidas para a coletividade) da administração e da justiça, os produtos e as regulamentações que eles mesmos programaram no papel de cidadãos⁷³.

Entende o autor que a ideia de autoação programada definida em um estado social interventor deve ser modificada. E a proposta do autor seria introduzir uma

⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. **Soberania Popular como procedimento**: um conceito normativo de espaço público. Tradução de Márcio Suzuki. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/210840771/Habermas-Soberania-Popular>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁷¹ HABERMAS, Jürgen. **La Soberania Popular como procedimiento**. Cuadernos Políticos, número 57, México, D. F., editorial Era, mayo-agosto de 1989, p. 53-69. Disponível em: <<http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>>, p. 13. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁷² “Las asociaciones se distinguen de las organizaciones formales porque, en ellas, la meta de la unión no se ha independizado aún de manera funcional respecto de las orientaciones valorativas y las metas de los miembros asociados.”

⁷³ HABERMAS, Jürgen. **Soberania Popular como procedimento**: um conceito normativo de espaço público. Tradução de Márcio Suzuki. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/210840771/Habermas-Soberania-Popular>>, p. 108. Acesso em: 15 jul. 2018.

diferenciação no próprio conceito do político.

2.3.2 Poder comunicativo e Poder administrativo

Do ponto de vista do direito, tanto as políticas como as leis e disposições precisam de um fundamento normativo, enquanto que, do ponto de vista do poder, elas funcionam como instrumentos e limitações (para a reprodução do poder). O direito, portanto, carece de uma normativa e do poder político de um instrumento (para a reprodução do poder).

Podemos distinguir o poder gerado de maneira comunicativa e o poder utilizado administrativamente. No espaço público político, entrecruzam-se então dois processos em sentidos opostos: a geração comunicativa do poder legítimo, para o qual Hannah Arendt esboçou um modelo normativo, e a obtenção de legitimação pelo sistema político com a qual o poder administrativo é refletido. Como os dois processos — a formação espontânea de opinião em espaços públicos autônomos e a obtenção organizada de lealdade das massas — se interpenetram, quem domina quem é uma questão empírica⁷⁴.

O que eu quero enfatizar é que, na mesma medida em que esta distinção adquire relevância empírica, também a compreensão normativa de uma auto-organização democrática da sociedade tem que se transformar.⁷⁵

Para Habermas, o poder gerado de maneira comunicativa (poder legítimo que forma opinião espontaneamente em espaços públicos autônomos) produz efeitos apenas indiretamente, na forma de limitação da efetivação do poder administrativo, poder que Habermas diz ser o exercido de fato.

A manifestação da vontade só surte efeitos diretos no poder administrativo quando ela ocorre mediante procedimentos democráticos da formação organizada da vontade. Assim, o poder administrativo não se reproduz a partir de si mesmo, mas se regenera a partir da metamorfose do poder comunicativo.

Habermas conclui que o direito concebido de forma legítima é o meio mediante o qual o poder comunicativo se transforma em administrativo, à medida que se mantém livre das interferências do poder social.

⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. **Soberania Popular como procedimento**: um conceito normativo de espaço público. Tradução de Márcio Suzuki. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/210840771/Habermas-Soberania-Popular>>, p. 108. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁷⁵ Lo que me interesa destacar es que, en la misma medida en que esta diferenciación adquire relevancia empírica, también la comprensión normativa de una autoorganización democrática de la sociedad tiene que transformarse.

2.3.3 O sistema político: modo de atuação

Segundo Habermas, o sistema político programado por políticas e leis produzidas a partir de processos de formação de opinião e vontade pode tornar-se um problema, visto que ele tem de traduzir todos os dados normativos para sua própria linguagem. Operando no âmbito das leis, a administração obedece a critérios próprios de racionalidade; da perspectiva da aplicação do poder administrativo, o que conta não é a razão prática do uso das normas, mas a eficácia na implementação de um programa dado.

O sistema político necessita de fundamentos normativos que, na linguagem do direito, justificam as políticas escolhidas e as normas estabelecidas.

Nem tudo o que seria factível para o sistema político vai adiante, se a comunicação política ligada anteriormente a ele desvaloriza discursivamente os fundamentos normativos alegados mediante fundamentos contrários.⁷⁶

Além disso, Habermas⁷⁷ discorre sobre a possibilidade de uma democratização dos próprios processos de formação de opinião e da vontade política. É que as razões normativas podem alcançar um efeito de condução indireta, mas apenas na medida em que a produção destas não esteja conduzida pelo sistema político.

O sentido dos procedimentos democráticos do Estado constitucional é sem dúvida o de institucionalizar as formas de comunicação necessárias para uma formação racional da vontade política. É o que torna o processo legítimo.⁷⁸

Aqui propõe o autor a defesa da racionalidade das decisões no sentido normativo, ou seja, que o povo possa participar da formação de opinião e vontade políticas. É a defesa da racionalidade diante da soberania popular. A defesa dessa ideia é imaginada dentro de um estado democrático de direito que possua, portanto, os representantes do povo (parlamentares).

Dentre outras considerações, explica Habermas⁷⁹ a dificuldade de implementar

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. **Soberania Popular como procedimento**: um conceito normativo de espaço público. Tradução de Márcio Suzuki. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/210840771/Habermas-Soberania-Popular>>, p. 109. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. **La Soberania Popular como procedimiento**. Cuadernos Políticos, número 57, México, D. F., editorial Era, mayo-agosto de 1989, p. 53-69. Disponível em: <<http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>>, p. 15. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁷⁸ “O sentido dos procedimientos democráticos del Estado constitucional es sin embargo el de institucionalizar las formas de comunicación necesarias para una formación racional de la voluntad política. É o que torna o processo legítimo”.

⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. **La Soberania Popular como procedimiento**. Cuadernos Políticos, número 57, México, D. F., editorial Era, mayo-agosto de 1989, p. 53-69. Disponível em: <<http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>>, p.

essa participação direta do povo na tomada de decisões.

Considerada, no entanto, em sentido normativo, essa defesa da racionalidade frente a soberania popular é contraditória: se a opinião dos eleitores é irracional, a eleição dos representantes não é menos. Este dilema leva a colocar a atenção na relação - não tematizada por Fröbel - entre a formação já constituída, resolutive, da vontade política (em cujo nível se encontram as eleições gerais) e o âmbito dos processos informais de formação de opinião, não constituídos, desde que eles não estejam obrigados a tomar decisões.⁸⁰

E assim propõe Habermas⁸¹ o conceito da formação da vontade política e um conceito de opinião pública:

Dentro destas considerações, o conceito de vida pública é normativo. Se trata de rede de comunicação que surge da mistura de vidas públicas autônomas, cujos pontos nodais são constituídos por associações livres. Estas, por sua vez, são especializadas na geração e difusão das convicções de ordem prática, ou seja, na descoberta de questões de relevância social geral, na coleta de contribuições viáveis para a solução dos problemas na interpretação de valores, na produção de boas razões e a desvalorização dos outros. Eles são associações que só podem ser eficazes, indiretamente, ou seja, no intuito de mudar os parâmetros de uma formação já constituída de vontade política sobre uma faixa de classificação que marca uma multiplicidade de posições e valores⁸².

2.3.4 A soberania popular: novo conceito

Destarte, já para a parte final do seu estudo, Habermas, citando Albrecht Wellmer e Hannah Arendt, descreve um novo conceito de soberania popular baseado em uma práxis comunicativa denominada reprodução autorreferida do espaço público: o discurso público deve apresentar um sentido de uma vida pública de política não

15. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁸⁰ Considerada, sin embargo, en sentido normativo, esta defensa de la racionalidad frente a la soberanía popular es contradictoria: si la opinión de los electores es irracional, la elección de los representantes no lo es menos. Este dilema lleva a poner atención sobre la relación — no tematizada por Frobel — entre la formación ya constituida, resolutive, de voluntad política (en cuyo nivel se encuentran todavía las elecciones generales) y el ámbito de los procesos informales de formación de opinión, no constituidos, dado que no están obligados a tomar decisiones.

⁸¹ HABERMAS, Jürgen. **La Soberanía Popular como procedimiento**. Cuadernos Políticos, número 57, México, D. F., editorial Era, mayo-agosto de 1989, p. 53-69. Disponível em: <<http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>>, p. 14. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁸² Dentro de estas consideraciones, el concepto de vida pública es normativo. Se trata de una red de comunicación que surge del entrecruzamiento de vidas públicas autónomas, cuyos puntos nodales están constituidos por asociaciones libres. Estas, por su parte, se encuentran especializadas en la generación y difusión de convicciones de orden práctico, es decir, en el descubrimiento de temas de relevancia social general, en la recolección de aportes viables a la solución de problemas, en la interpretación de valores, en la producción de buenas razones y la desvalorización de otras. Son asociaciones que sólo pueden volverse efectivas de manera indirecta, es decir, al desplazar los parámetros de la formación ya constituida de la voluntad política sobre una pista graduada que marca una multiplicidad de posiciones y valores.

distorcida e deve cumprir sua meta de formação democrática da vontade política. Para que essa formação democrática da vontade política tome corpo, deve ser incluída como formadora de opinião informal uma rede de associações livres.⁸³

No entanto, Habermas logo aponta a possibilidade de se dispersar o conceito de soberania se a mesma não tomar corpo nem sequer na cabeça dos membros da associação. A teoria de Habermas propôs a dessubstancialização do conceito de soberania.

Habermas cita dois tipos de Soberania: a totalmente disseminada e a dissolvida. Para ele, a Soberania totalmente disseminada “não se corporifica na mente dos membros associados, mas sim [...] naquelas formas de comunicação sem sujeito que regulam o fluxo da formação discursiva de opinião e vontade”. E continua, ao afirmar que uma Soberania Popular sem sujeito não é expressa de modo exclusivo nos pressupostos comunicativos e nos procedimentos democráticos quando tornada autônoma e solucionada intersubjetivamente⁸⁴.

Já a Soberania dissolvida, no sentido comunicativo, “faz-se valer no poder dos discursos públicos, que nasce de espaços públicos e autônomos, mas tem de tomar formas nas decisões de instituições de formação de opinião e vontade concebidas democraticamente”⁸⁵.

E é compreensível que uma soberania popular sublimada de tal maneira como procedimento não possa operar sem o respaldo de uma cultura política que mostre afinidade com ela, ou seja, com uma população que esteja acostumada com a liberdade política, pois, do contrário, não seria possível uma formação racional de vontade política⁸⁶.

Não significa dizer que, no procedimento de formação de opinião e vontade política, não tenha que estar presente a concepção moral, o “ethos”, a suposição de virtudes que são exigidas desde sempre dos cidadãos. Para que um comportamento político inspirado normativamente seja aceitável, é preciso que a substância moral da

⁸³ ARENDT, Hannah. *Macht und Gewalt [Poder y violencia]*, Munich, 1971; J. Habermas, *H. Arendts Begriff der Macht* [El concepto de poder en H. Arendt], en: Id. *Philosophisch-politische Profile* [Perfiles filosófico-políticos], Frankfurt/Main, 1981, p. 228 ss. HABERMAS, Jürgen. **La Soberania Popular como procedimiento**. Disponível em: <<http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>>, p. 15. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁸⁴HABERMAS, Jürgen. **Soberania Popular como procedimento**: um conceito normativo de espaço público. Tradução de Márcio Suzuki. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/210840771/Habermas-Soberania-Popular>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. **Soberania Popular como procedimento**: um conceito normativo de espaço público. Tradução de Márcio Suzuki. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/210840771/Habermas-Soberania-Popular>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. **Soberania Popular como procedimento**: um conceito normativo de espaço público. Tradução de Márcio Suzuki. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/210840771/Habermas-Soberania-Popular>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

autolegislação que, em Rousseau, fora concentrada compactamente num único ato, seja separada e resgatada tão somente em miúdos nos diversos estágios do processo operado de formação de opinião e vontade⁸⁷.

A partir daí, outros questionamentos surgem: porque os parlamentares deveriam fazer depender suas decisões de um júízo formado pela população se poderiam invocar apenas as razões pelas quais estão legitimados a representar a população? Como resposta, tem-se o argumento de que as instituições se encontram estabelecidas de uma maneira tal que no geral não querem se expor à opinião crítica de seus eleitores. Ou ainda, porque os eleitores deveriam fazer depender o seu voto de uma opinião maior, formada pelo discurso público que traz uma opinião pública formada? Em resposta, porque assim não conseguiriam fazer valer seus interesses individuais⁸⁸.

Mesmo diante das dificuldades apontadas, entende o autor que é possível esperar resultados racionais dos procedimentos democráticos estabelecidos constitucionalmente desde que a formação de opinião dentro dos corpos legislativos permaneça sensível aos resultados de formação de opinião informal que surge, por sua vez, das vidas públicas autônomas que estão em torno dela. Essas vidas públicas autônomas poderiam tornar-se perceptíveis a partir do surgimento de algumas associações livres formadoras de opinião, capazes de transformar, desatar e filtrar criticamente toda gama de temas e razões que mereçam discussão⁸⁹.

E claro, para que representem bem o interesse dessas vidas públicas autônomas, faz-se necessário que essa rede de associações seja composta de pessoas com cultura política de orientação liberal e igualitária, dotada de capacidade de ressonância para as situações problemáticas de ordem social geral, que se mantenha em permanente vibração, sensível às inquietudes.

Mas dentro dessa proposta de institucionalizar procedimentos para a formação racional da vontade coletiva, quem seriam os membros a compor as redes de associações e quem seria capaz de formar uma opinião que reflita a decisão da maioria? Seriam os intelectuais a representar o povo, já que dominam a palavra?

⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. **Soberania Popular como procedimento**: um conceito normativo de espaço público. Tradução de Márcio Suzuki. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/210840771/Habermas-Soberania-Popular>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **Soberania Popular como procedimento**: um conceito normativo de espaço público. Tradução de Márcio Suzuki. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/210840771/Habermas-Soberania-Popular>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. **Soberania Popular como procedimento**: um conceito normativo de espaço público. Tradução de Márcio Suzuki. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/210840771/Habermas-Soberania-Popular>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

No entender de Habermas,⁹⁰ não.

Os discursos públicos só encontram ressonância na extensão de sua divulgação, ou seja, somente sob condições de uma participação ampla, ativa e ao mesmo tempo dispersa. Esta, por sua vez, exige como pano de fundo de uma cultura política que se tornou igual, livre de privilégios educacionais, intelectual em toda sua amplitude.⁹¹

Assim, a necessária banalização do cotidiano em meio a uma comunicação política representa um perigo para os potenciais semânticos de que, contudo, essa comunicação política ampliada tem de alimentar-se. Uma cultura sem estímulo seria absorvida por meras necessidades de compensação; ela se estenderia, segundo as palavras de Mathias Greffrath, como uma espuma de aterrissagem sobre a sociedade em risco. Nenhuma religião civil, por mais bem talhada que fosse, poderia evitar essa desordem de sentido⁹².

Então, é possível constatar que Habermas parte da compreensão de que as noções de positividade e formalismo são insuficientes para a legitimação do direito moderno. Por isso, a fundamentação passa a ser considerada enquanto elemento capaz de impedir que o Direito se transforme em um instrumento de colonização do mundo da vida, haja vista que o caráter ambíguo do Direito não passa despercebido ao autor. É assim que Habermas entende que o Direito só pode ser legitimado na medida em que se realiza por meio do agir comunicativo. Esse agir comunicativo só seria alcançado se os membros do direito pudessem livremente expressar sua opinião e vontade política, sentindo-se assim autores das normas das quais são destinatários⁹³.

Portanto, vê-se que Habermas faz parte daqueles juristas que defendem uma visão procedimental⁹⁴ para o exercício da soberania e, portanto, do exercício da própria

⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. **La Soberania Popular como procedimiento**. Disponível em: <<http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>>, p. 18. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁹¹ Los discursos públicos sólo encuentran resonancia en la medida de su difusión, es decir, sólo bajo condiciones de una participación amplia, activa y al mismo tiempo dispersa. Esta, por su parte, requiere el trasfondo de una cultura política que se haya vuelto igualitaria, libre de privilegios educativos, intelectual en toda su amplitud.

⁹² HABERMAS, Jürgen. **Soberania Popular como procedimiento**: um conceito normativo de espaço público. Tradução de Márcio Suzuki. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/210840771/Habermas-Soberania-Popular>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁹³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. V. I., 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 62.

⁹⁴ As teorias voltadas ao exercício da jurisdição constitucional dividem-se em teorias substancialistas e teorias procedimentais. Os defensores da teoria substancialista defendem uma atuação mais ativa da jurisdição constitucional na perspectiva de uma defesa material e conteudística dos direitos fundamentais, justificando sua tese, em grande medida, pela necessidade de tal atuação ante a inefetividade da Constituição e a omissão dos poderes legislativo e executivo. Por outro lado, as teorias procedimentais procuram, por meio do procedimento, uma jurisdição constitucional que proteja a democracia e obstaculize um ativismo judicial antidemocrático e arbitrário, permitindo uma maior participação da sociedade na teoria da decisão, quando esta for possível. Contemporaneamente, o papel da Constituição, sua força normativa e o seu grau de dirigismo vão depender da assunção de uma

jurisdição constitucional.

Desta feita, ao longo de todas essas considerações, é possível notar que a solução que Habermas propõe para entender a soberania popular encontra-se voltada, precipuamente, para resolver questões enfrentadas pelo poder legislativo. Essa visão, por sua vez, parece encontrar ressonância em uma visão tradicional do princípio da separação de poderes.

Portanto, a partir desse momento, faz-se necessário aprofundar a discussão acerca da separação de poderes, analisando-a não apenas em sua versão tradicional, mas também em relação a novas alternativas de separação de poderes, com maior capacidade de adaptar-se aos anseios sociais da pós-modernidade.

É preciso compreender qual o lugar que a soberania popular ocupa dentro dessa nova visão de separação de poderes.

3 A JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA E SUA ATUAÇÃO EM SITUAÇÕES DE CASSAÇÃO DE MANDATOS ELETIVOS

das teses (eixos temáticos) que balizam a discussão: de um lado, as teorias procedimentais e, do outro, as teorias materiais-substanciais. Parece não haver dúvidas de que esse debate é de fundamental importância para a definição do papel a ser exercido pela jurisdição constitucional. A toda evidência, as teses materiais colocam ênfase na regra contramajoritária (freios às vontades de maiorias eventuais), o que, para os substancialistas, reforça a relação Constituição - Democracia: para os procedimentalistas, entretanto, isso enfraquece a democracia, pela falta de legitimidade da justiça constitucional. Uma jurisdição constitucional interventiva “coloniza” o mundo da vida, na acepção da Habermas, corifeu da teoria procedimental do direito. Assim, para ambas as teorias, o que está em discussão é uma maior ou menor participação popular na interpretação do conteúdo constitucional. GALDINO. Matheus Souza. **Teorias substanciais e teorias procedimentais em uma jurisdição constitucional** - Uma proposta por uma resposta correta e democrática. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/46696/teorias-substanciais-e-teorias-procedimentais-em-uma-jurisdicao-constitucional>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

3.1 Do advento da Justiça Eleitoral à Constituição de 1988: um pouco da história

O Direito Eleitoral sempre terá na Constituição Federal as disposições de ordem material e processual que indicarão sua trajetória, refletindo sempre as peculiaridades de cada momento histórico⁹⁵.

Seguindo uma ordem cronológica, em suma, a Constituição Imperial de 1824 previa normas sobre quem poderia votar e quem seria elegível, bem como dispôs sobre eleições indiretas para deputados e senadores da época⁹⁶.

A primeira Constituição do período republicano - a Constituição Republicana de 1891 -, previu eleições para Presidente e Vice-Presidente que exigiam a maioria absoluta entre os votados. Caso não ocorresse, caberia ao Congresso eleger os dois mais votados. Além disso, esta Constituição também previu a inelegibilidade para os cargos de Presidente e Vice-Presidente⁹⁷.

Os autores Flávio Cheim Jorge, Ludgero Liberato e Marcelo Abelha Rodrigues ainda ensinam que:

É de se recordar que de 1889 (data da proclamação da República) até 1930, prevaleceu no Brasil a chamada *política dos governantes*, em que o Presidente da República apoiava os candidatos indicados pelos governadores nas eleições estaduais e em contrapartida estes apoiavam o candidato indicado pelo Presidente. É desse [...] período a prática conhecida como *Política do Café com Leite*, por meio dos quais apenas candidatos indicados por São Paulo (produtor de café) e Minas (produtor de Leite) se tornavam Presidentes da República⁹⁸.

Em 1932, com a edição do Decreto n. 21.076, de 24/02/1932, foi criado o Código Eleitoral⁹⁹, fruto do trabalho da 19ª Subcomissão da Comissão Legislativa composta por “Assis Brasil, Mário Pinto Serva e João Cabral, com a participação de outros renomados homens políticos”¹⁰⁰. Este Código reuniu a legislação eleitoral existente, estabeleceu o sufrágio universal e secreto, bem como concedeu o voto às mulheres¹⁰¹.

Como consequência, a Constituição de 1934, que criou a Justiça Eleitoral,

⁹⁵ CÂNDIDO, Joel J. **Direito eleitoral brasileiro**. 13. ed. revista, atualizada e ampliada. Bauru: EDIPRO, 2008, p. 25.

⁹⁶ CÂNDIDO, Joel J. **Direito eleitoral brasileiro**. 13. ed. revista, atualizada e ampliada. Bauru: EDIPRO, 2008, p. 25.

⁹⁷ CÂNDIDO, Joel J. **Direito eleitoral brasileiro**. 13. ed. revista, atualizada e ampliada. Bauru: EDIPRO, 2008, p. 26.

⁹⁸ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: Jus Podium 2016, p. 197.

⁹⁹ CÂNDIDO, Joel J. **Direito eleitoral brasileiro**. 13. ed. revista, atualizada e ampliada. Bauru: EDIPRO, 2008, p. 26.

¹⁰⁰ RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 83.

¹⁰¹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 34.

dentre outros aspectos:

Atribuiu jurisdição eleitoral plena aos juízes vitalícios, na forma da lei (art.82, § 7º). Estabeleceu a competência privativa da Justiça Eleitoral para o processo das eleições federais, estaduais e municipais, inclusive a dos representantes das profissões (art.83, *caput*), competência essa que ia desde organizar a divisão eleitoral do país até o poder de decretar a perda do mandato legislativo, passando pela competência para processar e julgar os delitos eleitorais e os comuns que lhes fossem conexos. Dispôs, também, sobre o alistamento, direitos políticos e inelegibilidades (arts. 108 a 112), assim como sobre as eleições para Presidente da República (art.52)¹⁰².

A criação da Justiça Eleitoral foi fruto da Revolução de Trinta, que teve como um dos principais objetivos a busca pela moralização do procedimento eleitoral. Nesse período, o Brasil contou com a inspiração do Tribunal Eleitoral Tcheco, idealizado por Kelsen, o qual reuniu a legislação eleitoral e deu ao Poder Judiciário autonomia para realizar as eleições¹⁰³.

Isso porque os movimentos políticos da época buscavam a confirmação da verdade das urnas. Por isso, para dar maior proteção à votação e à apuração dos votos, surgiu a necessidade de conferir à Magistratura o trato das questões eleitorais¹⁰⁴.

A Constituição de 1937 extinguiu a Justiça Eleitoral, mas ainda dispunha sobre eleitores direitos políticos e inelegibilidades. A Lei Constitucional n. 9, de 28/02/1945, possibilitou a edição do Decreto-Lei n. 7.586, de 28/05/1945, o qual recriou a Justiça Eleitoral¹⁰⁵.

Na sequência, a Constituição de 1946 dispunha sobre a competência da Justiça Eleitoral, o alistamento, direitos políticos e inelegibilidade. Além disso, também atribuiu a competência privativa à União para legislar sobre o Direito Eleitoral¹⁰⁶.

Em 1950, foi criado o quarto Código Eleitoral Brasileiro. Ele foi pioneiro em dispor sobre o livre exercício da propaganda partidária, o direito à representação política das minorias e o direito ao voto para os analfabetos e os relativamente incapazes¹⁰⁷.

Em 1964, com o Golpe de Estado pelos militares, as eleições diretas para os cargos de Chefe do Executivo foram suspensas. Nesse momento, foi também editado o

¹⁰² CÂNDIDO, Joel J. **Direito eleitoral brasileiro**. 13. ed. revista, atualizada e ampliada. Bauru: EDIPRO, 2008, p. 26.

¹⁰³ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 33.

¹⁰⁴ RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 83.

¹⁰⁵ CÂNDIDO, Joel J. **Direito eleitoral brasileiro**. 13. ed. revista, atualizada e ampliada. Bauru: EDIPRO, 2008, p. 26.

¹⁰⁶ CÂNDIDO, Joel J. **Direito eleitoral brasileiro**. 13. ed. revista, atualizada e ampliada. Bauru: EDIPRO, 2008, p. 26.

¹⁰⁷ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 34.

quinto Código Eleitoral Brasileiro, que “inovou ao criar uma Corregedoria Eleitoral própria, com o escopo de titular a lisura e a legitimidade das eleições. Foi adotada uma única cédula oficial para as eleições em todo o território nacional”¹⁰⁸.

As Constituições de 1967 e 1969, em suma, regulamentaram questões sobre direitos e Partidos Políticos¹⁰⁹.

Por fim, a CRFB/1988, além de dispor sobre direitos e Partidos Políticos, também passou a regulamentar a eleição para Presidente e Vice-Presidente, bem como contém inúmeros artigos sobre plebiscito, mandatos e eleições¹¹⁰.

Com isso, o Código Eleitoral Brasileiro de 1965 precisou passar por diversas mudanças em razão das diferentes legislações eleitorais que existiam, como um reflexo do resgate dos direitos políticos e da liberdade pela sociedade¹¹¹.

Em outras palavras, a democracia foi restabelecida com a chegada da Constituição de 1988, tanto que, em 1989, foi realizada a primeira eleição direta para presidente. O voto passou a ser obrigatório para os maiores de 18 anos e facultativo para os maiores de 70 anos e jovens entre 16 e 18 anos¹¹².

Considerando a evolução da legislação eleitoral desde a Constituição Imperial, perpassando pela criação da Justiça Eleitoral, hoje, com a Constituição Cidadã, pode-se dizer que o Brasil vive em uma estabilidade democrática, tendo em vista que, de quatro em quatro anos, os brasileiros podem comparecer às urnas para escolher seus representantes, ou seja, exercem plenamente a democracia representativa, tal qual dispõe, em seu artigo 1º, parágrafo único, a CRFB/1988¹¹³.

3.2 A Justiça Eleitoral brasileira hoje

A Justiça Eleitoral tem a atribuição de possibilitar o exercício da democracia representativa. Para que isso seja possível, é seu dever operacionalizar os procedimentos eleitorais para garantir a soberania popular¹¹⁴.

Em outras palavras, “A Justiça Eleitoral possui destinação diretamente vinculada à garantia dos direitos de votar e de ser votado, assegurando o pleno exercício

¹⁰⁸ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 34.

¹⁰⁹ CÂNDIDO, Joel J. **Direito eleitoral brasileiro**. 13. ed. revista, atualizada e ampliada. Bauru: EDIPRO, 2008, p. 27.

¹¹⁰ CÂNDIDO, Joel J. **Direito eleitoral brasileiro**. 13. ed. revista, atualizada e ampliada. Bauru: EDIPRO, 2008, p. 27.

¹¹¹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 34-35.

¹¹² JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 39.

¹¹³ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 39.

¹¹⁴ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 30.

da cidadania em suas diversas manifestações¹¹⁵. Dentre suas competências, podem ser citadas:

Questões de natureza administrativa, v.g., organização administrativa das zonas eleitorais, tais como locais destinados à votação, apuração, funcionários e o próprio alistamento eleitoral de natureza declaratória administrativa; questões atinentes ao poder regulamentar, pois o Poder Legislativo, ao editar as leis em matéria eleitoral, deixa sempre uma substancial margem de complementariedade afeta ao poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral¹¹⁶.

A seguir, estarão dispostos alguns tópicos que permitem identificar as funções e a estrutura da Justiça Eleitoral Brasileira.

3.2.1 Funções da Justiça Eleitoral

Como função entende-se a utilidade, o papel desempenhado, a ação que lhe é própria no ambiente em que se encontra. Com efeito, em suma, pode-se dizer que a Justiça Eleitoral desempenha inúmeras funções, desde administrativas, jurisdicionais, normativas e consultivas¹¹⁷.

A Justiça Eleitoral desempenha suas funções administrativas quando prepara, organiza e administra o processo eleitoral. Por exemplo, cabe ao juiz eleitoral agir de ofício, ou seja, independentemente de provocação do interessado; por isso, diz-se que uma das características da função administrativa da Justiça Eleitoral é a inexistência de conflito para poder ser resolvida¹¹⁸.

Sua função administrativa também é exercida:

[...] na expedição de título eleitoral, na inscrição de eleitores, na transferência de domicílio eleitoral, na fixação de locais de funcionamento de zonas eleitorais, na designação e locais de votação, na nomeação de pessoas para compor a Junta Eleitoral e a Mesa Redonda, na adoção de medidas para fazer impedir ou cessar imediatamente propaganda eleitoral realizada irregularmente¹¹⁹.

Sua função jurisdicional sempre será exercida quando houver conflitos de interesse que reclamem decisão a ser submetida à Justiça Eleitoral. Por exemplo: as decisões que determinam multa pela realização de propaganda eleitoral ilícita; as que decretam a inelegibilidade na AIJE e as que cassam o registro ou o diploma nas ações

¹¹⁵ RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 85.

¹¹⁶ RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 84.

¹¹⁷ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 97.

¹¹⁸ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 98.

¹¹⁹ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 98.

de cunho eleitoral¹²⁰.

Diferentemente do que ocorre na função administrativa, o juiz só poderá decidir se houver provocação do interessado ao longo do exercício da função jurisdicional¹²¹.

A função normativa, por sua vez, será exercida nos moldes do artigo 1º, parágrafo único, e do artigo 23, inciso IX do Código Eleitoral¹²², atribuindo ao poder de expedir instruções para sua execução e para a execução do Código Eleitoral¹²³.

O artigo 30 do Código Eleitoral também concede aos Tribunais Regionais Eleitorais o poder de expedir resoluções para regulamentar as eleições suplementares em Municípios específicos¹²⁴.

Tais instruções são veiculadas em Resolução¹²⁵ que, por seu turno, têm força de lei e são fundamentais para a operacionalização das eleições, o que proporciona segurança e transparência à atuação dos operadores do Direito Eleitoral¹²⁶.

Marcos Ramayana ainda explica que “o poder regulamentar, em matéria eleitoral, processa-se por meio de resoluções e instruções sobre propaganda eleitoral, votação, apuração, registro de candidatos, calendários eleitorais e outras”¹²⁷.

Por fim, a função consultiva está regulamentada nos artigos 23, inciso XII, e 30, inciso VIII do Código Eleitoral, os quais atribuem, respectivamente, ao Tribunal Superior Eleitoral e aos Tribunais Regionais Eleitorais, a competência para responderem a consultas sobre matéria eleitoral. Tais respostas devem ser fundamentadas e, mesmo que não tenham efeito vinculante, elas orientam as ações dos órgãos da Justiça Eleitoral e podem ser usadas para fundamentar decisões administrativas e judiciais¹²⁸.

Em suma, as consultas tem a finalidade de proporcionar celeridade ao processo eleitoral: “reduzindo os conflitos e os litígios em razão de a matéria ter sido previamente decidida pelo TSE ou pelo TRE, sua esfera de competência”¹²⁹.

3.2.2 A estrutura da Justiça Eleitoral

A Justiça Eleitoral é composta pelo Tribunal Superior Eleitoral, pelos Tribunais

¹²⁰ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 99.

¹²¹ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 99.

¹²² GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 100.

¹²³ BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acesso em: 18 ago. 2019.

¹²⁴ RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 96.

¹²⁵ Resoluções são normativas expedidas pela Justiça Eleitoral para regulamentar o procedimento das eleições. VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 37.

¹²⁶ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 101.

¹²⁷ RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 97.

¹²⁸ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 101-102.

¹²⁹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 39.

Regionais Eleitorais, pelos Juízes Eleitorais e pelas Juntas Eleitorais. Sua estrutura é dividida em três instâncias: Juízes, advogados e, até mesmo, pessoas sem formação jurídica compõem seus órgãos¹³⁰.

O TSE é o órgão de cúpula da Justiça Eleitoral¹³¹. Ele é formado por, no mínimo, 7 membros: três ministros do STF, dois ministros do STJ e dois advogados, os quais são escolhidos¹³²:

Pelo voto secreto, o Supremo Tribunal Federal escolhe três de seus membros para a composição do Tribunal, dentre os quais são indicados seu Presidente e Vice-Presidente. Da mesma maneira, o Superior Tribunal de Justiça escolhe dois de seus membros, dentre os quais é indicado seu Corregedor Eleitoral. E, por nomeação do Presidente da República, são escolhidos dois advogados, cada qual dentre uma lista tríplice composta de membros de notável saber jurídico e idoneidade moral, designados pelo Supremo Tribunal Federal (art. 119 da CF). Para cada membro titular componente do TSE, será indicado um suplente, pelo mesmo procedimento, oriundo da mesma classe a que pertencer o componente primeiro¹³³.

O artigo 22 do Código Eleitoral dispõe sobre sua competência¹³⁴.

As decisões do TSE são, via de regra, irrecorríveis, exceto se violarem a Constituição, sendo cabíveis o recurso extraordinário e as decisões que denegarem *habeas corpus* ou mandado de segurança¹³⁵.

Existem 27 Tribunais Regionais Eleitorais. Sua composição é formada por 7 membros, os quais são escolhidos mediante voto secreto.

O Tribunal de Justiça escolherá dois juízes dentre seus desembargadores, dos quais são indicados o Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal; da mesma maneira, o Tribunal de Justiça escolherá dois juízes de direito; o Tribunal Regional Federal, com sede na Capital do Estado, escolherá um juiz dentre seus desembargadores federais, ou, não havendo um juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo; e, por nomeação do Presidente da República, haverá dois advogados, dentre uma lista

¹³⁰ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 30.

¹³¹ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 102.

¹³² RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 86.

¹³³ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 41.

¹³⁴ BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acesso em: 18 ago. 2019.

¹³⁵ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 42-43.

sêxtupla oferecida pelo Tribunal de Justiça (art. 120 da CF). Para cada membro titular será indicado um suplente¹³⁶.

O artigo 29 do Código Eleitoral dispõe sobre suas competências¹³⁷.

As decisões do TRE são passíveis de recurso ao STE quando: proferidas contra a Constituição; tiverem divergência na interpretação da lei entre tribunais eleitorais; versarem sobre inelegibilidade ou expedições de diplomas nas eleições federais ou estaduais; anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais; denegarem *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção¹³⁸.

Para cada zona eleitoral¹³⁹ é preciso haver um juiz de direito em efetivo exercício¹⁴⁰. Ele exercerá sua função pelo prazo de 2 anos. Os juízes eleitorais são escolhidos por seus respectivos Tribunais Regionais Eleitorais, dentre os componentes da magistratura comum estadual¹⁴¹.

Sua função na jurisdição eleitoral será exercida simultaneamente à sua jurisdição comum. O juiz eleitoral será responsável pela jurisdição de sua zona eleitoral onde exerce suas atividades; na falta deste, seu substituto legal assumirá suas funções¹⁴².

O artigo 35 do Código Eleitoral dispõe sobre suas competências¹⁴³.

Por fim, as juntas eleitorais são os órgãos colegiados de primeira instância. São compostas de três a cinco integrantes, um juiz de direito (presidente) e dois ou quatro cidadãos de notória idoneidade¹⁴⁴.

Sua função é auxiliar os juízes eleitorais nos anos em que há eleição, realizando a apuração das eleições nas zonas de sua jurisdição e a diplomação dos candidatos que foram eleitos. A Junta Eleitoral deve ser designada em até sessenta dias antes das

¹³⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 44.

¹³⁷ BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acesso em: 18 ago. 2019.

¹³⁸ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 44.

¹³⁹ “As zonas eleitorais são consideradas como uma ideal parte territorial, cuja divisão é fomentada por critérios legais, tendo ampla jurisdição nos limites que forem predeterminados e sendo integrante da circunscrição judiciária eleitoral”. RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 88.

¹⁴⁰ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 214.

¹⁴¹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 46.

¹⁴² VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 46.

¹⁴³ BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acesso em: 18 ago. 2019.

¹⁴⁴ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 216-217.

eleições, por meio de publicação no Diário Oficial do Estado¹⁴⁵.

Com existência temporária, após o término da apuração dos votos, ela será extinta, com exceção das eleições municipais, quando permanecerá até a diplomação dos eleitos¹⁴⁶.

O artigo 40 do Código Eleitoral dispõe sobre sua competência¹⁴⁷.

3.3 Das ações eleitorais

3.3.1 Ação de Impugnação de Registro de Candidato - AIRC

A Ação de Impugnação de Registro de Candidato tem como principal objetivo impedir que o cidadão possa disputar o pleito eleitoral por não possuir condições mínimas para exercer o mandato eletivo¹⁴⁸.

Mediante a referida ação, o registro do candidato pode ser negado, impedindo sua candidatura e fazendo com que ele não passe da fase de pré-candidato. Esta negativa de registro pode ser declarada pelo não preenchimento das condições de elegibilidade, dos requisitos de registrabilidade ou em razão de causas de inelegibilidade¹⁴⁹.

O procedimento da AIRC é regulamentado pela Lei de Inelegibilidade - Lei Complementar n. 64/90 - e sua fundamentação legal encontra-se do artigo 3º ao artigo 17 da mesma lei¹⁵⁰. O Código de Processo Civil é aplicável supletiva e subsidiariamente¹⁵¹.

O prazo para ingressar com a impugnação é de cinco dias a contar da data de publicação do edital que contém a relação dos pedidos de registro de candidatura¹⁵².

Em se tratando de uma impugnação de candidato à presidência ou vice-presidência, a ação deverá ser interposta perante o TSE. Caso o cidadão se candidate ao cargo de senador, governador, vice-governador, deputado federal, deputado estadual ou distrital, a ação deverá ser interposta perante os Tribunais Regionais Eleitorais. Por último, quando se tratar de candidato a prefeito, vice-prefeito e vereador,

¹⁴⁵ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 50.

¹⁴⁶ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 112.

¹⁴⁷ BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acesso em: 18 ago. 2019.

¹⁴⁸ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 405-406.

¹⁴⁹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 406.

¹⁵⁰ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 406.

¹⁵¹ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 431.

¹⁵² GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 429.

os juízes eleitorais serão competentes para julgar a ação¹⁵³.

Qualquer candidato, partido político, coligação ou o MPE pode figurar no polo ativo da ação¹⁵⁴.

3.3.2 Recurso contra a expedição do Diploma - RCED

A diplomação é a última fase do processo eleitoral, o qual concede ao candidato o direito subjetivo de assumir seu mandato. O Recurso contra a expedição do diploma é o meio pelo qual é possível impugnar este diploma¹⁵⁵.

Embora o Código Eleitoral o tenha concebido como recurso, na verdade o instituto “recurso contra a expedição de diploma” é uma ação¹⁵⁶. Como bem explica Marcos Ramayana, “o recurso contra expedição de diploma é uma ação específica eleitoral. A natureza é impugnativa, mas o tratamento regulamentar é recursal”¹⁵⁷.

Ele se destina à anulação das eleições¹⁵⁸, com base em três fundamentos: a inelegibilidade superveniente; a inelegibilidade constitucional e a falta de condição de elegibilidade, conforme regulamenta o artigo 262 do Código Eleitoral¹⁵⁹.

Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra explicam que sua finalidade “é a desconstituição do pronunciamento judicial que deferiu a homologação do resultado das eleições, por ele afrontar determinados mandamentos constantes na lei”¹⁶⁰.

Em se tratando de eleições presidenciais, o RCED deverá ser interposto perante o TSE (nos termos do artigo 22, I, *g* do CE). Nas eleições federais e estaduais, ele deverá ser interposto perante o presidente do TRE – não haverá juízo de admissibilidade, o qual será feito imediatamente pelo TSE. Por último, no caso de eleições municipais, o RCED deverá ser endereçado ao juiz que presidir a Junta Eleitoral¹⁶¹.

Partido Político, candidato eletivo e diplomado (suplente também pode,

¹⁵³ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 504.

¹⁵⁴ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 438.

¹⁵⁵ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 504.

¹⁵⁶ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 920.

¹⁵⁷ RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 801.

¹⁵⁸ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 504.

¹⁵⁹ BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acesso em: 18 ago. 2019.

¹⁶⁰ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 504.

¹⁶¹ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 922-923.

admitindo litisconsórcio) e o MPE têm legitimidade ativa para propor o RCED¹⁶².

O prazo para interposição do RCED é de três dias a contar da data de diplomação, e o seu rito está previsto no artigo 267 do CE¹⁶³.

3.3.3 Ação de Investigação Judicial Eleitoral – AIJE

A ação de investigação eleitoral tem como objetivo impedir e averiguar a prática de atos que possam afetar a igualdade dos candidatos de uma eleição¹⁶⁴, nos casos previstos no *caput* do artigo 22 da Lei Complementar 64/90:

[...] abuso de poder econômico, abuso do poder político ou de autoridade, utilização indevida dos meios de comunicação social, conduta vedada, utilização indevida de veículos, captação ilícita de sufrágio ou ilicitude de valores econômicos arrecadados¹⁶⁵.

Sua natureza jurídica é de ação de conhecimento. Seu objeto é a exclusão da disputa eleitoral, de modo que, com a constatação da conduta ilícita, haverá a perda do registro de candidatura ou do mandato político e a decretação de sua inelegibilidade pelo prazo de oito anos¹⁶⁶.

Qualquer partido político, coligação, candidato ou membro do MPE terá legitimidade para propor a AIJE¹⁶⁷.

A AIJE poderá ser ajuizada no período entre as convenções e o registro de candidatura, até o momento de diplomação dos eleitos¹⁶⁸.

Nas eleições presidenciais, a AIJE deverá ser ajuizada perante o TSE; o processo será instruído pela Corregedoria-Geral e julgado pela Corte Superior. Nas eleições federais e estaduais, a demanda deverá ser ajuizada perante o ter. O órgão responsável pela instrução processual será a Corregedoria Regional, e o julgamento ficará afeto à Corte Regional. Enquanto isso, nos casos de eleições municipais, o juiz eleitoral terá competência para instruir e julgar o feito¹⁶⁹.

O procedimento no caso de AIJE é o sumário, e o Código de Processo Civil é

¹⁶² GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 924.

¹⁶³ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 510-511.

¹⁶⁴ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 418.

¹⁶⁵ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 418.

¹⁶⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 420.

¹⁶⁷ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 426.

¹⁶⁸ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 755.

¹⁶⁹ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 758.

aplicável supletiva e subsidiariamente¹⁷⁰.

3.3.4 Ação de Impugnação ao Mandato Eletivo – AIME

A ação de impugnação ao mandato eletivo é uma ação constitucional eleitoral e está prevista no artigo 14, §10 e 11 da CRFB/1988. Suas hipóteses de cabimento são: abuso do poder econômico, corrupção ou fraude¹⁷¹.

Em suma, pode-se dizer que a AIME visa garantir “a defesa dos direitos públicos políticos subjetivos ativos, protegendo-se as eleições contra a influência direta ou indireta dos abusos econômicos, corrupção e fraudes”¹⁷².

Nas hipóteses das alíneas *d*, *h* e *j*, I, art. 1º da Lei Complementar 64/90, a inelegibilidade não é o objeto da AIME:

Na verdade, a inelegibilidade constituiu efeito externo ou secundário da sentença de procedência do pedido nessa ação. Portanto, não é preciso que ela seja pedida na petição inicial, nem que conste do dispositivo da sentença ou do acórdão, pois somente será declarada em futuro e eventual processo de registro de candidatura¹⁷³.

A tramitação do processo da AIME ocorre em sigilo de justiça; apenas seu julgamento será público¹⁷⁴.

No caso de diplomação como Presidente e Vice-Presidente, o TSE terá competência originária para julgar a ação. No caso de diplomação de Governador, Vice-Governador, Senador, Deputado federal, estadual e distritais, a ação será de competência dos Tribunais Regionais Eleitorais. Por fim, quando quem for diplomado como Prefeito, Vice-Prefeito ou vereador, a ação deverá ser ajuizada perante o juiz eleitoral¹⁷⁵.

Igualmente, os partidos políticos, coligações, candidatos e o MPE poderão propor a AIME¹⁷⁶.

O procedimento da AIME será o previsto nos artigos 3º a 16º da Lei Complementar 64/90¹⁷⁷. E o Código de Processo Cível será aplicável supletiva e subsidiariamente¹⁷⁸.

¹⁷⁰ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 734.

¹⁷¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 ago. 2019.

¹⁷² RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 746.

¹⁷³ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 896.

¹⁷⁴ RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 763.

¹⁷⁵ RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 763-764.

¹⁷⁶ RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 765.

¹⁷⁷ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 897.

¹⁷⁸ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 899.

A AIME passou a ser menos utilizada quando a ação ou representação por abuso do poder econômico ou político passou a declarar a nulidade do diploma. No entanto, ela não perdeu sua utilidade porque pode ser ajuizada quando certos atos ilícitos são cometidos após o prazo para o ajuizamento da AIJE, ou seja, em até quinze dias a contar da data de diplomação¹⁷⁹.

3.3.5 Representação por Captação Ilícita de Sufrágio

A representação é uma ação que será ajuizada quando houver violação às normas da Lei 9.504/97. A fundamentação legal da representação por captação ilícita de sufrágio encontra-se disposta no artigo 41-A da lei supracitada e preceitua que:¹⁸⁰

Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. (Incluído pela Lei nº 9.840, de 1999.)

§ 1º Para a caracterização da conduta ilícita, é desnecessário o pedido explícito de votos, bastando a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 2º As sanções previstas no caput aplicam-se contra quem praticar atos de violência ou grave ameaça a pessoa, com o fim de obter-lhe o voto. (Incluído pela Lei nº 12.034 de 2009)

§ 3º A representação contra as condutas vedadas no caput poderá ser ajuizada até a data da diplomação.

§ 4º O prazo de recurso contra decisões proferidas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial¹⁸¹.

A captação ilícita de sufrágio pode ser caracterizada mediante condutas tais como: doar, oferecer, prometer ou entregar. Não é necessária a consumação do oferecimento da vantagem indevida; o mero oferecimento e a promessa são suficientes para configurar o ilícito¹⁸².

¹⁷⁹ RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 743.

¹⁸⁰ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 397.

¹⁸¹ BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/19504.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

¹⁸² JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 339.

O procedimento adotado para o processamento da referida ação está disposto no artigo 22 da Lei Complementar 64/90¹⁸³.

A referida representação poderá ser proposta até a data de diplomação¹⁸⁴. Os partidos políticos, coligações, candidatos e o MPE são legitimados ativos para ajuizá-la¹⁸⁵. O procedimento de prestação de contas pode ser utilizado como prova¹⁸⁶.

3.3.6 Representação por Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Campanhas Eleitorais

O rol de condutas vedadas consta nos artigos 73 a 78 da Lei n. 9.504-97¹⁸⁷. Esses atos devem ter relevância e possuir alguns vetores, tais como:

- a) A conduta deve revelar uma mínima ofensividade; b) expressividade da lesão causada contra o bem público; c) grau de reprovabilidade comportamental do agente infrator; e d) mensuração da lesão na circunscrição eleitoral em que compete o candidato¹⁸⁸.

A incidência das condutas vedadas pode ocorrer entre o início do ano eleitoral e a posse dos eleitos¹⁸⁹.

Os partidos políticos, coligações, candidatos e o MPE podem propor a representação¹⁹⁰.

As sanções às condutas vedadas podem ser: a suspensão imediata da conduta, multa, cassação do registro ou diploma¹⁹¹.

3.3.7 Representação por Captação e Gastos Ilícitos de Recursos Eleitorais

Em suma, a representação por captação e gastos ilícitos de recursos eleitorais poderá ser proposta por qualquer partido político, coligação, candidato ou representante do MPE contra o candidato que tenha praticado ou sido beneficiário da arrecadação ou

¹⁸³ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público. **Eleições municipais de 2016 - Ações Cíveis Eleitorais**. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/eleitoral/arquivos/cartilha_eleitoral-acoes_civeis_eleitorais.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2019.

¹⁸⁴ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 577-578.

¹⁸⁵ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público. **Eleições municipais de 2016 - Ações Cíveis Eleitorais**. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/eleitoral/arquivos/cartilha_eleitoral-acoes_civeis_eleitorais.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2019.

¹⁸⁶ RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 618.

¹⁸⁷ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. São Paulo: Atlas, 2018, p. 843.

¹⁸⁸ RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 16.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 644.

¹⁸⁹ RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 16.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 645.

¹⁹⁰ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 571.

¹⁹¹ RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 670.

aplicação ilícita de recursos eleitorais¹⁹².

Esta representação tem como fundamento o artigo 30-A, § 2º da lei 9.504/97. Ela poderá ser proposta no prazo de 15 dias da diplomação e seguirá o rito previsto no artigo 22 da lei complementar 64/90¹⁹³.

3.3.8 Representação por Propaganda Eleitoral irregular

A medida cabível nas hipóteses de propaganda irregular é a representação por propaganda eleitoral irregular. Candidato, partido político, coligação ou representante do MPE podem ajuizá-la, dirigindo-a aos juízes eleitorais nos casos de eleições municipais, aos Tribunais Regionais Federais nas eleições federais, estaduais e distritais e ao TSE, no caso de eleição presidencial¹⁹⁴.

A representação por propaganda eleitoral irregular observará o procedimento previsto no artigo 96 da Lei n. 9.504/97¹⁹⁵. Ela poderá ser ajuizada até a data das eleições e, nos casos de propaganda realizada por emissoras de televisão ou rádio, o prazo para ajuizamento da ação será de 48 horas¹⁹⁶.

Via de regra, sua sanção é pecuniária, mas podem ser aplicadas também “a retirada da propaganda, suspensão da programação da emissora, subtração ou perda do tempo destinado à propaganda, busca e apreensão, etc.”¹⁹⁷.

3.3.9 Representação por Pesquisa Eleitoral irregular

A representação por pesquisa eleitoral irregular poderá ser ajuizada nos casos de não observância aos requisitos para registro e divulgação da pesquisa. Ela tem fundamento no artigo 33, § 3º da lei 9.504/97, e no artigo 15 da resolução n. 23.453/2015 do TSE; observará o procedimento do artigo 96 da lei 9.504/97 e deverá ser ajuizada até a data das eleições, sob pena de falta de interesse de agir¹⁹⁸.

¹⁹² COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral**. 10. ed. rev. ampl. Atualizada de acordo com a LC nº 135, de 2010, com a Lei nº 13.165, de 2015, e com o Novo Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105, de 2015). Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 386.

¹⁹³ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público. **Eleições municipais de 2016 - Ações Cíveis Eleitorais**. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/eleitoral/arquivos/cartilha_eleitoral-acoes_civeis_eleitorais.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2019.

¹⁹⁴ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 290.

¹⁹⁵ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 606.

¹⁹⁶ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público. **Eleições municipais de 2016 - Ações Cíveis Eleitorais**. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/eleitoral/arquivos/cartilha_eleitoral-acoes_civeis_eleitorais.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2019.

¹⁹⁷ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público. **Eleições municipais de 2016 - Ações Cíveis Eleitorais**. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/eleitoral/arquivos/cartilha_eleitoral-acoes_civeis_eleitorais.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2019.

¹⁹⁸ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público. **Eleições municipais de 2016 - Ações Cíveis Eleitorais**. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/eleitoral/arquivos/cartilha_eleitoral-acoes_civeis_eleitorais.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2019.

3.3.10 Representação por doação acima do limite legal

Não existe campanha eleitoral sem recursos financeiros. Estes podem ser provenientes de recursos dos partidos, doações de pessoas físicas ou recursos próprios¹⁹⁹.

O art. 23 da lei n. 9.504/97 prevê as regras legais para as doações por pessoas físicas. Nela constam a forma como deverá ser feita a doação, o percentual permitido, como calculá-lo, o que não pode ser doado e a sanção ao excesso do que é legalmente permitido, o que, somado ao art. 96 da lei das eleições, é o fundamento para a representação por doação acima do limite legal²⁰⁰.

A referida representação poderá ser ajuizada pelos partidos políticos ou coligações, pelos candidatos e pelos representantes do MPE até o final do exercício financeiro do ano seguinte ao da eleição em que ocorreu a doação em excesso²⁰¹, e seguirá o rito previsto no artigo 22 da lei complementar 64/90²⁰².

Esta ação eleitoral punirá somente o doador, e a sanção utilizada é a pena de multa²⁰³.

3.3.11 Representação por Direito de Resposta

A representação por direito de resposta está prevista no art. 58 da lei n. 9.504/97. Ela poderá ser ajuizada pelo candidato, partido político ou coligação que for atingido, ainda que indiretamente, “por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social”²⁰⁴.

O prazo para exercício de direito de resposta é contado da veiculação da ofensa até:

- 24 horas, quando se tratar de horário eleitoral gratuito;

¹⁹⁹ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 611.

²⁰⁰ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 611.

²⁰¹ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 614.

²⁰² ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público. **Eleições municipais de 2016 - Ações Cíveis Eleitorais**. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/eleitoral/arquivos/cartilha_eleitoral-acoes_civeis_eleitorais.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2019.

²⁰³ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 614.

²⁰⁴ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público. **Eleições municipais de 2016 - Ações Cíveis Eleitorais**. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/eleitoral/arquivos/cartilha_eleitoral-acoes_civeis_eleitorais.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2019.

- 48 horas, quando se tratar de programação normal nas emissoras de rádio e televisão;
- 72 horas, quando se tratar da imprensa escrita;
- a qualquer tempo, quando se tratar de conteúdo que esteja sendo divulgado na *internet*, ou em 72 horas, após sua retirada²⁰⁵.

Por fim, ela seguirá o procedimento previsto no art. 58, § 3º da Lei nº 9.504/97²⁰⁶.

3.4 A anulação de votos e suas consequências

Existem regras sobre os procedimentos que os servidores precisam adotar para evitar descrença sobre o resultado das urnas. Além disso, é de suma importância saber quando os votos podem ser computados e quando não serão considerados válidos²⁰⁷.

O art. 220 do Código Eleitoral dispõe em quais hipóteses a votação será considerada nula:

Art. 220. É nula a votação:

- I - quando feita perante mesa não nomeada pelo juiz eleitoral, ou constituída com ofensa à letra da lei;
- II - quando efetuada em folhas de votação falsas;
- III - quando realizada em dia, hora, ou local diferentes do designado ou encerrada antes das 17 horas;
- IV - quando preterida formalidade essencial do sigilo dos sufrágios.
- V - quando a seção eleitoral tiver sido localizada com infração do disposto nos §§ 4º e 5º do art. 135.

Parágrafo único. A nulidade será pronunciada quando o órgão apurador conhecer do ato ou dos seus efeitos e o encontrar provada, não lhe sendo lícito supri-la, ainda que haja consenso das partes.

Demonstrada a nulidade, ela deverá ser pronunciada pelo órgão competente, “fulminando-se o ato inquinado, que é retirado do mundo jurídico”.

Como bem descreve o parágrafo único do artigo retro citado, nem mesmo será lícito supri-la ainda que haja consenso das partes. O efeito da declaração de nulidade é *ex tunc*, ou seja, retroage à data de realização do ato²⁰⁸.

Por sua vez, será anulável a votação nas hipóteses previstas pelo art. 221 do Código Eleitoral:

Art. 221. É anulável a votação:

- I - quando houver extravio de documento reputado essencial;

²⁰⁵ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público. **Eleições municipais de 2016 - Ações Cíveis Eleitorais**. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/eleitoral/arquivos/cartilha_eleitoral-acoes_civeis_eleitorais.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2019.

²⁰⁶ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público. **Eleições municipais de 2016 - Ações Cíveis Eleitorais**. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/eleitoral/arquivos/cartilha_eleitoral-acoes_civeis_eleitorais.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2019.

²⁰⁷ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 359.

²⁰⁸ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 684.

II - quando for negado ou sofrer restrição o direito de fiscalizar, e o fato constar da ata ou de protesto interposto, por escrito, no momento:

III - quando votar, sem as cautelas do Art. 147, § 2º.

a) eleitor excluído por sentença não cumprida por ocasião da remessa das folhas individuais de votação à mesa, desde que haja oportuna reclamação de partido;

b) eleitor de outra seção, salvo a hipótese do Art. 145;

c) alguém com falsa identidade em lugar do eleitor chamado.

A anulabilidade deverá ser arguida pela parte interessada no seu reconhecimento pelos prazos e veículos processuais adequados. Caso contrário, não poderá mais ser discutida. Além disso, ela não poderá ser reconhecida de ofício pelo órgão judicial²⁰⁹.

Pronunciada, a anulabilidade gera efeitos *ex nunc*, ou seja, a partir do ato que a afirmou, fazendo com que os atos relacionados ao invalidado sejam igualmente atingidos. Por exemplo, caso uma votação venha a ser anulada, “por consequência, não mais subsistirão nem a diplomação nem os mandatos dos eleitos; apesar disso, os atos praticados pelo Chefe do Executivo e seu vice no período anterior à anulação são válidos e eficazes”²¹⁰.

Outra hipótese de anulação da votação é a prevista no art. 222 do Código Eleitoral: “Art. 222. É também anulável a votação, quando viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o Art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei”²¹¹.

Sob este aspecto, entende-se que, caso a vontade do eleitor tenha sido viciada, o seu voto não poderá ser considerado válido. As ações pelas quais se dará o reconhecimento do referido vício são: Investigação Judicial Eleitoral; Representação por Captação Ilícita de Sufrágio e a AIME²¹².

Em razão de inexistir expressa autorização legal, neste caso, não há discussão sobre a possibilidade de aproveitamento do voto para o partido ou coligação²¹³.

O Código Eleitoral também regulamenta, nos arts. 175, § 1º, 2º e 3º, 219 e 224, as hipóteses em que os votos serão considerados nulos²¹⁴.

As hipóteses previstas pelo Código Eleitoral não possuem muita aplicação nos

²⁰⁹ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 693.

²¹⁰ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 693-694.

²¹¹ BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acesso em: 18 ago. 2019.

²¹² JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 364.

²¹³ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 364.

²¹⁴ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 359.

dias de hoje, tendo em vista o advento da urna eletrônica²¹⁵. Por isso, analisam-se os casos em que, “apesar do voto ser manifestado nas urnas sem qualquer mácula, não poderá ser computado”²¹⁶.

Um exemplo disso é o que dispõe o art. 175, § 3º do Código Eleitoral: “§ 3º Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados”²¹⁷. Nesse caso, ainda que tenha recebido votos dos eleitores sem qualquer mácula, eles somente serão reputados válidos caso, ao final do processo de registro, for reconhecido o preenchimento dos requisitos necessários para o seu deferimento²¹⁸.

Com a criação do § 4º no artigo 175 do Código Eleitoral, os votos que seriam considerados nulos aos candidatos inelegíveis ou com o registro cancelado poderiam ser aproveitados para os partidos ou coligações quando a decisão de indeferimento do registro fosse prolatada após as eleições, nos casos de eleições submetidas ao sistema proporcional²¹⁹.

Por sua vez, com a chegada do art. 16-A da lei n. 9.504/97, o candidato cujo registro estiver *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha, mantendo inclusive seu nome na urna, fazendo com que a validade dos votos a ele atribuídos esteja condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior²²⁰.

Todavia, o seu parágrafo único assim dispõe: “Parágrafo único. O cômputo, para o respectivo partido ou coligação, dos votos atribuídos ao candidato cujo registro esteja *sub judice* no dia da eleição fica condicionado ao deferimento do registro do candidato”²²¹.

Com a disposição do parágrafo único, a única hipótese de aproveitamento dos votos para o partido ou coligação passou a ser aquela em que o registro fosse deferido antes das eleições com decisão transitada em julgado²²².

²¹⁵ “Tendo em vista a consolidação do sistema de votação eletrônica e o avanço tecnológico que se experimenta nos dias atuais, torna-se cada vez mais raro o uso de cédula para votar. Tal ocorre apenas em casos excepcionais, quando a urna apresentar defeito insanável ou de difícil reparação no momento da votação e não puder ser substituída por outra, a chamada urna de emergência”. GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 688.

²¹⁶ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 359.

²¹⁷ BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acesso em: 18 ago. 2019.

²¹⁸ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 360.

²¹⁹ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 360.

²²⁰ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 360.

²²¹ BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 28 ago. 2019.

²²² JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 361.

3.5 As eleições suplementares: terceiro turno das eleições?

De acordo com Flávio Cheim Jorge, Ludgero Liberato e Marcelo Abelha Rodrigues, “eleição suplementar é o nome dado à renovação da eleição ocorrida em razão da anulação de eleição anterior”. Ou seja, para todos os efeitos, é um novo pleito. Ressalta-se que o candidato que deu causa à anulação não poderá participar da eleição suplementar²²³.

Ademais, também nos casos em que decisão da Justiça Eleitoral indeferir o registro, “a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário, independentemente do número de votos anulados”, realizar-se-ão eleições suplementares²²⁴.

Levando em consideração que as despesas da eleição suplementar ficarão a cargo da Justiça Eleitoral e o cargo de chefe do executivo será ocupado de modo precário pelo presidente do poder legislativo, tem-se como possível a realização de um processo eleitoral relativamente mais curto:

[...] com redução de prazos relacionados à propaganda eleitoral, às convenções e desincompatibilização, desde que não sejam mitigados prazos processuais relacionados às garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal²²⁵.

O acréscimo do § 4º ao art. 224 do Código Eleitoral passou a dispor que as eleições suplementares serão indiretas se a vacância do cargo ocorrer a menos de seis meses do final do mandato e direta nos demais casos²²⁶. No entanto, em se tratando da vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente, aplica-se ao disposto no art. 81, *caput*, e § 1º da CRFB/1988²²⁷:

Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga.
 § 1º Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei.
 § 2º Em qualquer dos casos, os eleitos deverão completar o período de seus antecessores²²⁸.

²²³ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 367-368.

²²⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Eleições suplementares**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-suplementares>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

²²⁵ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 368.

²²⁶ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 369.

²²⁷ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 951.

²²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

Além disso, o § 4º ao art. 224 do Código Eleitoral também não poderá ser aplicado aos estados-membros e municípios, pois eles têm competência para legislar sobre o tema. A norma somente será aplicada nos casos em que houver omissão do ente federado, de modo subsidiário²²⁹.

3.6 Análise de acórdãos do tribunal regional eleitoral de Santa Catarina sobre a cassação de mandatos de prefeito

A Justiça Eleitoral não possui dados acerca do número de recursos eleitorais ajuizados contra decisões proferidas nas Zonas Eleitorais em ações cujo objeto fosse cassar mandatos, registros ou diplomas nas eleições municipais. Nem mesmo a base de dados do TSE dispõe desses números, nem para acesso por meio de seus *sites*, nem tem meios de apurá-los, conforme resposta às consultas empreendidas neste sentido.

No entanto, em pesquisa efetuada informalmente junto ao *site* do TRE Catarinense, utilizando-se como critério de busca indexadores como “cassação”, “registro”, “diploma”, constatou-se que, no ano de 2016 (última eleição municipal) e 2017, aproximadamente 220 (duzentos e vinte) recursos ingressaram no tribunal catarinense tendo como objetivo a reforma da sentença que cassou o registro, mandato ou o diploma dos candidatos ao pleito municipal. Trata-se aqui de informação meramente elucidativa, sem pautar-se em dados oficiais porque, como dito, o tribunal não dispõe dessas informações.

Ou seja, ainda que meramente informativa, constata-se que é grande o número de recursos em ações eleitorais que são aforados pelos atores envolvidos no processo de competição política. Os perdedores no campo eleitoral parecem acreditar que a justiça eleitoral pode reverter os resultados que lhes são desfavoráveis.

Já no tocante às cassações que efetivamente ocasionaram a realização de eleições suplementares, o TRESA dispõe, em seu *site*, a relação de municípios onde os eleitores tiveram de comparecer novamente às urnas a fim de eleger um novo representante que não aquele que obteve a maioria dos votos²³⁰.

Nesta seção, o objetivo central é analisar-se a parte empírica tão somente dos dados oficiais disponibilizados pelo TRESA, trazendo assim os casos de cassações de

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 ago. 2019.

²²⁹ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 369.

²³⁰ Fonte: Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/eleicoes/eleicoes-suplementares-1>>. Acesso em: 28 set. 2019.

prefeitos no Estado de Santa Catarina cujos atos praticados culminaram na realização de novas eleições. Com isso, procurou-se analisar os motivos pelos quais os atores políticos tiveram seus mandatos cassados e quais os percentuais de votação que obtiveram. A escolha dos casos a seguir deu-se justamente com o objetivo de verificar em quais situações o tribunal catarinense tem confirmado as sentenças de primeira instância (também ratificadas pelo TSE).

O primeiro caso a seguir descrito não teve a sentença de primeiro grau confirmada pelo egrégio tribunal catarinense, mas foi o que despertou nessa acadêmica a inquietação e a vontade de compreender como uma decisão judicial pode, por vezes, ocasionar um desprestígio da vontade popular manifestada nas urnas. Trata-se de caso ocorrido na cidade onde esta acadêmica reside, cujo processo tramitou perante o juízo eleitoral onde a mesma trabalha.

Em 2008, nas eleições municipais de Rio do Sul, os candidatos Milton Hobus e Garibaldi Antônio Ayroso tiveram seus registros cassados, mesmo com 84% dos votos válidos. Hobus foi “acusado de infringir o artigo 77 da Lei 9.504/1997, por supostamente ter participado de forma ativa de uma inauguração de obra pública enquanto candidato à reeleição e ter usado o evento para pedir votos”²³¹. A seguir, é possível constatar o resultado das eleições do município de Rio do Sul e o número de votos válidos recebidos por Milton Hobus:



Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina
Eleições 2008 - ELEIÇÕES MUNICIPAIS 2008 - 1º TURNO
Resultado Municipal
Cargo: Prefeito
Município: RIO DO SUL

Nº	Candidato	Partido / Coligação	Votação	% Válidos	Situação
25	MILTON HOBUS Vice-Prefeito: GARIBA	DEM - DEM / PMDB / PPS / PSC / PSDB / PTB	29.439	100,00%	Eleito
	Votos Nulos		8.577	22,08% (do comparecimento)	
	Votos Brancos		821	2,11% (do comparecimento)	
	Total apurado		38.837		
	Eleitorado		44.280		
	Abstenção		5.443	12,29 %	

Legenda:

PSC - Partido Social Cristão
DEM - Democratas
PPS - Partido Popular Socialista
PMDB - Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PTB - Partido Trabalhista Brasileiro
PSDB - Partido da Social Democracia Brasileira

²³¹ TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SANTA CATARINA. **TRESC retira a cassação do prefeito eleito de Rio do Sul, que não terá nova eleição**. Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/imprensa/arquivo-de-noticias>>. Acesso em: 31 ago. 2019.

Quadro 1 - Eleições Municipais 2008 - Rio do Sul

Fonte: Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina²³².

Em suma, a sentença proferida em primeiro grau julgou procedente a investigação judicial eleitoral n. 150, por infringência do artigo 77 da lei n. 9.504/1997, a qual cassou os registros dos candidatos Milton Hobus e Garibaldi Antônio Ayroso; declarou nulos os votos recebidos e determinou a realização de uma nova eleição. Ambos interpuseram recursos contra a referida decisão²³³.

O caso chamou à atenção na época, tendo sido alvo de notícias em todo o estado, conforme notícia que segue:

Prefeito reeleito de Rio do Sul recorre contra cassação de registro de candidatura

Milton Hobus (DEM) deve apresentar recurso nesta quinta-feira
16/10/2008 - 02h35

Por Redação NSC

A equipe do prefeito reeleito de Rio do Sul, Milton Hobus (DEM), deve apresentar nesta quinta-feira à Justiça recurso contra a decisão do juiz Manuel Cardoso Green, que cassou o registro de sua candidatura.

Na quarta-feira, o juiz se manifestou sobre o caso. Disse que cumpriu a legislação depois de avaliar o processo durante uma semana. Green defendeu a transparência com a qual conduziu o caso.

Um dia depois de receber apoio de militantes, Hobus contou com a solidariedade do senador democrata Raimundo Colombo.

- Estamos conversando com as pessoas, tranquilizando-as, porque temos a segurança jurídica dada pelos advogados do partido, em Florianópolis e em Brasília. Temos certeza de que o processo será revertido já no TRE - espera Colombo.

- Estou mais tranquilo. As informações dos juristas são positivas, com garantias de reversão da sentença - comentou Hobus.

Segundo o advogado da coligação Confiança no Amanhã, Walter Seyfferth, o recurso contra a cassação de Hobus será protocolado nesta quinta-feira no cartório da 26ª Zona Eleitoral de Rio do Sul. O recurso

²³² TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SANTA CATARINA. **Resultado Cargo Geral Localidade.** Disponível em: <http://apps.tre-sc.jus.br/she/pages/consulta/resultado_cargo_gera_localidade.jsf>. Acesso em: 31 ago. 2019.

²³³ SANTA CATARINA. Tribunal Regional Eleitoral. Acórdão 23267. **Recursos Eleitorais n. 1284 e 1333.** RECURSO - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL CONDUTA VEDADA - ART. 77 DA LEI N. 9.504/1997 - SENTENÇA QUE CASSOU OS REGISTROS DE CANDIDATURA DOS CANDIDATOS A PREFEITO E VICE-PREFEITO PELA PARTICIPAÇÃO DO PRIMEIRO EM INAUGURAÇÃO DE OBRA PÚBLICA - AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA E INCONTROVERSA E DE POTENCIALIDADE DA CONDUTA PARA AFETAR O RESULTADO DO PLEITO - PROVIMENTO. - RECURSO - SENTENÇA QUE EXTINGUIU, POR PERDA DE OBJETO, AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL EM VIRTUDE DO JULGAMENTO, NA MESMA DATA, DE AÇÃO CONEXA AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DO AUTOR DA SEGUNDA AÇÃO QUE NÃO SE RECONHECE ENQUANTO NÃO TRANSITADA EM JULGADO A DECISÃO QUE APRECIOU O MÉRITO DA PRIMEIRA AÇÃO - RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO, PARA ANULAR A SENTENÇA - PROCESSO PRONTO PARA JULGAMENTO ECONOMIA PROCESSUAL - § 3º DO ART. 515 DO CPC - JULGAMENTO DA LIDE PELO TRIBUNAL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL JULGADA IMPROCEDENTE. Recorrentes: Milton Hobus; Garibaldi Antonio Ayroso e Arnaldo Ferreira. Recorridos: Ministério Público Eleitoral; Milton Hobus e Garibaldi Antonio Ayroso. Relator: Juiz Jorge Antonio Maurique. 12/11/2008. Disponível em: <http://apps.tre-sc.jus.br/e-docsweb/documento/edoc641811/acordao_2008_23267.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2019.

será encaminhado ao Tribunal Regional Eleitoral, em Florianópolis.

- A sentença de cassação está equivocada. O candidato não participou do ato inaugural de que é acusado - defende Seyfferth.

Nova eleição só após julgamento dos recursos

Do outro lado, o advogado da Nova Aliança, Jaime João Pasqualini, conta que as lideranças da coligação foram à Capital, na quarta, para conversar e buscar orientação de juristas. Pasqualini deverá protocolar na sexta-feira recurso contra a decisão de se promover nova eleição na cidade.

O advogado defende a tese de que o segundo colocado no pleito de 5 de outubro, Arnaldo Ferreira (PT), o Xavinho, deve assumir a prefeitura no lugar do candidato cassado.

Enquanto o clima é de ansiedade para as coligações, o assessor do TRE, Elstor Werle, afirma que uma nova eleição só será marcada depois que os recursos estiverem julgados em todas as instâncias. Se não conseguir êxito junto ao TRE, Hobus pode recorrer ainda ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e depois ao Supremo Tribunal Federal (STF). Werle comenta que Hobus pode solicitar uma liminar do TRE, permitindo que assumo o cargo até o julgamento final²³⁴.

Após a análise dos fatos, o TRE deu provimento aos recursos interpostos por Milton Hobus e Garibaldi Antônio Ayroso para reformar a sentença, julgando improcedente a investigação judicial eleitoral n. 150 e afastando a sanção de cassação de registro de candidatura aplicada para ambos os recorrentes²³⁵:

- RECURSO - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL CONDUTA VEDADA - ART. 77 DA LEI N. 9.504/1997 - SENTENÇA QUE CASSOU OS REGISTROS DE CANDIDATURA DOS CANDIDATOS A PREFEITO E VICE-PREFEITO PELA PARTICIPAÇÃO DO PRIMEIRO EM INAUGURAÇÃO DE OBRA PÚBLICA - AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA E INCONTROVERSA E DE POTENCIALIDADE DA CONDUTA PARA AFETAR O RESULTADO DO PLEITO - PROVIMENTO.

- RECURSO - SENTENÇA QUE EXTINGUIU, POR PERDA DE OBJETO, AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL EM

²³⁴ NOTÍCIAS DE SANTA CATARINA. **Prefeito reeleito de Rio do Sul recorre contra cassação de registro de candidatura.** Notícia publicada em: 16/10/2008 - 02h35. Disponível em: <<https://www.nsctotal.com.br/noticias/prefeito-reeleito-de-rio-do-sul-recorre-contracassacao-de-registro-de-candidatura>>. Acesso em: 08 set. 2019.

²³⁵ SANTA CATARINA. Tribunal Regional Eleitoral. Acórdão 23267. **Recursos Eleitorais n. 1284 e 1333.** RECURSO - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL CONDUTA VEDADA - ART. 77 DA LEI N. 9.504/1997 - SENTENÇA QUE CASSOU OS REGISTROS DE CANDIDATURA DOS CANDIDATOS A PREFEITO E VICE-PREFEITO PELA PARTICIPAÇÃO DO PRIMEIRO EM INAUGURAÇÃO DE OBRA PÚBLICA - AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA E INCONTROVERSA E DE POTENCIALIDADE DA CONDUTA PARA AFETAR O RESULTADO DO PLEITO - PROVIMENTO. - RECURSO - SENTENÇA QUE EXTINGUIU, POR PERDA DE OBJETO, AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL EM VIRTUDE DO JULGAMENTO, NA MESMA DATA, DE AÇÃO CONEXA AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DO AUTOR DA SEGUNDA AÇÃO QUE NÃO SE RECONHECE ENQUANTO NÃO TRANSITADA EM JULGADO A DECISÃO QUE APRECIOU O MÉRITO DA PRIMEIRA AÇÃO - RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO, PARA ANULAR A SENTENÇA - PROCESSO PRONTO PARA JULGAMENTO ECONOMIA PROCESSUAL - § 3º DO ART. 515 DO CPC - JULGAMENTO DA LIDE PELO TRIBUNAL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL JULGADA IMPROCEDENTE. Recorrentes: Milton Hobus; Garibaldi Antonio Ayroso e Arnaldo Ferreira. Recorridos: Ministério Público Eleitoral; Milton Hobus e Garibaldi Antonio Ayroso. Relator: Juiz Jorge Antonio Maurique. 12/11/2008. Disponível em: <http://apps.tre-sc.jus.br/e-docsweb/documento/edoc641811/acordao_2008_23267.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2019.

VIRTUDE DO JULGAMENTO, NA MESMA DATA, DE AÇÃO CONEXA AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DO AUTOR DA SEGUNDA AÇÃO QUE NÃO SE RECONHECE ENQUANTO NÃO TRANSITADA EM JULGADO A DECISÃO QUE APRECIOU O MÉRITO DA PRIMEIRA AÇÃO - RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO, PARA ANULAR A SENTENÇA - PROCESSO PRONTO PARA JULGAMENTO ECONOMIA PROCESSUAL - § 3º DO ART. 515 DO CPC - JULGAMENTO DA LIDE PELO TRIBUNAL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL JULGADA IMPROCEDENTE²³⁶.

Conforme notícia da época, Hobus havia sido cassado um dia após a eleição com mais de 80% dos votos válidos:

Na sessão de hoje (12), à unanimidade, os juízes do TRESA reformaram a sentença do Juízo da 26ª Zona que havia cassado, no dia posterior à eleição, o registro de candidatura de Milton Hobus ao cargo de prefeito de Rio do Sul. Hobus teve mais de 80% dos votos válidos no município. A decisão do Pleno retira a possibilidade de haver nova eleição no município de Rio do Sul²³⁷.

Para o relator, juiz Jorge Antônio Maurique:

A estada do prefeito no local em que havia sido inaugurada uma sala de leitura não configurou ato ilícito, uma vez que não há provas de que ele tenha discursado ou participado, sob qualquer forma, da cerimônia, tampouco que tenha pedido votos²³⁸.

Em outras palavras, no caso em questão, viu-se que o candidato a prefeito foi cassado simplesmente porque compareceu a uma obra pública, o que pareceu, aos olhos da população à época, que a decisão judicial eleitoral foi exagerada, culminando em protestos em toda a cidade. Recorda-se esta acadêmica de que a população saiu

²³⁶ SANTA CATARINA. Tribunal Regional Eleitoral. Acórdão 23267. **Recursos Eleitorais n. 1284 e 1333.** RECURSO - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL CONDUTA VEDADA - ART. 77 DA LEI N. 9.504/1997 - SENTENÇA QUE CASSOU OS REGISTROS DE CANDIDATURA DOS CANDIDATOS A PREFEITO E VICE-PREFEITO PELA PARTICIPAÇÃO DO PRIMEIRO EM INAUGURAÇÃO DE OBRA PÚBLICA - AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA E INCONTROVERSA E DE POTENCIALIDADE DA CONDUTA PARA AFETAR O RESULTADO DO PLEITO - PROVIMENTO. - RECURSO - SENTENÇA QUE EXTINGUIU, POR PERDA DE OBJETO, AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL EM VIRTUDE DO JULGAMENTO, NA MESMA DATA, DE AÇÃO CONEXA AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DO AUTOR DA SEGUNDA AÇÃO QUE NÃO SE RECONHECE ENQUANTO NÃO TRANSITADA EM JULGADO A DECISÃO QUE APRECIOU O MÉRITO DA PRIMEIRA AÇÃO - RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO, PARA ANULAR A SENTENÇA - PROCESSO PRONTO PARA JULGAMENTO ECONOMIA PROCESSUAL - § 3º DO ART. 515 DO CPC - JULGAMENTO DA LIDE PELO TRIBUNAL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL JULGADA IMPROCEDENTE. Recorrentes: Milton Hobus; Garibaldi Antonio Ayroso e Arnaldo Ferreira. Recorridos: Ministério Público Eleitoral; Milton Hobus e Garibaldi Antonio Ayroso. Relator: Juiz Jorge Antonio Maurique. 12/11/2008. Disponível em: <http://apps.tre-sc.jus.br/edocsweb/documento/edoc641811/acordao_2008_23267.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2019.

²³⁷ TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SANTA CATARINA. **TRESA retira a cassação do prefeito eleito de Rio do Sul, que não terá nova eleição.** Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/imprensa/arquivo-de-noticias>>. Acesso em: 31 ago. 2019.

²³⁸ TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SANTA CATARINA. **TRESA retira a cassação do prefeito eleito de Rio do Sul, que não terá nova eleição.** Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/imprensa/arquivo-de-noticias>>. Acesso em: 31 ago. 2019.

às ruas e mobilizou-se diante do fórum da cidade com faixas e batendo panelas; após, dirigiu-se à rodovia federal que cruza a cidade fechando-a por alguns minutos.

Passando agora à análise tão somente de casos que culminaram na realização de novas eleições, têm-se as eleições municipais de Ponte Serrada no ano de 2012. Os candidatos a Prefeito e Vice-Prefeito tiveram seus registros de candidaturas impugnados e indeferidos em razão de fato previsto na alínea “g”²³⁹, inciso I do art. 1º da lei complementar 64/90.

Registre-se que, nesse caso, os candidatos prontamente recorreram da decisão que indeferiu os seus registros, motivo pelo qual obtiveram o efeito suspensivo à decisão de primeiro grau e tiveram seus nomes inseridos na urna eletrônica, situação que à época só era possível com a obtenção de medida liminar junto ao Tribunal *ad quem* e que hoje é garantida automaticamente por ocasião da inserção do artigo 16-A²⁴⁰ na Lei das Eleições (9.504/97).

Para o candidato a prefeito, Clodemar João Christianetti Ferreira, já havia o Parecer prévio do Tribunal de Contas do Estado (PCP – 04/01374220) e o julgamento do Tribunal de Contas da União (TC-012.073/2008-5). Implicitamente, o acórdão do TCU admitiu a irregularidade em relação à comprovação da entrega dos gêneros alimentícios, tendo em vista que Clodemar, durante o exercício do cargo de Prefeito, não comprovou a destinação dada aos recursos públicos federais, os quais seriam destinados à compra de alimentos para merenda escolar na quantia de R\$ 22.715,75²⁴¹.

²³⁹ Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição. BRASIL. **Lei complementar nº 64, de 18 de maio de 1990**. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp64.htm>. Acesso em: 07 set. 2019.

²⁴⁰ 16-A. O candidato cujo registro esteja sub judice poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009). BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 28 ago. 2019.

²⁴¹ SANTA CATARINA. Tribunal Regional Eleitoral. Acórdão 27460. **Recursos Eleitorais n. 65-08.2012.6.24.0063**. ELEIÇÕES 2012 – RECURSO – REGISTRO DE CANDIDATURA – PREFEITO – INDEFERIMENTO – DECISÕES DE REJEIÇÃO IRRECORRÍVEIS DA CÂMARA DE VEREADORES E DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (LEI COMPLEMENTAR N. 64/1990, ART. 1º, I, “G”) – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA ENTREGA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS ADQUIRIDOS E PAGOS PELO MUNICÍPIO COM RECURSOS DO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (PNAE) – ILICITUDE ADMINISTRATIVA CONTENDO ELEMENTOS CONFIGURADORES DO ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INCIDÊNCIA DA HIPÓTESE DE INELEGIBILIDADE – MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE REGISTRO – DESPROVIMENTO. Recorrente: Clodemar João Christianetti Ferreira. Recorridos: Antoninho Rossi; Alceu Alberto Wrubel e Ministério Público Eleitoral. Relator: Juiz Julio

O candidato a Prefeito interpôs recurso contra a decisão preferida pelo Tribunal de Contas da União por conta de omissão em demonstrar boa e regular aplicação de verbas recebidas do erário, o que configura ato doloso de improbidade administrativa e causa de inelegibilidade²⁴².

Ao final, o Tribunal levou em consideração que a prestação de contas do recorrente já havia sido rejeitada por irregularidade apurada durante o exercício de função pública, por decisão prolatada por órgão competente para julgar as contas, e que o ato de irregularidade cometido é considerado insanável e doloso de improbidade administrativa. Com efeito, por maioria de votos, o TRESA manteve a decisão que indeferiu o registro de candidatura do recorrente ao cargo de prefeito de Ponte Serrada²⁴³.

Em 2016, para as eleições municipais de São Joaquim, foi proferida sentença pelo Juiz de primeiro grau que julgou parcialmente procedente a impugnação oferecida pela Coligação Renovação e Mudança (PSD-PP-PMDB-PT), a qual indeferiu o registro da chapa majoritária formada por Serginho Rodrigues e Priscila Dias, reconhecendo a elegibilidade de Serginho para concorrer ao cargo de Prefeito e declarando a inelegibilidade de Priscila para o cargo de Vice-prefeito, em razão de conviver em união estável com o Chefe do Poder Executivo e este não ter se afastado do cargo seis meses

Schattschneider. 13/09/2012. Recorridos: Antoninho Rossi; Alceu Alberto Wrubel e Ministério Público Eleitoral. Relator: Juiz Julio Schattschneider, 13/09/2012. Disponível em: <http://apps.tre-sc.jus.br/edocsweb/documento/edoc322653/acordao_2012_27460.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2019.

²⁴² SANTA CATARINA. Tribunal Regional Eleitoral. Acórdão 27460. **Recursos Eleitorais n. 65-08.2012.6.24.0063.** ELEIÇÕES 2012 – RECURSO – REGISTRO DE CANDIDATURA – PREFEITO – INDEFERIMENTO – DECISÕES DE REJEIÇÃO IRRECORRÍVEIS DA CÂMARA DE VEREADORES E DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (LEI COMPLEMENTAR N. 64/1990, ART. 1º, I, “G”) – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA ENTREGA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS ADQUIRIDOS E PAGOS PELO MUNICÍPIO COM RECURSOS DO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (PNAE) – ILICITUDE ADMINISTRATIVA CONTENDO ELEMENTOS CONFIGURADORES DO ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INCIDÊNCIA DA HIPÓTESE DE INELEGIBILIDADE – MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE REGISTRO – DESPROVIMENTO. Recorrente: Clodemar João Christianetti Ferreira. Recorridos: Antoninho Rossi; Alceu Alberto Wrubel e Ministério Público Eleitoral. Relator: Juiz Julio Schattschneider. 13/09/2012. Recorridos: Antoninho Rossi; Alceu Alberto Wrubel e Ministério Público Eleitoral. Relator: Juiz Julio Schattschneider. 13/09/2012. Disponível em: <http://apps.tre-sc.jus.br/edocsweb/documento/edoc322653/acordao_2012_27460.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2019.

²⁴³ SANTA CATARINA. Tribunal Regional Eleitoral. Acórdão 27460. **Recursos Eleitorais n. 65-08.2012.6.24.0063.** ELEIÇÕES 2012 – RECURSO – REGISTRO DE CANDIDATURA – PREFEITO – INDEFERIMENTO – DECISÕES DE REJEIÇÃO IRRECORRÍVEIS DA CÂMARA DE VEREADORES E DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (LEI COMPLEMENTAR N. 64/1990, ART. 1º, I, “G”) – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA ENTREGA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS ADQUIRIDOS E PAGOS PELO MUNICÍPIO COM RECURSOS DO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (PNAE) – ILICITUDE ADMINISTRATIVA CONTENDO ELEMENTOS CONFIGURADORES DO ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INCIDÊNCIA DA HIPÓTESE DE INELEGIBILIDADE – MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE REGISTRO – DESPROVIMENTO. Recorrente: Clodemar João Christianetti Ferreira. Recorridos: Antoninho Rossi; Alceu Alberto Wrubel e Ministério Público Eleitoral. Relator: Juiz Julio Schattschneider. 13/09/2012. Disponível em: <http://apps.tre-sc.jus.br/edocsweb/documento/edoc322653/acordao_2012_27460.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2019.

antes da eleição²⁴⁴.

A decisão ainda consignou não haver mais tempo hábil para a substituição da candidata declarada inelegível e, considerando o indeferimento do pedido de candidatura de um dos postulantes, a consequência foi o indeferimento integral da chapa, mesmo que o outro candidato ainda fosse considerado elegível²⁴⁵.

Serginho, em seu recurso, defendeu que a inelegibilidade de Priscila não atinge o prefeito eleito, requerendo o deferimento de seu registro de candidatura e promovendo-se a diplomação e posse. Por sua vez, Priscila requereu que o Tribunal enfrentasse a jurisprudência citada em seu recurso e que deferisse seu registro de candidatura²⁴⁶.

Em segundo grau, os juízes do TRESAC acordaram em conhecer os recursos e a eles negar provimento. Com efeito e em razão da impossibilidade de substituição da candidata declarada inelegível, a chapa majoritária formada por Serginho Rodrigues e Priscila Dias foi indeferida, tendo em vista que não há como deferir a candidatura isoladamente do candidato a prefeito, ainda que elegível. Com o trânsito em julgado, foram determinadas novas eleições no município²⁴⁷.

Em 2012, nas eleições municipais de Benedito Novo, Laurino Dalke interpôs

²⁴⁴ SANTA CATARINA. Tribunal Regional Eleitoral. Recurso Eleitoral n. **237-16.2106.6.24.0028**. VICE-PREFEITO QUE SUBSTITUI O TITULAR NOS SEIS MESES ANTERIORES À ELEIÇÃO - INELEGIBILIDADE CONSTITUCIONAL - EXCEÇÃO - CANDIDATO À REELEIÇÃO - POSSIBILIDADE PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO - ART. 14, § 7º DA CF - DEFERIMENTO DO REGISTRO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DESPROVIMENTO. Recorrentes: Coligação Renovação e Mudança (PSD-PP-PMDB-PT); Priscila Dias; Serginho Rodrigues de Oliveira. Recorridos: Serginho Rodrigues de Oliveira; Coligação Renovação e Mudança (PSD-PP-PMDB-PT); Ministério Público Eleitoral. Relator: Juiz Hélio David Vieira Figueira dos Santos. 10/10/2016.

²⁴⁵ SANTA CATARINA. Tribunal Regional Eleitoral. Recurso Eleitoral n. **237-16.2106.6.24.0028**. VICE-PREFEITO QUE SUBSTITUI O TITULAR NOS SEIS MESES ANTERIORES À ELEIÇÃO - INELEGIBILIDADE CONSTITUCIONAL - EXCEÇÃO - CANDIDATO À REELEIÇÃO - POSSIBILIDADE PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO - ART. 14, § 7º DA CF - DEFERIMENTO DO REGISTRO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DESPROVIMENTO. Recorrentes: Coligação Renovação e Mudança (PSD-PP-PMDB-PT); Priscila Dias; Serginho Rodrigues de Oliveira. Recorridos: Serginho Rodrigues de Oliveira; Coligação Renovação e Mudança (PSD-PP-PMDB-PT); Ministério Público Eleitoral. Relator: Juiz Hélio David Vieira Figueira dos Santos. 10/10/2016.

²⁴⁶ SANTA CATARINA. Tribunal Regional Eleitoral. Recurso Eleitoral n. **237-16.2106.6.24.0028**. VICE-PREFEITO QUE SUBSTITUI O TITULAR NOS SEIS MESES ANTERIORES À ELEIÇÃO - INELEGIBILIDADE CONSTITUCIONAL - EXCEÇÃO - CANDIDATO À REELEIÇÃO - POSSIBILIDADE PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO - ART. 14, § 7º DA CF - DEFERIMENTO DO REGISTRO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DESPROVIMENTO. Recorrentes: Coligação Renovação e Mudança (PSD-PP-PMDB-PT); Priscila Dias; Serginho Rodrigues de Oliveira. Recorridos: Serginho Rodrigues de Oliveira; Coligação Renovação e Mudança (PSD-PP-PMDB-PT); Ministério Público Eleitoral. Relator: Juiz Hélio David Vieira Figueira dos Santos. 10/10/2016.

²⁴⁷ SANTA CATARINA. Tribunal Regional Eleitoral. Recurso Eleitoral n. **237-16.2106.6.24.0028**. VICE-PREFEITO QUE SUBSTITUI O TITULAR NOS SEIS MESES ANTERIORES À ELEIÇÃO - INELEGIBILIDADE CONSTITUCIONAL - EXCEÇÃO - CANDIDATO À REELEIÇÃO - POSSIBILIDADE PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO - ART. 14, § 7º DA CF - DEFERIMENTO DO REGISTRO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DESPROVIMENTO. Recorrentes: Coligação Renovação e Mudança (PSD-PP-PMDB-PT); Priscila Dias; Serginho Rodrigues de Oliveira. Recorridos: Serginho Rodrigues de Oliveira; Coligação Renovação e Mudança (PSD-PP-PMDB-PT); Ministério Público Eleitoral. Relator: Juiz Hélio David Vieira Figueira dos Santos. 10/10/2016.

recurso contra a decisão que indeferiu o registro de sua candidatura ao cargo de prefeito do Município de Benedito Novo em razão de causa de inelegibilidade prevista no artigo 1º, I, "e", 3²⁴⁸, da lei complementar n. 64/1990²⁴⁹. Em suma, o recorrente aduziu:

a) a ausência de capacidade postulatória da recorrida para ajuizar a impugnação; b) "a ilegitimidade ativa da recorrida, porquanto "o signatário não comprova estar no exercício da direção partidária"; e c) "a inépcia da inicial", porque "o único documento juntado não se presta a produzir a prova pretendida". No mérito, alega em síntese: a) "que não basta que a condenação do candidato por um dos crimes elencados no art. 1o, inciso I, letra 'e', da LC 64/90 tenha transitado em julgado ou sido proferida por órgão colegiado, necessário também que referido ato tenha confrontado o art. 14, § 9º, da CF"] b) " que foi condenado por crime ambiental ao pagamento de pena pecuniária, substituição penal autorizada pela vida pregressa do candidato, pelo que indaga "como pode agora essa mesma vida pregressa retirar-lhe a capacidade de concorrer à eleição?"] c) "**a pena a que submetido** o impugnado é menor do que o limite estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo"] e d) a "necessidade de aplicação do princípio de proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da Lei da Ficha Limpa". Requereu a apreciação das preliminares suscitadas para extinção do processo e, no mérito, o deferimento do registro da candidatura (fls. 85-112)²⁵⁰.

²⁴⁸ Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: (...) e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: (...) 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; BRASIL. **Lei complementar nº 64, de 18 de maio de 1990**. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp64.htm>. Acesso em: 07 set. 2019.

²⁴⁹ SANTA CATARINA. Tribunal Regional Eleitoral. Acórdão 26900. **Recurso Eleitoral n. 159-49.2012.6.24.0032**. ELEIÇÕES 2012 - RECURSO - INDEFERIMENTO DO REGISTRO DE CANDIDATURA - PREFEITO - PRELIMINARES REJEITADAS AUSÊNCIA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA - ILEGITIMIDADE ATIVA - INÉPCIA DA INICIAL - CONDENAÇÃO POR CRIME AMBIENTAL (LEI N. 9.058/1998, ART. 54, § 2º) - DECISÃO PROFERIDA POR ÓRGÃO COLEGIADO - INELEGIBILIDADE CONFIGURADA (LEI COMPLEMENTAR N. 64/1990, ART. 1º, INCISO I, ALÍNEA "E", 3) - NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO - LEI N. 9.099/1995, ART. 61 - INADEQUAÇÃO À EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 1º, § 4º, DA LEI COMPLEMENTAR N. 64/1990 - HIPÓTESE DE INELEGIBILIDADE QUE SIGNIFICA OFENSA AO PRECEITO DE MORALIDADE - AUSÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA DESPROVIMENTO. Recorrente: Laurino Dalke. Recorridos: Partido Progressista (PP) de Benedito Novo. Relator: Juiz Eládio Torret Rocha. 20/08/2012. Disponível em: <http://apps.tre-sc.jus.br/e-docsweb/documento/edoc316548/acordao_2012_26900.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2019.

²⁵⁰ SANTA CATARINA. Tribunal Regional Eleitoral. Acórdão 26900. **Recurso Eleitoral n. 159-49.2012.6.24.0032**. ELEIÇÕES 2012 - RECURSO - INDEFERIMENTO DO REGISTRO DE CANDIDATURA - PREFEITO - PRELIMINARES REJEITADAS AUSÊNCIA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA - ILEGITIMIDADE ATIVA - INÉPCIA DA INICIAL - CONDENAÇÃO POR CRIME AMBIENTAL (LEI N. 9.058/1998, ART. 54, § 2º) - DECISÃO PROFERIDA POR ÓRGÃO COLEGIADO - INELEGIBILIDADE CONFIGURADA (LEI COMPLEMENTAR N. 64/1990, ART. 1º, INCISO I, ALÍNEA "E", 3) - NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO - LEI N. 9.099/1995, ART. 61 - INADEQUAÇÃO À EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 1º, § 4º, DA LEI COMPLEMENTAR N. 64/1990 - HIPÓTESE DE INELEGIBILIDADE QUE SIGNIFICA OFENSA AO PRECEITO DE MORALIDADE - AUSÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA DESPROVIMENTO. Recorrente: Laurino Dalke. Recorridos: Partido Progressista (PP) de Benedito Novo. Relator: Juiz Eládio Torret Rocha. 20/08/2012. Disponível em: <http://apps.tre-sc.jus.br/e-docsweb/documento/edoc316548/acordao_2012_26900.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2019.

As preliminares arguidas pelo recorrente foram rejeitadas. No mérito, o Tribunal descreveu que a prática delituosa cometida pelo recorrente foi a tipificada no art. 54, § 2º, V²⁵¹ da Lei n. 9.605/1998, a qual dispõe sobre condutas lesivas ao meio ambiente e em que pese o processo criminal não ter transitado em julgado – diante de recurso especial pendente de julgamento -, em 21/07/2009 o Tribunal de Justiça de Santa Catarina manteve a sentença condenatória em desfavor do recorrente. Dessa forma, não seria possível negar que o recorrente teria contra si decisão condenatória por crime ambiental, a qual impede seu registro de candidatura. Por esta razão, os Juízes do TRESPC conheceram, mas negaram provimento ao recurso interposto, mantendo a sentença nos seus termos²⁵².

Em 2012, nas eleições municipais de José Boiteux, José Luiz Lopes e Adair Antônio Stollmer interuseram recurso contra a sentença que julgou procedente a investigação judicial em razão da “prática de captação ilícita de sufrágio e abuso do poder econômico, decorrente da entrega de bens a eleitores em troca de votos - televisão, combustível e 400 (quatrocentas) cestas básicas”, prevista no art. 41-A da Lei n. 9.504/1997. A sentença condenou os recorrentes à pena de multa, cassou seus mandatos e declarou-os inelegíveis por três anos, determinando novas eleições no município²⁵³.

Os recorrentes, em sua defesa, alegaram:

²⁵¹ Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: § 2º Se o crime: (...) V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos (...). BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 08 set. 2019.

²⁵² SANTA CATARINA. Tribunal Regional Eleitoral. Acórdão 26900. **Recurso Eleitoral n. 159-49.2012.6.24.0032**. ELEIÇÕES 2012 - RECURSO - INDEFERIMENTO DO REGISTRO DE CANDIDATURA - PREFEITO - PRELIMINARES REJEITADAS AUSÊNCIA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA - ILEGITIMIDADE ATIVA - INÉPCIA DA INICIAL - CONDENAÇÃO POR CRIME AMBIENTAL (LEI N. 9.058/1998, ART. 54, § 2º) - DECISÃO PROFERIDA POR ÓRGÃO COLEGIADO - INELEGIBILIDADE CONFIGURADA (LEI COMPLEMENTAR N. 64/1990, ART. 1º, INCISO I, ALÍNEA "E", 3) - NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO - LEI N. 9.099/1995, ART. 61 - INADEQUAÇÃO À EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 1º, § 4º, DA LEI COMPLEMENTAR N. 64/1990 - HIPÓTESE DE INELEGIBILIDADE QUE SIGNIFICA OFENSA AO PRECEITO DE MORALIDADE - AUSÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA DESPROVIMENTO. Recorrente: Laurino Dalke. Recorridos: Partido Progressista (PP) de Benedito Novo. Relator: Juiz Eládio Torret Rocha. 20/08/2012. Disponível em: <http://apps.tre-sc.jus.br/e-docsweb/documento/edoc316548/acordao_2012_26900.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2019.

²⁵³ SANTA CATARINA. Tribunal Regional Eleitoral. Acórdão 24623. Recurso Eleitoral n. 2035. RECURSO ELEITORAL – INVESTIGAÇÃO JUDICIAL – CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO – ART. 41-A DA LEI N. 9.504/1997 – ABUSO DE PODER ECONÔMICO – ART. 22 DA LEI COMPLEMENTAR N. 64/1990 – CONFIGURAÇÃO – CASSAÇÃO DOS DIPLOMAS, DECRETAÇÃO DE INELEGIBILIDADE E APLICAÇÃO DE MULTA – DESPROVIMENTO. Recorrentes: José Luiz Lopes e Adair Antônio Stollmer. Recorrido: Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) de José Boiteux. Relator: Juiz Oscar Juvênio Borges Neto. 12/07/2010.

(...) que não houve comprovação da alegada captação ilícita de sufrágio, nem das suas participações ou anuências, pois quanto a suposta entrega de televisão e distribuição de combustíveis em troca de votos, os fatos estão baseados em uma única prova testemunhal e no que se refere à suposta distribuição de cestas básicas, não passa de "verdadeiro embuste engendrado pelo recorrido com o auxílio de Dieter Nische, considerada a testemunha chave". Ao final, requerem o provimento do recurso para reformar a decisão condenatória de primeiro grau²⁵⁴.

O Relator, em seu voto, entendeu que a sentença deveria ser mantida em relação à distribuição de cestas básicas, o que é por si só apto a configurar a captação ilícita de sufrágio e abuso de poder econômico, pois teve potencialidade para desequilibrar o resultado do pleito e se amolda ao previsto no art. 22, inciso XIV, da Lei Complementar n. 64/1990. Dessa forma, o Tribunal conheceu, mas negou provimento ao recurso, mantendo a decisão do primeiro grau nos seus termos²⁵⁵.

Por fim, mais recentemente, em 2016, nas eleições realizadas no município de Vidal Ramos, os recorrentes Laércio da Cruz e Helmut Stoltenberg interpuseram recurso contra a sentença que julgou parcialmente procedente a AIJE ajuizada por Nabor José Schmitz, Mário Machado e Coligação Compromisso com Vidal Ramos (DEM-PSDB-PSD)²⁵⁶.

Em primeiro grau, o magistrado reconheceu a conduta vedada prevista no art.

²⁵⁴ SANTA CATARINA. Tribunal Regional Eleitoral. Acórdão 24623. Recurso Eleitoral n. 2035. RECURSO ELEITORAL – INVESTIGAÇÃO JUDICIAL – CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO – ART. 41-A DA LEI N. 9.504/1997 – ABUSO DE PODER ECONÔMICO – ART. 22 DA LEI COMPLEMENTAR N. 64/1990 – CONFIGURAÇÃO – CASSAÇÃO DOS DIPLOMAS, DECRETAÇÃO DE INELEGIBILIDADE E APLICAÇÃO DE MULTA – DESPROVIMENTO. Recorrentes: José Luiz Lopes e Adair Antônio Stollmer. Recorrido: Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) de José Boiteux. Relator: Juiz Oscar Juvênio Borges Neto. 12/07/2010.

²⁵⁵ SANTA CATARINA. Tribunal Regional Eleitoral. Acórdão 24623. Recurso Eleitoral n. 2035. RECURSO ELEITORAL – INVESTIGAÇÃO JUDICIAL – CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO – ART. 41-A DA LEI N. 9.504/1997 – ABUSO DE PODER ECONÔMICO – ART. 22 DA LEI COMPLEMENTAR N. 64/1990 – CONFIGURAÇÃO – CASSAÇÃO DOS DIPLOMAS, DECRETAÇÃO DE INELEGIBILIDADE E APLICAÇÃO DE MULTA – DESPROVIMENTO. Recorrentes: José Luiz Lopes e Adair Antônio Stollmer. Recorrido: Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) de José Boiteux. Relator: Juiz Oscar Juvênio Borges Neto. 12/07/2010.

²⁵⁶ SANTA CATARINA. Tribunal Regional Eleitoral. Acórdão 32241. **Recurso Eleitoral n. 363-33.2016.6.24.0039.** ELEIÇÕES 2016 - RECURSO - PRELIMINAR DE INOVAÇÃO RECURSAL AFASTADA - MÉRITO - CONDUTA VEDADA AOS AGENTES PÚBLICOS - ARTIGO 73, VII DA LEI N. 9.504/1997 - GASTOS COM PUBLICIDADE INSTITUCIONAL QUE ULTRAPASSAM OS LIMITES LEGAIS - RECEBIMENTO E UTILIZAÇÃO DE RECURSOS FEDERAIS PROVEITO ELEITORAL HÁBIL A DESEQUILIBRAR A DISPUTA EXTRAPOLAMENTO DA MÉDIA SEMESTRAL - MANIFESTA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À IGUALDADE DE OPORTUNIDADES ENTRE OS CANDIDATOS - GRAVIDADE DA CONDUTA - CASSAÇÃO DOS REGISTROS OU DOS DIPLOMAS - ABUSO DO PODER ECONÔMICO E POLÍTICO - INELEGIBILIDADE - SANÇÃO DE CARÁTER PERSONALÍSSIMO - PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO UNICAMENTE PARA AFASTAR A SANÇÃO DE INELEGIBILIDADE A VICE-PREFEITO. Recorrente: Laércio da Cruz e Helmut Stoltenberg. Recorridos: Nabor José Schmitz, Mário Machado e Coligação Compromisso Com Vidal Ramos (DEM-PSDB-PSD). Relator: Juiz HÉLIO DAVID VIEIRA FIGUEIRA DOS SANTOS. 14/12/2016. Disponível em: <http://apps.tre-sc.jus.br/e-docsweb/documento/edoc888290/acordao_2016_32241.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2019.

73, VII, da lei n. 9.504/97²⁵⁷, determinando a cassação de seus registros de candidatura, caso a sentença transitasse em julgado após a diplomação. Reconheceu ainda “a existência de abuso de poder político e econômico e aplicou-lhes a sanção de inelegibilidade para as eleições a serem realizadas nos próximos 8 (oito) anos, nos moldes do inciso XIV do art. 22 da Lei Complementar n. 64/1990”²⁵⁸.

Quanto ao mérito, o Relator designado assim esclarece:

O quadro fático revela que o Prefeito abusou da publicidade institucional no ano de 2016, utilizando-se não só da verba de publicidade de utilidade pública disfarçada de publicidade institucional, como também elevou os gastos gerais com publicidade institucional em mais de 104,91% do valor da média dos últimos 3 anos (...). Logo, por qualquer ângulo que se pretenda analisar o caso, houve excesso legal no uso desses recursos públicos, o que certamente influenciou decisivamente na disputa eleitoral, cujo resultado apresentou uma pequena margem de 49 votos em favor do recorrente (na verdade, apenas 11 votos a mais do que a diferença com que venceu a eleição anterior)²⁵⁹.

Dessa forma, o TRE deu provimento parcial ao recurso apenas para afastar a

²⁵⁷ Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: (...) VII - realizar, no primeiro semestre do ano de eleição, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos no primeiro semestre dos três últimos anos que antecedem o pleito; BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em: 28 ago. 2019.

²⁵⁸ SANTA CATARINA. Tribunal Regional Eleitoral. Acórdão 32241. **Recurso Eleitoral n. 363-33.2016.6.24.0039**. ELEIÇÕES 2016 - RECURSO - PRELIMINAR DE INOVAÇÃO RECURSAL AFASTADA - MÉRITO - CONDUTA VEDADA AOS AGENTES PÚBLICOS - ARTIGO 73, VII DA LEI N. 9.504/1997 - GASTOS COM PUBLICIDADE INSTITUCIONAL QUE ULTRAPASSAM OS LIMITES LEGAIS - RECEBIMENTO E UTILIZAÇÃO DE RECURSOS FEDERAIS PROVEITO ELEITORAL HÁBIL A DESEQUILIBRAR A DISPUTA EXTRAPOLAMENTO DA MÉDIA SEMESTRAL - MANIFESTA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À IGUALDADE DE OPORTUNIDADES ENTRE OS CANDIDATOS - GRAVIDADE DA CONDUTA - CASSAÇÃO DOS REGISTROS OU DOS DIPLOMAS - ABUSO DO PODER ECONÔMICO E POLÍTICO - INELEGIBILIDADE - SANÇÃO DE CARÁTER PERSONALÍSSIMO - PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO UNICAMENTE PARA AFASTAR A SANÇÃO DE INELEGIBILIDADE A VICE-PREFEITO. Recorrente: Laércio da Cruz e Helmut Stoltenberg. Recorridos: Nabor José Schmitz, Mário Machado e Coligação Compromisso Com Vidal Ramos (DEM-PSDB-PSD). Relator: Juiz HÉLIO DAVID VIEIRA FIGUEIRA DOS SANTOS. 14/12/2016. Disponível em: <http://apps.tre-sc.jus.br/e-docsweb/documento/edoc888290/acordao_2016_32241.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2019.

²⁵⁹ SANTA CATARINA. Tribunal Regional Eleitoral. Acórdão 32241. **Recurso Eleitoral n. 363-33.2016.6.24.0039**. ELEIÇÕES 2016 - RECURSO - PRELIMINAR DE INOVAÇÃO RECURSAL AFASTADA - MÉRITO - CONDUTA VEDADA AOS AGENTES PÚBLICOS - ARTIGO 73, VII DA LEI N. 9.504/1997 - GASTOS COM PUBLICIDADE INSTITUCIONAL QUE ULTRAPASSAM OS LIMITES LEGAIS - RECEBIMENTO E UTILIZAÇÃO DE RECURSOS FEDERAIS PROVEITO ELEITORAL HÁBIL A DESEQUILIBRAR A DISPUTA EXTRAPOLAMENTO DA MÉDIA SEMESTRAL - MANIFESTA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À IGUALDADE DE OPORTUNIDADES ENTRE OS CANDIDATOS - GRAVIDADE DA CONDUTA - CASSAÇÃO DOS REGISTROS OU DOS DIPLOMAS - ABUSO DO PODER ECONÔMICO E POLÍTICO - INELEGIBILIDADE - SANÇÃO DE CARÁTER PERSONALÍSSIMO - PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO UNICAMENTE PARA AFASTAR A SANÇÃO DE INELEGIBILIDADE A VICE-PREFEITO. Recorrente: Laércio da Cruz e Helmut Stoltenberg. Recorridos: Nabor José Schmitz, Mário Machado e Coligação Compromisso Com Vidal Ramos (DEM-PSDB-PSD). Relator: Juiz HÉLIO DAVID VIEIRA FIGUEIRA DOS SANTOS. 14/12/2016. Disponível em: <http://apps.tre-sc.jus.br/e-docsweb/documento/edoc888290/acordao_2016_32241.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2019.

sanção de inelegibilidade de 8 anos aplicada ao candidato a Vice-Prefeito, Helmut Stoltenberg, por entender que a penalidade é de caráter pessoal, exigindo a comprovação de que o Vice-Prefeito teria também participado nos gastos realizados, situação não reconhecida nos autos, conduta que foi atribuída exclusivamente ao então Prefeito, Laércio da Cruz²⁶⁰.

O estado de Santa Catarina possui 295 municípios. As eleições suplementares já ocorreram em 16 municípios catarinenses²⁶¹, isto porque, embora haja inúmeras decisões judiciais que cassam os diplomas e os mandatos na jurisdição de primeiro grau, a maioria maciça dessas decisões não é confirmada nos Tribunais em segunda instância. Não obstante, o que se pretende demonstrar com os acórdãos aqui descritos é que a decisão da maioria da população, notadamente em nível de pronunciamento em primeiro grau não é respeitada: a soberania popular é afastada, ainda que temporariamente, e muitas vezes os motivos pelos quais os candidatos têm seus diplomas ou mandatos cassados poderiam não ser repudiados pela população caso existisse a possibilidade de sua participação nessa tomada de decisão judicial.

²⁶⁰ SANTA CATARINA. Tribunal Regional Eleitoral. Acórdão 32241. **Recurso Eleitoral n. 363-33.2016.6.24.0039**. ELEIÇÕES 2016 - RECURSO - PRELIMINAR DE INOVAÇÃO RECURSAL AFASTADA - MÉRITO - CONDOTA VEDADA AOS AGENTES PÚBLICOS - ARTIGO 73, VII DA LEI N. 9.504/1997 - GASTOS COM PUBLICIDADE INSTITUCIONAL QUE ULTRAPASSAM OS LIMITES LEGAIS - RECEBIMENTO E UTILIZAÇÃO DE RECURSOS FEDERAIS PROVEITO ELEITORAL HÁBIL A DESEQUILIBRAR A DISPUTA EXTRAPOLAMENTO DA MÉDIA SEMESTRAL - MANIFESTA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À IGUALDADE DE OPORTUNIDADES ENTRE OS CANDIDATOS - GRAVIDADE DA CONDOTA - CASSAÇÃO DOS REGISTROS OU DOS DIPLOMAS - ABUSO DO PODER ECONÔMICO E POLÍTICO - INELEGIBILIDADE - SANÇÃO DE CARÁTER PERSONALÍSSIMO - PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO UNICAMENTE PARA AFASTAR A SANÇÃO DE INELEGIBILIDADE A VICE-PREFEITO. Recorrente: Laércio da Cruz e Helmut Stoltenberg. Recorridos: Nabor José Schmitz, Mário Machado e Coligação Compromisso Com Vidal Ramos (DEM-PSDB-PSD). Relator: Juiz HÉLIO DAVID VIEIRA FIGUEIRA DOS SANTOS. 14/12/2016. Disponível em: <http://apps.tre-sc.jus.br/edocsweb/documento/edoc888290/acordao_2016_32241.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2019.

²⁶¹ Fonte: Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/eleicoes/eleicoes-suplementares-1>>. Acesso em: 28 set. 2019.

4 PONDERAÇÕES ACERCA DA NOVA VISÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO: É POSSÍVEL ESTABELECE UM ESPAÇO DE DISCUSSÃO DIRETA COM O POVO?

4.1 Considerações iniciais

O Capítulo 1 apresentou a evolução do conceito de soberania popular ao longo do tempo. Como visto, sua abrangência e titularidade foram descritos pelos filósofos políticos conforme o momento histórico vivido pela sociedade à época.

Em seguida, como o que se pretendeu aqui é compreender de que forma as decisões judiciais eleitorais - notadamente as que cassam mandatos eletivos – podem não refletir a decisão conferida pelo povo nas urnas, ou seja, se há o respeito à soberania popular, iniciou-se a discorrer sobre o papel que a justiça eleitoral vem desempenhando na construção da democracia brasileira, trazendo um pouco de sua história, suas principais atribuições e, por fim, a pesquisa empírica envolvendo a análise de casos concretos que culminaram com a cassação de mandatos eletivos no estado de Santa Catarina, já que se verifica um número expressivo de decisões nesse sentido.

A partir de então, visando uma melhor compreensão do papel da soberania popular na atualidade, no sentido de compreender que sua manifestação não seja exercida somente pelo voto, mas também no âmbito do poder judiciário, em um espaço de discussão direta com o povo, é necessário apresentar, neste momento, como vêm pensando aqueles que entendem que essa pretensão somente é possível diante do entendimento de uma nova visão do princípio da separação de poderes.

De início, cumpre destacar que a reflexão teórica sobre os conceitos de Estado e de Direito é uma das características mais predominantes do pensamento moderno. Essa reflexão advém do surgimento de temas importantes como, por exemplo, o ativismo judicial e a judicialização da política os quais, no atual contexto histórico de relações sociais cada vez mais complexas, de pluralidade de ideias e de costumes, mostra-se necessário repensar a forma como o Direito é visto por essa sociedade.

Em artigo intitulado “A desintegração do *status quo*: direito e lutas sociais”, José Rodrigo Rodriguez descreve o pensamento jurídico brasileiro a respeito desses temas e o reflexo no princípio da soberania popular, o qual é objeto de estudo neste trabalho desde o seu início: ²⁶²

Para uma parte dos analistas brasileiros, estaríamos vivendo uma grave "crise institucional", que se explicaria pelo fato de o Supremo Tribunal Federal estar "invadindo" o espaço do Poder Legislativo, ou seja, estar se comportando como não deveria. Qualquer sinal de "ativismo judicial",

²⁶² RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A desintegração do status quo: direito e lutas sociais**. Novos Estudos Cebrap, n. 96, 2013. p. 50.

identificado com a atividade de interpretar as leis para além da literalidade de seu texto, seria perigoso para o equilíbrio entre os poderes. Afinal, de acordo com essa análise, as leis seriam a verdadeira expressão da "vontade do povo", pois votadas por um poder eleito democraticamente. "Desrespeitar" seu texto ou mesmo preencher lacunas na legislação (na falta de texto expresso) significaria usurpar a soberania popular e instaurar uma normatividade de caráter autoritário. Ao interpretar as leis, o Supremo estaria criando uma situação de "desequilíbrio entre os poderes".

De fato, os doutrinadores que assim entendem são aqueles ligados a uma visão tradicional da separação de poderes do Estado, os quais são distribuídos a três órgãos independentes que devem exercer suas funções com autonomia e igualdade, respeitando reciprocamente suas esferas de competência.

Conforme acentua Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A 'Separação de Poderes', como se indicou acima, pressupõe a tripartição das funções do Estado, ou seja, a distinção das funções legislativa, administrativa (ou executiva) e jurisdicional. Essa classificação que é devida a Montesquieu encontra, porém, antecedentes na obra de Aristóteles e Locke.²⁶³

E os ideais de separação de poderes, na forma preconizada acima, têm como precursores iniciais Aristóteles, em seu livro "A Política"²⁶⁴, e John Locke, em "Segundo Tratado sobre o Governo Civil"²⁶⁵. Contudo, da forma como é vista hoje, com princípios postos e aceitos, deve-se à teoria definida e divulgada por Montesquieu, em "Do espírito das Leis"²⁶⁶. O que podemos perceber de longe é a preocupação de todos os pensadores e filósofos com a necessidade de limitar o poder político de alguma forma e, com isso, garantir as liberdades individuais.

Fabiano Gonçalves Carlos, em recente artigo intitulado Separação de Poderes: da Concepção Clássica à Noção Contemporânea²⁶⁷, comenta:

Não se deve perder de vista, no entanto, que o valor subjacente ao conceito clássico de separação de poderes é a liberdade, uma vez que toda a teoria liberal antiabsolutista emoldurada nos séculos XVIII e XIX

²⁶³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33 ed. rev. e at. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 133.

²⁶⁴ ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

²⁶⁵ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Trad. Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2003.

²⁶⁶ MONTESSQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. Apresentação de Renato Janine Ribeiro e Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes. 2000. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf>. Acesso em: 16 maio 2019.

²⁶⁷ GONÇALVES, Carlos Fabiano. **Separação de Poderes: da Concepção Clássica à Noção Contemporânea**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 286 - 317, janeiro/abril 2017. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerjonline/edicoes/revista78/revista7886.pdf>>. p. 298. Acesso em: 21 jul. 2019.

perseguiu a linha ideológica relativa à “limitação do exercício do poder – garantia da liberdade”. A teoria clássica da separação dos poderes firmou-se em um contexto de valorização à proteção da liberdade individual em face dos abusos do Estado, no qual era evidente a dicotomia Estado-sociedade pela prevalência de uma relação vertical de subordinação entre os dois.

Antes então de adentrarmos em conceitos voltados para uma nova visão do princípio da separação de poderes, é preciso compreender as ideias dos principais pensadores políticos da modernidade em relação ao referido princípio. Iniciamos então com a descrição do pensamento do filósofo e político Montesquieu.

4.2 A separação de poderes segundo Montesquieu

A separação dos poderes foi associada por Montesquieu ao conceito de liberdade e de direitos fundamentais e acolhida, pelos revolucionários franceses, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 16: “toda sociedade, onde a garantia dos direitos não esteja assegurada nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição”²⁶⁸

É atribuída ao filósofo francês a criação da teoria da separação de poderes em sua forma tripartite, conferindo ao Estado as três esferas de poder com o intuito de não deixar nas mesmas mãos as tarefas de legislar, administrar e julgar, pois, segundo Montesquieu²⁶⁹:

(...) estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.

A preocupação fundamental de Montesquieu era manter a liberdade individual com a limitação do poder do estado, sempre com desconfiança em relação àquele que exerce o poder, seja qual for o regime²⁷⁰, segundo o que se infere:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode temer-se que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.[...] Não

²⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 155-156.

²⁶⁹ MONSTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. Apresentação de Renato Janine Ribeiro e Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes. 2000. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/modresource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf, p. 168. Acesso em: 16 maio 2019.

²⁷⁰ MONSTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. Apresentação de Renato Janine Ribeiro e Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes. 2000. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/modresource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf, p. 168. Acesso em: 16 maio 2019.

haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. Se estivesse ligado ao executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Com a ideia de consagrar esse objetivo de limitar os poderes do estado, Montesquieu apresenta a divisão entre os poderes executivo, legislativo e judiciário. No entendimento do referido filósofo, o poder judiciário precisa ser instituído para equilibrar a balança entre os três poderes.²⁷¹

No entanto, o poder judiciário teria uma atuação temporária já que exerceria suas funções somente em momentos específicos e apenas para julgar conflitos, devendo se ater, única e exclusivamente, à lei: “o poder judiciário deveria ser exercido por pessoas extraídas do corpo do povo em certos períodos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário”²⁷². Ou seja, para Montesquieu, apesar de reconhecer a necessidade da existência do poder judiciário para o equilíbrio entre os três poderes, este é um poder considerado fraco (ou até mesmo nulo) frente aos demais.

Ainda com relação ao pensamento de Montesquieu sobre as leis, em recente artigo intitulado “*A desintegração do status quo: direito e lutas sociais*”²⁷³, o professor José Rodrigo Rodriguez faz uma análise de grandes questões relacionadas ao papel do STF em relação à sua conduta supostamente “ativista” bem como ainda sobre a questão da “judicialização da política”, questionando se esses problemas acabam por constituir um desequilíbrio entre os poderes. Para isso, o autor faz uma análise do pensamento de Montesquieu ponderando, inicialmente, o entendimento do filósofo sobre a relação entre a simplicidade das leis e a existência de um Judiciário ativo com o caráter democrático ou não das diversas sociedades.

Argumenta José Rodrigo Rodriguez que a interpretação de Montesquieu no tocante ao papel das leis nos regimes políticos despóticos, monárquicos e republicanos é de que, quanto mais simples as leis, mais democrático é o sistema de governo do povo, já que só seria possível aplicar leis mais simples a uma sociedade cujos membros

²⁷¹ MONSTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. Apresentação de Renato Janine Ribeiro e Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes. 2000. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/modresource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf, p. 169. Acesso em: 16 maio 2019.

²⁷² MONSTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. Apresentação de Renato Janine Ribeiro e Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes. 2000. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/modresource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf>, p. 169. Acesso em: 16 maio 2019.

²⁷³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A desintegração do status quo: direito e lutas sociais**. Novos Estudos Cebrap, n. 96, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n96/a05n96.pdf>>, p. 49. Acesso em: 16 maio 2019.

que a compõem vivam em reais condições de igualdade.²⁷⁴

Montesquieu argumenta que, quanto mais simples as leis, menos despótica será a forma de governo, pois entende que, em um governo republicano, não haveria a necessidade de existir grande quantidade de leis especiais, já que todos são tratados como iguais. E a interpretação do juiz, nesse caso, deve ser fiel ao texto da lei.²⁷⁵

Ao descrever o conteúdo das leis nas repúblicas citando Montesquieu, José Rodrigo Rodriguez defende que:

Nos estados republicanos, "é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei", pois nesse regime todos os homens devem ser tratados como iguais, ao contrário das monarquias: "Os homens são todos iguais no governo republicano; são todos iguais no governo despótico: no primeiro porque são tudo; no segundo porque são nada".²⁷⁶

Enfim, o conceito republicano de aplicação da lei pelo juiz conforme Montesquieu é diferente do conceito das atuais repúblicas, que precisam enfrentar questões que não podem ser resolvidas por leis mais simples; afinal:

A pressão dos movimentos sociais, ao longo de todo o século, resultou na criação de cada vez mais distinções reguladas por lei com a finalidade de conferir direitos especiais aos pobres, às crianças, aos doentes, aos velhos, aos inválidos, aos deficientes, a empregados e empregadas, a funcionários e funcionárias públicos, a trabalhadores e trabalhadoras do campo e, mais recentemente, às mulheres em geral, aos indígenas, aos negros, às travestis, às transex, aos transgêneros e a tantos outros grupos sociais que se organizaram para lutar por melhores condições de vida. Se esse não foi o único fator a conferir maior complexidade às leis, certamente estamos diante de um elemento fundamental deste processo.²⁷⁷

Portanto, Rodriguez entende que Montesquieu tem uma visão limitada da separação de poderes e das leis, pois é preciso levar em conta a realidade e o contexto social vivido em sua época.

As questões hoje enfrentadas pelo poder judiciário sequer poderiam ser

²⁷⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A desintegração do status quo: direito e lutas sociais**. Novos Estudos Cebrap, n. 96, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n96/a05n96.pdf>>, p. 49. Acesso em: 16 maio 2019.

²⁷⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A desintegração do status quo: direito e lutas sociais**. Novos Estudos Cebrap, n. 96, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n96/a05n96.pdf>>, p. 49. Acesso em: 16 maio 2019.

²⁷⁶ MONTESSQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. Apresentação de Renato Janine Ribeiro e Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes. 2000. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/modresource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf>, p. 87. Acesso em: 16 maio 2019.

²⁷⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A desintegração do status quo: direito e lutas sociais**. Novos Estudos Cebrap, n. 96, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n96/a05n96.pdf>>, p. 54. Acesso em: 16 maio 2019.

imaginadas pelo referido filósofo, já que, ao contrário do que pensava Montesquieu, Rodriguez menciona que leis simples não conseguem conter a demanda de direitos das sociedades modernas. É preciso um tipo de lei para cada situação apresentada por essa sociedade e, sendo assim, é preciso um judiciário cada vez mais atuante a interpretar esse emaranhado de leis que vão surgindo, pois, “ao contrário do que pensam aqueles que se assustam com a ação interpretativa do Poder Judiciário, não é do espírito da constituição das repúblicas contemporâneas a simplicidade das leis e juízes textualistas”.²⁷⁸

Pois bem, ao entender que a questão da complexidade das leis faz com o poder judiciário venha a atuar de forma positiva é que advém a constatação de que, agindo assim, estaria o poder judiciário ultrapassando sua competência constitucional, ocasionado um desequilíbrio entre três poderes, notadamente em relação ao poder legislativo.

Em conclusão, o que se percebe é que, na atualidade, a concepção de Montesquieu acerca do papel do poder judiciário, apesar de notável, não pode ser aplicada. Passamos então à análise do pensamento dos Federalistas acerca da separação de poderes e do papel do poder judiciário nessa tripartição.

4.3 A separação de poderes para Os Federalistas

O Federalista²⁷⁹ (*The Federalist Papers*) é um conjunto de 85 artigos escritos por Alexander Hamilton, John Jay e James Madison e publicado em Nova Iorque entre outubro de 1787 e maio de 1788, com o intento de ratificar a Constituição dos Estados Unidos. Esses ensaios tinham o propósito de conclamar a população de New York a apoiar a proposta da Constituição e o novo sistema que daí surgia: o federalismo.

Esse sistema consistia, segundo Soares, em uma “dupla soberania política, com a distribuição do poder político entre duas esferas territoriais de poder: o Governo Central (União) e as unidades constituintes (estados).”²⁸⁰

Ainda segundo Soares²⁸¹:

O gênio do sistema foi criar uma engenharia institucional que não só promoveu a divisão do poder, como garantiu a autonomia das duas

²⁷⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A desintegração do status quo: direito e lutas sociais.** Novos Estudos Cebrap, n. 96, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n96/a05n96.pdf>>, p. 52. Acesso em: 16 maio 2019.

²⁷⁹ SOARES, Márcia Miranda. **Federação, Democracia e Instituições Políticas.** Lua Nova, p. 140. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a07n44.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2019.

²⁸⁰ SOARES, Márcia Miranda. **Federação, Democracia e Instituições Políticas.** Lua Nova, p. 140. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a07n44.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2019.

²⁸¹ SOARES, Márcia Miranda. **Federação, Democracia e Instituições Políticas.** Lua Nova, p. 140. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a07n44.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2019.

esferas federais através de um mecanismo de *checks and balances*, no qual as instituições políticas se limitavam umas às outras, propiciando o equilíbrio federativo.

Com relação à divisão dos poderes do estado e do mecanismo de controle mediante o sistema de freios e contrapesos entre esses poderes, é possível observar semelhança entre o pensamento de Montesquieu e os pensadores Federalistas.

E, assim como antes fizera Montesquieu, os federalistas chegam ao poder judiciário e reconhecem que realmente este é o poder mais fraco dentre os três, especialmente considerando-se o fato de que este poder não possui iniciativa própria: só atua quando provocado.

Para além desses elementos, vale destacar uma frase presente em *Os Artigos Federalistas* que possui ampla relevância para o argumento aqui desenvolvido: afirmam os autores que a missão do poder Judiciário “deverá ser declarar nulos todos os atos contrários ao sentido manifesto da Constituição”²⁸²

É com esta frase, bem como com o desenvolvimento subsequente em seu texto que os federalistas efetivamente igualam a força do poder Judiciário – um poder quase nulo, como dito anteriormente – aos outros dois poderes. É por meio da possibilidade de declarar nulos todos os atos contrários ao sentido manifesto da Constituição que o poder Judiciário deixa de ser “mero” poder cuja função é solucionar litígios quando estes se manifestassem para se transformar em verdadeiro garante da Constituição²⁸³.

Uma das propostas sugeridas pelos autores federalistas é a de mudar o modo de designação dos juízes: ao invés de possuírem integrantes temporários (já que Montesquieu entendia que o poder deveria ser exercido por pessoas extraídas do corpo do povo em certos períodos do ano²⁸⁴), a vitaliciedade dos juízes no exercício de suas funções era algo desejado.

Esta é, portanto, a responsabilidade do poder Judiciário junto ao povo decorrente da vitaliciedade dos juízes no exercício de suas funções. Além disso, veja-se:

[...] os tribunais foram concebidos para ser um intermediário entre o povo e o legislativo, de modo a, entre outras coisas, manter este último dentro dos limites atribuídos a seu poder. Portanto, compete ao poder

²⁸² MADISON, James. **Os artigos federalistas**. Trad. Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 480.

²⁸³ MADISON, James. **Os artigos federalistas**. Trad. Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 480.

²⁸⁴ MONTESSQUIEU, Charles de Secondat Baron. **O espírito das leis**. Apresentação de Renato Janine Ribeiro e Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes. 2000. Disponível em: em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf>. p. 169. Acesso em: 16 maio 2019.

Legislativo criar leis, e para tanto tem este poder total liberdade para agir conforme considerar o mais correto; contudo, “a interpretação das leis é o domínio próprio e particular dos tribunais”²⁸⁵.

Outro ponto relevante apresentado pelos *federalistas* diz respeito à função de *jurisdição constitucional* exercida pelos juízes, isto é, a função de garantir direitos fundamentais conforme a terminologia mais recente. Compete aos juízes, no âmbito desta função, evitar arroubos momentâneos que surjam junto à sociedade e que poderiam fazer com que uma minoria tivesse seus direitos civis diminuídos ou, até mesmo, extirpados pela vontade da maioria. Assim, leis injustas ou parciais que violem tais direitos devem ser de pronto consideradas como inconstitucionais pelos juízes, já que sua função, conforme explicitado acima, é garantir, acima de tudo, a defesa da Constituição.²⁸⁶

Em conclusão, é inegável que a origem da força atual do poder judiciário encontra-se nos artigos federalistas já que estes apresentam elementos fundamentais para o fortalecimento da ação do poder judiciário em um sistema tripartite de separação de poderes.

4.4 A visão de Kelsen

Não menos importante é a visão de Kelsen acerca do princípio da separação de poderes. Kelsen combateu juridicamente a separação tripartite de poderes ao concluir que esta reside, em verdade, numa bipartição de funções: criar e executar o Direito (legislação e execução).

Legislar, segundo ele, é criar normas gerais. Executar é aplicar essas normas gerais. Contudo, adverte o autor: toda criação de Direito é, ao mesmo tempo, sua aplicação, assim como toda aplicação dele é também sua criação.²⁸⁷

A função típica do poder legislativo é criar leis, ou seja, as normas jurídicas gerais. Essa função pode ser positivamente exercida pelos outros dois poderes, de maneira atípica e excepcional. Assim, Kelsen não é a favor da separação de poderes, mas é, principalmente, contra a sua concentração.

De sorte que, continua ele, é impossível atribuir a criação de Direito a um órgão e a sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha

²⁸⁵ MADISON, James. **Os artigos federalistas**. Trad. Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 481.

²⁸⁶ MADISON, James. **Os artigos federalistas**. Trad. Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 482.

²⁸⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Título original: *Reine Rechtslehre*. Tradução: João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 403.

a cumprir simultaneamente ambas as funções.²⁸⁸

Podem os poderes executivo e judiciário exercer a função legislativa negativamente com os institutos do veto (executivo) e do controle jurisdicional de legalidade, segundo Kelsen.

Kelsen reforça sua ideia em desfavor à separação de poderes, quando diz que este princípio, compreendido literalmente ou interpretado como um princípio de divisão de poderes, não é essencialmente democrático, pois:

Ao contrário, correspondente à ideia de democracia é a noção de que todo o poder deve estar concentrado no povo, e, onde não é possível a democracia direta, mas apenas a indireta, que todo o poder deve ser exercido por um órgão colegiado cujos membros sejam eleitos pelo povo e juridicamente responsáveis para com o povo.

E, ao final, arremata:

A democracia exige que ao órgão legislativo seja dado controle sobre os órgãos administrativos e judiciários. Se a separação da função legislativa das funções aplicadoras de Direito, ou um controle do órgão legislativo pelos órgãos aplicadores de Direito e, sobretudo, se o controle das funções legislativa e administrativa pelos tribunais está previsto pela constituição de uma democracia, isso só pode ser explicado por motivos históricos, e não justificados como elementos especificamente democráticos.²⁸⁹

Daí porque, segundo Kelsen, a revisão judicial da legislação é uma transgressão evidente deste princípio que, em muitas constituições, é considerado como um elemento específico da democracia.²⁹⁰

Segundo Kelsen, a função legislativa não cabe somente ao poder legislativo, já que, em algumas situações extraordinárias, pode ser exercida por outros órgãos, mormente o poder executivo e o poder judiciário, mediante autorização da própria constituição e sob o crivo do órgão legislativo ordinário, mediante as delegações legislativas.²⁹¹

Neste momento, é importante destacar a análise de Kelsen em torno da função legislativa do órgão judiciário ou do poder judiciário. É também, como anteriormente dito, facultado à participação no processo de criação de normas gerais, mediante a

²⁸⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Título original: *Reine Rechtslehre*. Tradução: João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 386.

²⁸⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 404.

²⁹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 263.

²⁹¹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 266.

"delegação legislativa", semelhantemente ao ocorrido com o poder executivo. Além desse modo de exercício da função legislativa, Kelsen aponta duas outras maneiras de atuação do poder judiciário na função legiferante, quais sejam: os precedentes judiciais e o controle judicial das leis.²⁹²

Segundo Kelsen, um tribunal com competência para formular precedentes judiciais cria, por meio de sua decisão, uma norma geral que se encontra no mesmo nível dos estatutos criados pelo chamado órgão do poder legislativo. A decisão em um caso concreto se torna um precedente, ou seja, vinculativa às demais questões de casos concretos semelhantes ao julgado.²⁹³

Contudo, ressaltamos, essa norma está no mesmo nível num sentido de obrigatoriedade somente para aqueles que demandarem em casos semelhantes e que, acaso o órgão legislativo decida editar uma nova lei forjando uma interpretação diferente à dada pelo tribunal, que culminou no precedente, é o órgão judiciário obrigado a rever sua posição, vindo a criar, então, um novo precedente, ou seja, as decisões dos tribunais não têm o mesmo nível das decisões legislativas, posto que estas são, em verdade, as normas gerais propriamente ditas.

A outra atividade do órgão judiciário que Kelsen designa como legislativa é a do controle de constitucionalidade das leis feito por órgãos judiciários. Para Kelsen, sendo a competência para a criação das normas gerais as leis, que é a aplicação da constituição feita pelo órgão legislativo, pode ser obstada pelo órgão judiciário. Agindo assim, estaria exercendo uma função legislativa, só que negativa.

O que se vê, portanto, é que Kelsen coloca a função judiciária como inerente à executiva, deixando evidente em sua teoria que o legislativo é poder superior, pois, segundo ele, para existir a democracia, tem de ser dado ao Legislativo - cujos membros são eleitos pelo povo - o controle sobre os órgãos do Poder Executivo.²⁹⁴

Assim, no parlamento é que estariam contidas as representações legítimas da sociedade, e qualquer mecanismo de controle externo, feito por órgãos distintos, seria uma afronta aos mandamentos da própria sociedade, expedidos por meio das decisões legislativas ou das leis, o que não se coaduna à realidade atual, onde nem sempre as decisões parlamentares têm levado em consideração a vontade da sociedade.

4.5 A Separação dos Poderes em Transformação

Atualmente, vivendo o período pós-moderno, não é possível mais cogitar a visão

²⁹² KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000., p. 266.

²⁹³ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 266.

²⁹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 390.

oitocentista de separação de poderes, cuja justificativa, como já visto, é a proteção da liberdade individual (em face da monarquia absolutista da época) e que resultava em uma divisão rígida das funções políticas do Estado em compartimentos fechados.

Da nova organização do Estado e da sociedade provêm novos organismos que também exercem poder político, mas que, na essência, não se amoldam a nenhuma das clássicas funções de tripartição. Atualmente, importa mais investigar como se exerce o poder político, por meio de mecanismos de controle, do que saber quem o exerce. Também surge como tendência contemporânea da separação dos poderes a leitura do princípio como instrumento de cooperação, harmonia e equilíbrio entre órgãos executores do poder político e de instância interdependentes, com vistas à construção de um ambiente institucional estável para a manutenção da democracia, a realização do bem da coletividade e a promoção dos direitos fundamentais.²⁹⁵

André Ramos Tavares considera que a prática mundial já se incumbiu de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, quanto mais numa distribuição tripartite. Acrescenta, ainda, que “a tese da absoluta separação dos poderes os tornaria perniciosos e arbitrários”²⁹⁶

Paulo Bonavides faz uma crítica apontando um suposto “imobilismo”, decorrente da separação dos poderes em sua visão tradicional²⁹⁷:

Esse princípio – que nas origens de sua formulação foi, talvez, o mais sedutor, magnetizando os construtores da liberdade contemporânea e servindo de inspiração e paradigma a todos os textos de Lei fundamental, como garantia suprema contra as invasões do arbítrio nas esferas da liberdade política – já não oferece, em nossos dias, o fascínio das primeiras idades do constitucionalismo ocidental. Representou seu papel histórico. O constitucionalismo democrático tem por ele a mais justa e irredimível dívida de gratidão. Merece com efeito a homenagem e o reconhecimento dos que, na doutrina política, consagram sua luta aos ideais de liberdade e democracia. Ajudou a implantar na consciência ocidental o sentimento valorativo dos direitos e garantias individuais, de que foi, no combate aos déspotas do absolutismo, a arma mais eficaz. Quando cuidamos de abandoná-lo no museu da Teoria do Estado (grifo nosso) queremos, com isso, evitar apenas que seja ele, em nossos dias, a contradição dos direitos sociais, a cuja concretização se opõe de certo modo, como técnica dificultosa e obstrucionista, autêntico tropeço, de que inteligentemente se poderiam socorrer os conservadores mais perspicazes e renitentes da burguesia, aqueles que ainda supõem possível tolher e retardar o progresso das instituições no rumo da socialdemocracia. Pretender conservá-lo, porém, como dogma, em

²⁹⁵ GONÇALVES, Carlos Fabiano. **Separação de Poderes: da Concepção Clássica à Noção Contemporânea**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 286 - 317, janeiro/abril 2017. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerjonline/edicoes/revista78/revista7886.pdf>>, p. 298. Acesso em: 21 jul. 2019.

²⁹⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

²⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado Social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 63.

justificações descabidas para a atualidade é o que nos parece inaceitável.

De fato, é preciso relativizar a ideia clássica de separação de poderes que pretende, a partir de um critério racional estático, quase matemático, enumerar taxativamente as funções e as esferas de poder credenciadas ao desempenho das atividades estatais. Com efeito, a dinâmica da sociedade plural provocará o surgimento das demandas inéditas que as instâncias de poder tradicionais do esquema tripartite nem sempre serão capazes de atender eficientemente.²⁹⁸

Assim, vê-se que é preciso levar em conta a realidade do Estado de Direito, que enfrenta toda ordem de manifestação política e jurídica pelos cidadãos para entender o comportamento apresentado entre os três poderes na atualidade.

O professor José Rodrigo Rodriguez, em relevante artigo intitulado “*A desintegração do status quo: direito e lutas sociais*”, traz ao nosso conhecimento o pensamento do jurista americano Bruce Ackerman²⁹⁹, o qual menciona:

Os poderes do Estado não seguem estritamente o desenho abstrato previsto na Constituição. Eles são definidos por seus embates, muitas vezes ativados por ações judiciais propostas por indivíduos, partidos, associações, movimentos sociais, entre outros agentes políticos. A separação dos poderes se constrói, portanto, por reformas parciais sucessivas levadas adiante por intermédio de leis ou decisões judiciais.

Ainda no mesmo texto, Rodriguez esclarece que o desenho do Estado não costuma ficar imune aos embates entre os diversos grupos sociais, exceto em regimes autoritários ou no mundo ideal (e potencialmente autoritário), criado por teorias que defendem uma gestão tecnocrática do processo político.³⁰⁰

O que se percebe atualmente é certa preocupação se o atual desenho da separação de poderes atende a esse anseio democrático, se é preciso mudar por completo esse regime político ou se é preciso apenas repensar essa separação de poderes interpretando-a de maneira diversa com vistas a atender os anseios da sociedade.

Esse anseio da sociedade poderia consistir, a título de exemplo, no caso de

²⁹⁸ GONÇALVES, Carlos Fabiano. **Separação de Poderes:** da Concepção Clássica à Noção Contemporânea. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 286 - 317, janeiro/abril 2017. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista78/revista78_286.pdf>, p. 304. Acesso em: 21 jul. 2019.

²⁹⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A desintegração do status quo:** direito e lutas sociais. Novos Estudos Cebrap, n. 96, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n96/a05n96.pdf>>, p. 65. Acesso em: 21 jul. 2019.

³⁰⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A desintegração do status quo:** direito e lutas sociais. Novos Estudos Cebrap, n. 96, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n96/a05n96.pdf>>, p. 65. Acesso em: 21 jul. 2019.

decisões judiciais que cassam o mandato de candidatos eleitos por esmagadora maioria, na população ser ouvida de alguma forma quando o poder judiciário é acionado e precisa tomar decisões dessa ordem.

Para José Rodrigo Rodriguez, no Brasil, o momento é de redesenho das instituições em todos os níveis, desde a abertura do Executivo para a participação popular direta por meio de conselhos variados, conferências nacionais e agências reguladoras, até a mudança de função do Poder Judiciário cada vez mais ativo na arena política pela escolha entre as várias alternativas técnico-jurídicas definidas em função do material normativo e do contexto de cada decisão.

Nesse contexto, definir, *a priori*, a dinâmica institucional em termos normativos a partir de uma concepção modelar da separação de poderes antes bloqueia a compreensão e, mesmo, a possibilidade de que a sociedade se aproprie de instituições em construção e mutação. E acaba por obscurecer tanto o lugar e a função efetivas do Poder Judiciário, do Poder Executivo e do Poder Legislativo como encobrem as possibilidades institucionais concretas presentes no momento atual.³⁰¹

É do mesmo renomado doutrinador José Rodrigo Rodriguez, em seu premiado livro “Como decidem as Cortes”, o raciocínio agora descrito e que nos faz refletir sobre esse pensamento de uma nova visão da separação de poderes³⁰²:

A cristalização da visão de que os poderes são três e que cada um deles tem a função de controlar o outro é apenas uma das possibilidades institucionais que mesmo a ideia original de freios e contrapesos de Montesquieu permite pensar. O sentido de *O espírito das leis* nunca foi afirmar os três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, como a essência do Estado de Direito, mas sim mostrar que é necessário criar poderes e contra poderes para evitar a constituição de polos de poder absolutos, sem nenhum controle. Não é necessário que os poderes sejam três e que funcionem de acordo com a lógica naturalizada da separação de poderes. O ponto central é armar uma trama institucional que não admita o arbítrio, independentemente de qual desenho se venha a adotar. Por isso mesmo, é importante recuperar o espírito da obra de Montesquieu para refletir melhor sobre a dinâmica institucional contemporânea.

Ou seja, constata-se que a preocupação com a divisão rígida quanto ao desempenho das funções estatais como elemento integrante do conteúdo do princípio da separação dos poderes vem perdendo força na doutrina, havendo, por outro lado, uma grande tendência a se buscar mecanismos adequados para que a atividade estatal

³⁰¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 170-171.

³⁰² RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 169.

seja eficientemente executada e controlada, de modo a evitar potenciais desvios de poder e garantir, na prática, a promoção dos interesses da coletividade, na forma exigida pelas Constituições democráticas.³⁰³

E essa nova visão da separação de poderes é amplamente defendida por Bruce Ackerman, razão pela qual é de grande valia discorrer de forma mais minuciosa sobre o seu pensamento quanto ao tema.

Bruce Ackerman, em seu livro “A Nova Separação de Poderes”, reconhece o avanço fundamental de Montesquieu em relação às tradicionais ideias aristotélicas de governo misto, rejeitando a compreensão de poderes representando diferentes classes sociais e reconhecendo poderes que correspondem a diferentes funções governamentais. Contudo, referido autor manifesta-se contra a manutenção da versão tradicional da separação de poderes e desenha um novo formato ao propor a criação de novas instâncias de poder que teriam a função de frear o poder central, promover os direitos democráticos e a justiça distributiva.³⁰⁴

Bruce Ackermann pondera que é preciso “repensar a santíssima Trindade de Montesquieu”, pois entende que a teoria da separação de poderes desenvolvida não se coaduna com a complexidade da vida política moderna. Assim, é preciso que não permaneçamos cegos para o surgimento de novas formas institucionais que não podem ser categorizadas como legislativas, judiciárias ou executivas.³⁰⁵

Portanto, a clássica separação dos poderes deve ser revista, principalmente, quando se coloca em questão a necessária cooperação dos poderes e o auxílio de outras instâncias para a realização dos direitos fundamentais³⁰⁶.

Bruce Ackerman compara a tradição americana de separação de poderes com o modelo de países como Alemanha, Itália, Japão, Índia, Canadá e África do Sul para criticar os EUA e argumentar contra a exportação de seu modelo para outros países do mundo. Na descrição do autor, esse modelo possui um presidente eleito que funciona como freio e contrapeso do congresso eleito democraticamente. Ackermann defende um modelo em que o primeiro ministro fique no cargo desde que consiga manter o apoio do Parlamento e que o poder do Parlamento tenha como freio e contrapeso uma série

³⁰³ GONÇALVES, Carlos Fabiano. **Separação de Poderes: da Concepção Clássica à Noção Contemporânea**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 286 - 317, janeiro/abril 2017. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista78/revista78_286.pdf>, p. 304. Acesso em: 21 jul. 2019.

³⁰⁴ ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação dos Poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2009.

³⁰⁵ ACKERMAN, Bruce. **Adeus, Montesquieu**. Publicado em inglês com o título “Good-bye, Montesquieu” originalmente na Comparative Administrative Law, 2010. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuário/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/18909-35038-1-PB%20(1).pdf>, p. 15.

³⁰⁶ ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação dos Poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2009.

de instituições e não apenas a corte constitucional. Para o autor, esse modelo teria se mostrado superior ao modelo americano por ser capaz de criar uma grande variedade de estratégias institucionais com o objetivo de efetivar os três princípios que motivam a moderna doutrina da separação de poderes: democracia, profissionalismo e proteção dos direitos humanos.³⁰⁷

Fabiano Gonçalves Carlos bem resume a teoria de Bruce Ackermann no tocante ao papel dos poderes³⁰⁸:

Ackermann desenvolve o raciocínio sobre a leitura atual da separação de poderes a partir da premissa segundo a qual, a par da especialização funcional, o princípio possibilita que o governo seja limitado pelo Poder Judiciário e seus tribunais independentes, chamados de “instância de integridade”, cujo controle destina-se a evitar a corrupção de e abusos, bem como por uma “instância regulatória”, que obriga o Estado a dar satisfações de como dará conta de melhorar os resultados gerados para a sociedade pelas atividades econômicas reguladas.

Ou seja, em seu livro, Ackerman leva em conta o papel central dos tribunais e das agências e propõe uma leitura da separação de poderes como uma distribuição de funções e não propriamente como uma divisão do poder.

Dentre as principais ideias defendidas por Ackerman, destaca-se a necessidade vista pelo autor de mudança do sistema presidencialista pelo parlamentarismo limitado. No "parlamentarismo limitado" proposto por Ackerman, o parlamento é limitadamente soberano porque seus poderes legislativos são restritos por uma Constituição escrita e uma Corte Constitucional. Além disso, esse poder é freado e equilibrado por uma série de instâncias com propósito especial, cada uma motivada por um ou mais dos três temas básicos da teoria da separação dos poderes.³⁰⁹

Aludido sistema de controle é composto por uma instância de integridade que escrutina o governo por corrupção e abusos semelhantes, bem como uma instância regulatória que força a burocracia a explicar como o seu legislador poderá melhorar de fato os resultados gerados pelo sistema de controle. Aperfeiçoando a legitimidade democrática, o centro de poder é também limitado pelas decisões prévias do povo e pela participação popular, expressas por referendos sequenciais e implementadas por

³⁰⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 169.

³⁰⁸ GONÇALVES, Carlos Fabiano. **Separação de Poderes:** da Concepção Clássica à Noção Contemporânea. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 286 - 317, janeiro/abril 2017. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista78/revista78_286.pdf>, p. 307. Acesso em: 21 jul. 2019.

³⁰⁹ ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação dos Poderes.** Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2009, p. 113.

uma corte constitucional.³¹⁰

Haveria então a criação de uma espécie de referendos seriados obrigatórios sobre determinadas matérias. Para ele, antes de dividir a autoridade legislativa entre câmara, senado e Presidente, deve-se procurar dividi-la entre o parlamento e o povo: o parlamento tomando as decisões governamentais rotineiras de gestão, e o povo exprimindo a sua vontade por um processo cuidadosamente construído de referendos sequenciais³¹¹

No que se refere à corte constitucional, outro organismo importante na construção da teoria da separação dos poderes de Bruce Ackerman aduz o autor que ela é necessária para o controle da supremacia constitucional, uma vez que, se assim não for, os princípios ordenados pelo povo poderão não ser observados pela maioria parlamentar ou pelo próprio plebiscito.

Vários critérios devem ser empregados para tornar uma Corte forte. Alguns deles são: o modo de escolha dos membros, sua nomeação e o período pelo qual servirão. Ackerman cita o exemplo da Alemanha como um modelo de êxito³¹². Naquele país, a Lei Fundamental determina que quem pretende ser indicado ao Tribunal Constitucional deve obter a aprovação de dois terços dos parlamentares, concedendo poder de veto para partidos importantes que compõem a minoria. Os partidos integrantes da menor classe têm o poder de fato de designar um número relevante de juízes. Igualmente, a regra de votação também afeta o caráter dos juízes, pois neste sistema é admitido o veto da nomeação. Ainda, a estabilidade obtida pelo juiz eleito é de doze anos, sem possibilidade de recondução. Diante dessa forma de seleção, dificulta-se a soberania dos membros perante a população e reforça-se a formação de uma corte constitucional efetiva³¹³.

Ao se discorrer sobre a teoria de Bruce Ackerman, pretende-se apenas demonstrar que uma nova visão sobre separação de poderes vem, sim, sendo discutida entre os cientistas políticos e juristas, e todas elas têm a preocupação de garantir uma maior participação popular na tomada de decisões.

E mais designadamente falando do sistema político brasileiro, já vemos o esforço do poder legislativo e executivo em garantir essa maior participação popular.

Vejamos agora como o poder judiciário vem tentando implementar essa mesma

³¹⁰ ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação dos Poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2009, p. 47 e 74.

³¹¹ ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação dos Poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2009, p. 41.

³¹² ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação dos Poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2009, p. 42.

³¹³ ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação dos Poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2009, p. 42.

ideia.

4.6 O papel do poder judiciário na nova visão da separação de poderes

Atualmente, uma das questões jurídicas mais importantes e que, embora não seja o tema central do presente trabalho, mas com ele guarda certa relação, diz respeito ao papel contramajoritário da jurisdição constitucional. Em outras palavras, questiona-se como é possível a um Tribunal Constitucional, composto por magistrados não eleitos pelo povo, excluir do universo jurídico, por meio do controle de constitucionalidade, leis e atos normativos legitimamente elaborados por representantes direta e democraticamente constituídos, visando assegurar direitos fundamentais da minoria.

Esse entendimento vem da constatação de que as decisões desses tribunais não estão sujeitas a nenhum tipo de controle posterior, e isso ocasiona o que costumam chamar de tensão entre Constitucionalismo e Democracia.

Atentos a essas discussões, vê-se atualmente o esforço do poder judiciário em atender com mais eficiência não apenas os anseios individuais, mas também os anseios da sociedade como um todo. É o que percebemos, por exemplo, com a implementação de mecanismos de escuta da população, como é o caso das audiências públicas, tudo com o objetivo de conferir maior legitimidade democrática às suas decisões.

No que, para este momento, já não pairam dúvidas é o fato de que o Parlamento e o Executivo já estão abertos a escutar a voz do povo periodicamente e já possuem mecanismos de regulação desses procedimentos.

Assim, todos os segmentos do estado já têm falado diretamente com o povo (e não mais apenas o poder legislativo por intermédio do voto). O questionamento que persiste é o de como o poder judiciário poderia institucionalizar sua atuação: como é que pretende falar diretamente com o povo e quais são os instrumentos e as formas de auferir essa vontade e qual seria a utilidade dessa medida.

A respeito da atual função da doutrina da separação dos poderes e a atuação do poder judiciário, André Ramos Tavares afirma que sua utilidade é de servir como uma técnica de arranjo da estrutura política do Estado, “implicando na distribuição por diversos órgãos e, de forma não exclusiva, permitindo o controle recíproco, tendo em vista a manutenção das garantias individuais consagradas no decorrer do desenvolvimento humano”. E, em razão da proeminência do Poder Judiciário na época atual, que é sentida de maneira bastante intensa, o autor destaca a necessidade da remodelagem da clássica teoria da separação dos poderes no que se refere às relações entre eles.³¹⁴

³¹⁴ TAVARES, André Ramos. **A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado**. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 29, 1999, p.

E o que mais interessa para o tema proposto é o papel desempenhado pelo poder judiciário diante dessa nova visão de separação de poderes, já que não é mais possível conferir certa posição de neutralidade.

Ao comentar sobre segurança jurídica, textualismo e separação de poderes, Rodriguez menciona que a visão tradicional de separação de poderes estaria ligada à aplicação da norma por meio de uma operação lógico-formal, que está, com efeito, ligada a uma certa visão de separação de poderes, à qual ao juiz é permitido apenas aplicar a lei³¹⁵:

A lei deve ser aplicada desta forma e o juiz deve exercer uma atividade não criativa porque a lei é veículo da vontade do povo, que se manifesta no Parlamento. Fazer diferente seria desrespeitar a soberania popular: ao atuar de forma criativa o juiz estaria desrespeitando os limites de sua atividade segundo este modelo de estado de direito.

Tercio Sampaio Ferraz³¹⁶, ao discorrer em seu livro sobre a divisão dos poderes no advento do bem-estar social, pondera que não mais é possível conferir posição de neutralidade ao poder judiciário, uma vez que o juiz é corresponsável por corrigir os desvios na consecução das finalidades que deveriam ser atingidas por uma política legislativa.

Prossegue referido autor³¹⁷:

Em suma, com base em condições sociopolíticas do século XIX, sustentou-se por muito tempo a neutralização política do Judiciário como consequência do princípio da divisão dos Poderes. A transformação dessas condições, com o advento da sociedade tecnológica e do Estado Social, parece desenvolver exigências no sentido de uma desneutralização, posto que o juiz é chamado a exercer uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (*dura lex sed lex*).

Especificamente em relação à mudança na concepção de Poder Judiciário, Tércio Sampaio Ferraz Júnior anota que o “sentido promocional prospectivo” dos direitos sociais alterou significativamente a atuação do poder judiciário, pois,³¹⁸

70-71.

³¹⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 207.

³¹⁶ SAMPAIO FERRAZ Jr, Tercio. **Argumentação Jurídica**. 2. ed. digital. São Paulo, 2014, p. 13.

³¹⁷ SAMPAIO FERRAZ Jr, Tercio. **Argumentação Jurídica**. 2. ed. digital. São Paulo, 2014, p. 13.

³¹⁸ SAMPAIO FERRAZ Jr, Tércio. **O Judiciário frente à Divisão dos Poderes**. In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE, Recife, 2000, n. 11, p. 345-349.

(...) perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza). (...) Altera-se, do mesmo modo, a posição do juiz, cuja neutralidade é afetada, ao ver-se ele posto diante de uma corresponsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes cabia exclusivamente ao Legislativo e Executivo, passa a ser imputada também à Justiça.

Ou seja, ao caminhar de um Estado Liberal para um Estado Social e, posteriormente, ao Estado Democrático de Direito, foram agregadas nesse processo novas atividades e novas funções estatais, de maneira que é necessária uma releitura da separação de poderes na finalidade de adequá-la ao contexto hodierno.

Na mesma linha de raciocínio, argumenta o professor José Rodrigo Rodriguez:

Se o movimento operário obrigou o Parlamento a se abrir à democracia de massas, os chamados “novos movimentos sociais” obrigaram o próprio Estado a se abrir à participação e à negociação de políticas públicas antes apresentadas como “técnicas” e, portanto, “neutras”. Não é de se espantar, portanto, que esse movimento chegue agora ao Judiciário e que esse poder esteja agora sob a pressão civil da sociedade organizada para se abrir à participação e à deliberação da cidadania, que quer discutir, entre outras coisas, o próprio conceito jurídico de legitimidade das partes.³¹⁹

O autor ainda traz a questão do formalismo jurídico, destacando a relação deste com as diferentes concepções de separação de poderes. As visões formalistas, conforme exposto, dependem de pressupostos institucionais, intimamente ligados com a visão da relação entre formalismo e legalismo. Segundo o autor, uma visão clássica da separação dos poderes, com a atividade jurisdicional restrita à aplicação lógico-formal das normas e códigos e atividade legislativa como detendo o monopólio da criação legislativa, levam a uma ideia mais formalista, com a percepção de que, ao criarem exceções ou interpretar amplamente as normas, os juízes interferem indevidamente numa atividade que não deveria ser de sua competência. Essa é a ideia predominante no senso comum e conduz a um pensamento formalista. Todavia, Rodriguez apresenta raciocínios e comparações que evidenciam que esta visão é ultrapassada e impraticável.³²⁰

³¹⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 181.

³²⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 109.

Ou seja, a visão do juiz como uma pessoa que só aplica a lei está ligada a certa visão de separação de poderes que pode estar se transformando, pois o judiciário hoje parece estar comprometido com outro tipo de raciocínio que lhe permite atuar de forma mais ativa e com o objetivo de se aproximar mais da sociedade como um todo.

Em excelente análise sobre o assunto, Miguel Gualano de Godoy³²¹ apresenta um trabalho importante acerca da tentativa do Poder Judiciário de ampliar a participação popular nos processos de discussão e decisão de temas relevantes.

Segundo Godoy, é possível repensar a atuação do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional – e seu caráter contramajoritário em defesa dos direitos fundamentais. O autor defende a tese de que o Poder Judiciário deve assumir um papel ativo na implementação dos valores substantivos presentes na Constituição Federal de 1988 e na realização da democracia.³²²

Ao analisar os conceitos de soberania e poder constituinte, bem como democracia e constitucionalismo, o autor apresenta a proposta de uma concepção de democracia deliberativa, nos moldes defendidos por Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella.³²³

A democracia deliberativa, segundo esses autores, parte da ideia de que um sistema político valioso é aquele que promove tomada de decisões imparciais, por meio de um debate coletivo com todos os potencialmente afetados pela decisão, tratando-os com igualdade. A discussão assume, assim, um papel central na tomada de decisões como o melhor meio para se chegar à melhor resposta.³²⁴

Ao defender essa democracia deliberativa, o autor demonstra com exemplos práticos como o processo democrático-deliberativo já é uma realidade, a exemplo do orçamento participativo ou por intermédio dos Conselhos estaduais e municipais

³²¹ GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e Democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/25553/DISSERTACAO%20-%20Miguel%20G.%20Godoy.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

³²² GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e Democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. Dissertação. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/25553/DISSERTACAO%20-%20Miguel%20G.%20Godoy.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

³²³ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 2003. GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? *In*: GARGARELLA, Roberto; ALEGRE, Marcelo (Orgs.). El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007 *apud* GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e Democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/25553/DISSERTACAO%20-%20Miguel%20G.%20Godoy.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

³²⁴ GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e Democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/25553/DISSERTACAO%20-%20Miguel%20G.%20Godoy.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 06. Acesso em: 13 jul. 2019.

especializados. Esses canais de participação política direta podem influenciar a prática jurisdicional contemporânea.

Vale dizer: se o Poder Judiciário tem algum papel a cumprir (e, certamente, tem) na tarefa de garantir e respeitar a democracia, também a democracia deliberativa tem um papel a cumprir sobre a prática jurisdicional.

O controle judicial de constitucionalidade das leis pode e deve ser exercido de outra forma, mais aberta à discussão, participação, mais afeita aos órgãos representativos do povo, de forma, enfim, mais democrática. Nesse mesmo sentido é possível repensar-se a eficácia dos direitos sociais, entendidos como direitos fundamentais necessários para a cooperação democrática e, portanto, como condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito.³²⁵

Em sua tese de doutorado, Miguel Godoy aprofunda ainda mais seus estudos e, sob o título “Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais”, mantém a preocupação com a necessidade de que haja uma maior participação do povo na tomada de decisões como forma de fundamentar a atuação prática da jurisdição constitucional. Nesse trabalho, o autor defende a capacidade institucional do poder judiciário e uma atuação baseada nos diálogos, oferecendo uma nova perspectiva para a fundamentação teórica e para a atuação prática da nossa própria jurisdição constitucional e da nossa própria política democrática³²⁶:

Com o intuito de conferir maior legitimidade democrática às decisões judiciais e políticas que versem sobre direitos moralmente justificados, é imprescindível a recolocação do povo como partícipe necessário na definição dos significados e alcances das normas constitucionais. E, partindo de uma concepção deliberativa de democracia demonstrou como é possível haver outras formas de compreender-se e exercer o controle judicial de constitucionalidade das leis.

E, ao explorar a atuação das instituições segundo suas capacidades, o autor propõe uma atuação baseada nos diálogos e, com isso, demonstra que o STF tem se utilizado de audiências públicas e da admissão de *amicus curiae* para promover sua abertura à expressão do que o povo realmente quer que sua constituição seja.

Segundo Godoy:³²⁷

³²⁵ GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e Democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/25553/DISSERTACAO%20-%20Miguel%20G.%20Godoy.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, p. 126. Acesso em: 13 jul. 2019.

³²⁶ GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39908/R%20%20T%20%20MIGUEL%20GUALANO%20DE%20GODOY.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>, p. 230. Acesso em: 21 jul. 2019.

³²⁷ GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo**: crítica à supremacia judicial e

Vale dizer, o recurso a essas diferentes teorias e propostas nos permite ressignificar as bases do nosso constitucionalismo, redefinir a nossa atuação jurisdicional e política na tarefa de interpretação e aplicação da Constituição, repensar nossos desenhos institucionais, de tal forma que a Constituição, esse compromisso fundamental que nos une apesar de nossas profundas diferenças, seja não apenas um documento manejado por juristas ou representantes (distantes), mas a expressão do que nós, o povo (sobretudo o povo sem nós, sem rosto, sem os direitos que possuem, mas que efetivamente não detém), queremos que ela seja.

Miguel Godoy faz um importante estudo teórico e crítico do constitucionalismo popular e percorre os caminhos do minimalismo, do constitucionalismo democrático e dos diálogos interinstitucionais. Merece destaque aqui a descrição do que vem a ser o constitucionalismo democrático³²⁸:

O constitucionalismo democrático se nega a aceitar essa perspectiva excludente entre exercício da jurisdição e exercício da política democrática. Ao contrário, a judicialização de uma determinada questão e a sua solução pelo Poder Judiciário apenas altera a natureza da política democrática. A política democrática pode conformar-se com a decisão, aceitá-la e corrigir sua postura ou então o foco passará a ser as razões e os elementos que fundamentaram a decisão, a articulação de novos argumentos, a consideração sobre certos princípios invocados, para que se possa, assim, superar a decisão judicial. O constitucionalismo democrático enxerga nesse embate um conflito saudável, que deve ser promovido, e não temido ou silenciado.

E conclui:

O constitucionalismo democrático também oferece uma importante perspectiva quando ressalta os aspectos positivos das eventuais reações negativas ou violentas de cidadãos que discordam veementemente de uma decisão judicial prolatada (backlash), pois ao invés de rechaçar tais reações, ele defende a existência e permanência de canais que possam exprimir esses desacordos. Assim, o constitucionalismo democrático confere importância à decisão judicial porque ela põe fim à controvérsia, mas não nega a possibilidade de sua crítica e superação. É justamente essa dinâmica que confere legitimidade e força à própria constituição e que também permite que os cidadãos permaneçam fiéis a ela, mesmo quando não concordam com as decisões dadas por juízes e cortes.³²⁹

diálogos interinstitucionais. Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39908/R%20%20T%20%20MIGUEL%20GUALANO%20DE%20GODOY.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>, p. 244. Acesso em: 21 jul. 2019.

³²⁸ GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais.** Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39908/R%20%20T%20%20MIGUEL%20GUALANO%20DE%20GODOY.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>, p. 134. Acesso em: 21 jul. 2019.

³²⁹ GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais.** Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39908/R%20%20T%20%20MIGUEL%20GUALANO%20DE%20GODOY.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>, p. 239. Acesso em: 21 jul. 2019.

Enfim, constata-se que, embora muito se discuta sobre a possibilidade ou não de o poder judiciário abrir-se ao diálogo com a sociedade e, diante do fato de que para alguns doutrinadores constitucionais o princípio da separação de poderes, em sua versão tradicional, não permitiria esse avanço, vemos que já faz certo tempo que o poder judiciário vem tentando estabelecer essa aproximação, ainda que somente no âmbito da jurisdição constitucional.

O STF, há tempos, tem se utilizado da realização de audiências públicas e da admissão de *amici curiae* (quando também aceitos juntamente com as audiências públicas) para promover a abertura de diálogos com a sociedade, e a forma como vem se utilizando esses institutos é o que veremos a seguir.

4.6.1 Democracia deliberativa, Audiências públicas e *amicus curiae*

Em sua dissertação de mestrado, já mencionada anteriormente, Miguel Godoy apresenta algumas situações práticas que representam o pensamento teórico sobre a necessidade política de estabelecer-se uma democracia deliberativa tanto por parte do poder executivo quanto do poder legislativo, sendo elas: minipúblicos, orçamento participativo e conselhos.

Esses projetos e práticas consistem em reunir os cidadãos, sejam poucos, sejam muitos, para deliberações públicas organizadas de maneira autoconsciente (o que seria caracterizado como minipúblico). Além disso, menciona a deliberação por meio de orçamento participativo nos municípios, desde que ocorra uma participação efetiva dos cidadãos, ou seja, desde que sejam atuantes e empoderados. Essa prática amplia a responsabilidade estatal e se mostra como um bom mecanismo de controle social sobre a alocação e aplicação das verbas públicas.³³⁰

Além do orçamento participativo, outro canal de participação política direta sobre as políticas públicas se dá por intermédio dos Conselhos estaduais e municipais especializados. É pela via desses Conselhos que a população consegue expressar suas necessidades, requisições, reclamações, influenciar a tomada de decisões e também exercer o controle social sobre a elaboração e realização de políticas públicas.³³¹

Conclui o autor³³²:

³³⁰ GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e Democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/25553/DISSERTACAO%20-%20Miguel%20G.%20Godoy.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, p. 88. Acesso em: 13 jul. 2019.

³³¹ GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e Democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/25553/DISSERTACAO%20-%20Miguel%20G.%20Godoy.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 91. Acesso em: 13 jul. 2019.

³³² GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e Democracia**: uma leitura a partir de Carlos

O que essas experiências práticas de discussão e decisão coletivas mostram é que, de fato, é possível estabelecer um processo democrático deliberativo e, por vezes, um processo democrático direto, sem representação ou intermediações (...). E se o Poder Judiciário tem algum papel a cumprir (e, certamente, tem) na tarefa de garantir e respeitar a democracia, também a teoria da democracia, a democracia deliberativa, tem um papel a cumprir sobre a prática jurisdicional.

Como visto, a democracia deliberativa já tem sido percebida de forma efetiva no âmbito do poder executivo e legislativo. E, no entender do referido autor, é importante que se faça presente também no âmbito do poder judiciário.

A sociedade contemporânea consagrou a democracia representativa como modelo político legítimo. No entanto, como já comentado anteriormente, é tema frequente nos debates atuais a questão dos mecanismos de aplicação do controle de constitucionalidade e sua representatividade democrática. Ou seja, a discussão reside no fato de que esse controle pelo poder judiciário se dá de modo discricionário, razão pela qual se faz necessário repensar mecanismos que possam legitimar essa atuação.

Assim, mais uma vez, faz-se importante trazer os ensinamentos de Jürgen Habermas no tocante à necessidade de se repensar a proposta de democracia representativa, partindo em defesa de uma democracia deliberativa.

Com a perspectiva de que a Modernidade é um “projeto inacabado” na obra “Faktizität und Geltung”, Jürgen Habermas especula, dentre outros temas, sobre as repercussões ao processo judicial orientado pela política de democracia deliberativa.

Em artigo intitulado “Os três modelos normativos de democracia³³³”, Habermas sustenta que a defesa dessa democracia constitucional ainda é possível por meio de uma estrutura deliberativa. Ao criticar os modelos de democracia propostos pelo liberalismo e pelo republicanismo comunitarista, o autor propõe uma política deliberativa concebida pela teoria do discurso.

Habermas propõe que a democracia assuma contornos “deliberativos”, com o objetivo de explicar mecanismos do Estado liberal em um contexto de projetos de vida comunitária conflitantes entre si, de aprimorar o processo político de modo a que as políticas públicas possam ser entendidas por todos como resultado do acordo na base das melhores razões.³³⁴

Santiago Nino e Roberto Gargarella. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/25553/DISSERTACAO%20-%20Miguel%20G.%20Godoy.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, p. 93-94 e 127. Acesso em: 13 jul. 2019.

³³³ HABERMAS, Jürgen. **Três modelos normativos de democracia**. São Paulo: Lua Nova, n. 36, p. 39-53, 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451995000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 set. 2019.

³³⁴ HABERMAS, Jürgen. **Três modelos normativos de democracia**. São Paulo: Lua Nova, n. 36, p. 39-53, 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451995000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 set. 2019, p. 198.

O autor esclarece ainda que o conceito de democracia deliberativa deve ser entendido como um campo de influência, de onde se disseminam convicções práticas e não como um campo alternativo de constituição do poder. Tais convicções práticas são a legítima expressão de soberania do povo, dentro de uma prática discursivo-deliberativa, as quais só podem gerar o poder político, ou seja: assumir uma forma autorizada mediante procedimentos institucionalizados de formação democrática da opinião e da vontade.³³⁵

O modelo deliberativo apresenta que a formação da vontade social, de origem política, deve se dar de modo comunicativo. Melhor dizendo, deve ser fruto de entendimento entre os cidadãos e não da mera composição de interesses. Assim, ordinariamente, as esferas administrativa e econômica devem curvar-se ante o entendimento obtido no discurso social:

O direito não é um sistema narcisisticamente fechado sobre si próprio, mas é alimentado pela vida ética democrática de cidadãos emancipados e por uma cultura política liberal que lhe é afim. Isso torna-se claro quando tentamos explicar o fato paradoxal de que o direito legítimo pode provir da mera legalidade. O procedimento democrático de elaboração legal apoia-se no uso por cidadãos de seus direitos comunicativos e participativos *também* com vistas ao bem comum – uma atitude que pode ser reclamada politicamente mas não pode ser compelida legalmente. Como todos os direitos individuais, a forma dos direitos políticos também é de tal ordem que eles meramente propiciam esferas de livre escolha e apenas fazem do comportamento legal um dever. A despeito dessa estrutura, contudo, eles somente podem dar acesso às fontes de legitimação na formação discursiva da opinião e da vontade quando os cidadãos não usam suas liberdades comunicativas exclusivamente como liberdades individuais na busca de interesses pessoais mas, ao invés, as usam como liberdades comunicativas para a propósito de um 'uso público da razão'. (...) ³³⁶

Assim, se distorções ocorrerem, o controle de constitucionalidade é tido como meio para que a cidadania faça prevalecer sua vontade. Nesse contexto, o controle de constitucionalidade é entendido como um dos instrumentos do qual a cidadania dispõe para fazer funcionar o modelo deliberativo.

Voltando ao tema para a forma como o poder judiciário vem se empenhando nessa tarefa de conferir um caráter democrático às decisões tomadas, vemos que, atualmente, referido poder vem se utilizando de dois institutos processuais relevantes:

³³⁵ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. RADKE, Rafael Wagner. **Habermas e a tentativa procedimental de superação da discricionariedade judicial**. *Revista Brasileira de Estudos Políticos* | Belo Horizonte | n. 115 | p. 81-108 | jul./dez. 2017. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/viewFile/473/425>>. Acesso em: 22 set. 2019.

³³⁶ HABERMAS, Jürgen. **Três modelos normativos de democracia**. São Paulo: Lua Nova, n. 36, p. 39-53, 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451995000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 set. 2019.

as audiências públicas e o *amicus curiae*.

Situar o instituto das audiências públicas no cenário político e, principalmente, jurídico é de suma importância, visto que são a expressão da formação de conclusão de decisões jurisdicionais que decorrem a partir de sua aplicação prática – e seus efeitos na esfera social, enquanto decisão fruto do processo jurisdicional, intuído como participativo e democrático.

Em nosso ordenamento jurídico, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, o *amicus curiae* e a audiência pública estão disciplinados de maneira precária, sendo regulamentados por poucos artigos constantes das leis 9.868/99 e 9.882/99, que dispõem, respectivamente, sobre a ADI e a respeito da ADPF, bem como no Regimento Interno do STF, ambos de maneira superficial. Outrossim, o novo CPC também trata do *amicus curiae*, em seu art. 138. O referido conjunto normativo limita-se a definir as hipóteses de admissão dos *amici* e de convocação das audiências públicas, além de definir as competências do Relator ou Presidente do Tribunal para decidir sobre as manifestações.

E nesse contexto, sob o ponto de vista processual-finalístico, as audiências públicas são instrumentos que auxiliam na tomada de decisões, permitindo o diálogo entre a autoridade que decide e a sociedade que conhece as peculiaridades do objeto da decisão, seja pela *expertise* na área, seja por ser sujeito direto ou indireto dos efeitos da decisão que seguirá, uma vez que sua condução se dá, necessariamente, pela oralidade e é pautada pela elevada transparência, atribuindo maior substrato factual para a autoridade que decide, além de ampliar a legitimidade dessa decisão.³³⁷

Mesmo já garantido o processo legislativo supracitado, a primeira vez em que o STF abriu-se à participação de terceiros não integrantes de uma ADI por meio de audiência pública, ocorreu em 20 de abril de 2007, por ocasião do julgamento da ADI n. 3.510 - Lei de Biossegurança, que teve como objeto o amparo constitucional acerca da possibilidade de realização de pesquisas com células-tronco embrionárias humanas.

Na ocasião inaugural, discutia-se a constitucionalidade do Art. 5º da Lei Federal n. 11.105, de 24/03/2005, que previa a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas algumas condições, para o desenvolvimento de pesquisas científicas³³⁸

Houve sete pedidos de ingresso na ação na condição de *amicus curiae*.

No entanto, apenas cinco pedidos foram deferidos, sem que fossem justificados

³³⁷ RAIS, Diogo. **A Sociedade e o Supremo Tribunal Federal**: O caso das audiências públicas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 34.

³³⁸ Audiência pública realizada para instruir a ADIn nº 3.510. Brasília, Supremo Tribunal Federal, 20 abr. 2007. Min. Relator Carlos Ayres Brito.

na decisão do Relator os motivos da aceitação ou rejeição dos pedidos.

Em 29 de fevereiro de 2009, foi publicada a Emenda Regimental n. 29, por meio da qual fora inserido, no art. 13 do Regimento Interno do STF, o inciso XVII, que determina ao Presidente da Corte a competência em convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário, propiciando o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal.³³⁹

Atualmente, o STF regula e proceduraliza as audiências públicas por meio do art. 154 de seu Regimento Interno, possibilitando a realização das mesmas em todos os julgamentos proferidos pela Corte e que envolvam interesse público e de repercussão geral.³⁴⁰

Diversos assuntos já foram objeto de discussão em audiências públicas no âmbito do STF como, por exemplo, a possibilidade de interrupção de gravidez – feto anencéfalo, o uso do amianto, o financiamento de campanhas eleitorais, a publicação de biografias não autorizadas, Programa Federal Mais Médicos, dentre outros.

São também exemplos de inovações apresentadas na esfera do Poder Judiciário as audiências públicas eleitorais promovidas pelo TSE, com o sentido de permitir a participação da sociedade nos trabalhos pertinentes ao processo de normatização das eleições. Ainda sem a regulamentação legal, o TSE realiza audiências

³³⁹ Art. 13. São atribuições do Presidente: XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal.

Art. 21. São atribuições do Relator: XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante. XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou nos processos de sua relatoria. XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou em qualquer processo em curso no âmbito da Presidência.

³⁴⁰ Art. 154. Serão públicas as audiências: CPC: art. 444 (audiências públicas ou reservadas) CPP: art. 792 (audiências públicas ou reservadas). II – para instrução de processo, salvo motivo relevante. CF/1988: art. 5º, LV (contraditório) e LX (publicidade dos atos) – art. 93, IX (sessões públicas ou reservadas). RISTF: art. 151, I (requerida por Ministro). CPC: art. 155 (publicidade dos atos: restrições). CPP: § 1º e § 2º do art. 792 (sessões reservadas). III1 – para ouvir o depoimento das pessoas de que tratam os arts. 13, inciso XVII, e 21, inciso XVII, deste Regimento. Parágrafo único1. A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento: I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas; II – havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião; III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar; 95 IV – o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate; V – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça; VI – os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência; VII – os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocar a audiência.

públicas antes da deliberação ou edição de normas regulamentadoras eleitorais. Para isso, são convidadas lideranças partidárias, imprensa, empresas de pesquisa de opinião que, enquanto representantes da sociedade, contribuem mediante a elaboração de regras que, posteriormente, são submetidas à análise da Corte especializada.

Sobre o *amicus curiae*, o eminente ministro Gilmar Mendes³⁴¹ firma o entendimento de que:

O instituto em questão, de longa tradição no direito americano, visa a um objetivo dos mais relevantes: viabilizar a participação no processo de interessados e afetados pelas decisões tomadas no âmbito do controle de constitucionalidade. Como há facilmente de se perceber, trata-se de medida concretizadora do princípio do pluralismo democrático que rege a ordem constitucional brasileira. Para além disso, o dispositivo em questão acaba por ensejar a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, esse importante instrumento passou a ser previsto expressamente no artigo 138.

Topograficamente localizado no “TÍTULO III - Da Intervenção de Terceiros”, do CPC, sua atuação permite uma tutela jurisdicional mais acurada nos termos do artigo 5º, XXXV da CRFB/1988.

Acerca do *amicus curiae*, Marcus Destefenni doutrina em excepcional síntese:

A expressão completa, *amicus curiae*, significa, literalmente, amigo da corte. No sistema judicial norte-americano, uma pessoa, diferente das partes, que possua forte interesse no processo ou opiniões acerca de seu objeto, pode postular uma permissão para formular uma peça processual, aparentemente no interesse de uma das partes, mas, na verdade, para sugerir um posicionamento compatível com suas próprias opiniões. Essa peça do *amicus curiae*, normalmente, traz questões de amplo interesse público. Ela pode ser apresentada por particulares ou pelo governo. Dessa forma, **a função do *amicus curiae* é chamar a atenção da corte para questões que eventualmente não tenham sido notadas, fornecendo subsídios para uma decisão apropriada.** (grifo nosso)³⁴²

O Min. Celso de Mello, ao proferir seu voto na ADI-MC 2130/SC, sensível a essa interpretação, ressaltou o real papel do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade:

³⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99 - Revista Diálogo Jurídico, nº 11, fevereiro de 2002, Salvador/BA, Brasil. Disponível em: <<http://www.gilmarmendes.com.br/wp-content/uploads/2018/09/ANÁLISE-DAS-LEIS-9868-99-E-9882-99.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

³⁴² DESTEFENNI, Marcos. **Curso de Processo Civil**: Processo de Conhecimento Convencional e Eletrônico. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 241.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO AMICUS CURIAE. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9.868/99 (ART. 7º § 2º). SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA ADMISSÃO DO AMICUS CURIAE NO SISTEMA DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE ADMISSÃO DEFERIDO.

No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do *amicus curiae* (Lei nº 9.868/99, art. 7º, § 2º), permitindo que terceiros – desde que investidos de representatividade adequada – possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo adjetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional. [...] (ADI-MC 2130-SC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20.12.2000, p. 02.02.2001, p. 00145).

Na mesma esteira da previsão inserida no § 2º do art. 7º da Lei 9868/99, há outros dispositivos que ampliam a abertura da participação de outros órgãos no processo de controle objetivo de constitucionalidade, sem, contudo, autorizar a defesa de interesses subjetivos. São eles:

Art. 6º: O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado. Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido. [...]

Art. 9º: Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. § 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição. § 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contados da solicitação do relator.

Percebemos que o fundamento desses dispositivos reside em conferir à Corte

Constitucional melhores informações para decidir. Nada mais são do que instrumentos que atribuem maior legitimidade às decisões do STF.

Cássio Scarpinella Bueno explica essa abertura do processo objetivo de controle de constitucionalidade:

A “abertura” do processo da ação direta de inconstitucionalidade, ademais, deve ser entendida quase como uma saudável (e necessária) decorrência do caráter vinculante das decisões proferidas naquela sede e, também, como ideia de que o tão decantado “processo de caráter objetivo”, sem “lide”, sem interesses ou posições de vantagem individualmente analisáveis e capturáveis, que caracteriza esse tipo de ação, não pode significar, pura e simplesmente, a impossibilidade de maior (e necessário) debate sobre as questões que o Supremo Tribunal Federal está para decidir. [...] O “terceiro” a que se refere o art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99 não deve ser estudado em confronto com os “terceiros intervenientes”, assim entendidos aqueles que, em nome próprio e por “direito” próprio, que deriva, direta e indiretamente, do que se discute em juízo, buscam intervir em processos alheios. Mas, bem diferentemente, a partir de um contexto em que o que se busca é a produção de melhor decisão jurisdicional, realizada, na medida do necessário, uma instrução quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade de dada norma. Uma intervenção que sempre ocupa mais com os efeitos externos e difusos do que for decidido, do que propriamente com o atingimento desses mesmos efeitos na situação pessoal (na sua esfera jurídica individual) do interveniente.³⁴³

No entanto, realizada essa descrição das audiências públicas e da presença do *amicus curiae*, enquanto instrumentos à disposição da jurisdição constitucional, importante se faz análise e avaliação acerca da efetividade quanto aos métodos, procedimentos e resultados, para que, diante de seus propósitos, possam apresentar-se enquanto possibilidade efetivamente adequada e imediata disponível à sociedade, na garantia da discussão dos direitos constitucionais.

4.7 Críticas à atuação do poder judiciário em implementar um espaço de discussão com o povo ou de atuar afirmando que o está representando.

No decorrer dos capítulos anteriores, podemos observar que, independentemente do olhar que se faça sobre a separação dos poderes no Brasil, o fato é que o poder judiciário, notadamente no âmbito da jurisdição constitucional, vem ampliando esse espaço de discussão com o povo na tentativa de proferir decisões que se aproximem dos anseios da população.

Devido a essa atuação do poder judiciário, surgem diversos questionamentos, dentre os quais se destaca a questão da supremacia judicial do STF; sua legitimidade

³⁴³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro**. Um Terceiro Enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 140.

democrática para decidir as principais questões da vida pública em uma sociedade sem possuírem mandato popular; e ainda questões mais contemporâneas como a discussão sobre a efetividade dos métodos empregados pelos sistemas de justiça no intuito de se designarem como representantes dos anseios da sociedade.

De fato, se as leis seriam a verdadeira expressão da "vontade do povo", pois votadas por um poder eleito democraticamente, "desrespeitar" seu texto, ou mesmo, preencher lacunas na legislação (na falta de texto expresso) poderia significar usurpar a soberania popular e instaurar uma normatividade de caráter autoritário. Ao interpretar as leis, o Supremo estaria criando uma situação de "desequilíbrio entre os poderes".

Bruce Ackermann justifica a atuação dos juízes sobre a constitucionalidade das leis em uma concepção dualística da constituição. Para o autor, há as decisões majoritárias tomadas em grandes momentos constitucionais como quando o povo funda a constituição e as decisões tomadas em períodos convencionais, pelos representantes do povo com a elaboração de leis nacionais e locais ditadas pelo governo vigente.³⁴⁴ É com o intuito de preservar essas decisões constitucionais que a atuação jurisdicional deve existir. Dessa maneira, os juízes não atuariam de forma antidemocrática, senão democraticamente para evitar que leis ordinárias ofendam as decisões mais importantes tomadas pela sociedade.³⁴⁵

Também justificando essa atuação do poder judiciário, Miguel Godoy pondera:

Compete aos intérpretes da Constituição expor os direitos e justificá-los sob sua melhor a luz. Se o sentido de um texto não é definido pelo próprio texto, mas sim pelo intérprete, a tarefa de interpretar e aplicar a Constituição consiste em um grande desafio, dados os razoáveis e profundos desacordos morais sobre os conteúdos das normas constitucionais. Por essa razão, a interpretação e aplicação da Constituição deve ser uma tarefa compartilhada. Nessa tarefa, juízes e cortes têm muito a dizer e muito a contribuir. Juízes e cortes contam com uma série de propriedades que os qualificam para realizar uma interpretação profunda e relevante da Constituição, como, por exemplo, sua especialidade técnica e seu relativo afastamento das disputas e interesses político-partidários mais imediatos.³⁴⁶

E, ao final desse texto, o autor faz outra consideração importante sobre a atuação dos juízes e cortes: "No entanto, fundamentar sua atuação sobre essas

³⁴⁴ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano** – fundamentos do Direito Constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 09.

³⁴⁵ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano** – fundamentos do Direito Constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 09.

³⁴⁶ GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39908/R%20%20T%20%20MIGUEL%20GUALANO%20DE%20GODOY.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>, p. 232. Acesso em: 21 jul. 2019.

condições e, assim, utilizá-las como justificativa de sua supremacia interpretativa e última palavra é um equívoco, pois essas condições não são absolutas, fixas ou imutáveis”³⁴⁷.

E assim vemos surgir outra crítica importante: a questão da supremacia judicial.

Assim, merece destaque a opinião de Oscar Vilhena sobre o assunto:

O que começou a ficar claro nos períodos Itamar e FHC foi que o Supremo não mais se limitaria ao papel de um tribunal omissivo e deferente. Ao julgar sem grande cerimônia inconstitucional uma emenda à Constituição, deu um sólido passo em direção ao exercício da supremacia. Também ao assumir uma postura mais responsiva, se declarando competente para interferir nas políticas públicas decorrentes de direitos fundamentais, o STF se demonstrou cada vez mais confortável em ocupar sua nova posição no sistema de separação de poderes criado pela Constituição de 1988.³⁴⁸

Contudo, Miguel Godoy conclui essa discussão com maestria:

Por isso, contrariamente a essa ideia, o que se busca com esta crítica à ideia de supremacia judicial é justamente aperfeiçoar as formas de compreensão e exercício dos poderes das cortes e juízes na definição dos significados e alcances das normas constitucionais para que se expandam também os poderes e a participação do povo nessa tarefa de interpretação da Constituição. É de constitucionalismo popular a devolução da Constituição ao povo. Para que a Constituição, esse documento fundante que nos constitui como uma comunidade de cidadãos que se reconhecem livres e iguais, seja produto não apenas das decisões de juízes, cortes, do Supremo Tribunal Federal ou dos nossos representantes eleitos, mas também e principalmente o resultado do que nós, o povo, desejamos que ela seja.³⁴⁹

Uma segunda crítica recorrente e que merece destaque é a que diz respeito aos métodos empregados pelos sistemas de justiça.

Conrado Hübner Mendes, em interessante ensaio, aborda os avanços que a instalação de uma Corte Deliberativa traria à jurisdição constitucional desenvolvida no Brasil, uma vez que nesse espaço ocorreriam os embates entre as razões expostas, havendo em cada fase uma mudança entre os personagens envolvidos na

³⁴⁷ GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais.** Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39908/R%20%20T%20%20MIGUEL%20GUALANO%20DE%20GODOY.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>, p. 232. Acesso em: 21 jul. 2019.

³⁴⁸ VILHENA, Oscar Vieira. **A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional.** São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 2833.

³⁴⁹ GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais.** Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39908/R%20%20T%20%20MIGUEL%20GUALANO%20DE%20GODOY.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>, p. 89. Acesso em: 21 jul. 2019.

deliberação.³⁵⁰ Contudo, o citado doutrinador é bastante crítico ao afirmar que o STF adota uma postura solista, mesmo após a implementação das audiências públicas. A seguinte passagem demonstra a opinião do autor acerca da ausência da característica deliberativa no STF:

Sob a perspectiva deliberativa, continua a ser um ente periférico e inexpressivo. Transformar um “tribunal de solistas” num tribunal deliberativo requer mais que rearranjos procedimentais. Exige que juízes, pessoalmente, entendam e valorizem o espírito de deliberação. Que se tornem enfim deliberadores.³⁵¹

Em seu livro “Como decidem as cortes”, José Rodrigo Rodriguez faz observação semelhante:

Nem mesmo a participação de terceiros, por intermédio dos *amici curiae* e dos convocados para a audiência pública, tem retirado dos julgamentos o caráter pessoal da decisão de cada um dos Ministros. Vale dizer, a dinâmica decisória, ainda que aberta a participação de terceiros, segue sendo pessoal, opinativa, de tal forma que os Ministros se comportam como indivíduos distantes que precisam ser convencidos, e não como membros e representantes de uma instituição cuja função é destrinçar o Direito, apresentar os melhores argumentos e, assim, solucionar os casos e justificar suas decisões racionalmente. As decisões continuam sendo individuais, e não construídas em função de um padrão argumentativo adequado ao caso.³⁵²

E, nas considerações finais de sua tese de doutorado, Miguel Godoy aponta que a forma como o STF tem se utilizado da realização das audiências públicas e da admissão dos *amici curiae* tem sido muito pouco dialógica. Na visão do autor, as audiências públicas têm se reduzido apenas e tão somente à exposição de diferentes posições em relação a um dado caso e têm funcionado apenas como espaço de complementação informativa dos Ministros. Não se tem permitido o debate, o desafio e troca de argumentos. Os Ministros têm uma participação eminentemente passiva, fazem poucas perguntas (muitas vezes nenhuma), não se engajam no debate.³⁵³

E no caso dos *amici curiae*, sua admissão ou recusa carece de mais justificativa

³⁵⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 73.

³⁵¹ MENDES, Conrado Hübner. **O projeto de uma Corte Deliberativa in Jurisdição Constitucional no Brasil**. In: SOUZA, Rodrigo Pagani de. *et al.* Jurisdição Constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 53-74.

³⁵² RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 209.

³⁵³ GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39908/R%20%20T%20%20MIGUEL%20GUALANO%20DE%20GODOY.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>, p. 244. Acesso em: 21 jul. 2019.

por parte do Ministro Relator. Cabe a este possibilitar que mais vozes sejam ouvidas, sobretudo aquelas que têm poucas possibilidades de se fazerem audíveis.³⁵⁴

E, por fim, conclui o autor:

Em que pese a existência de instrumentos normativos destinados aos diálogos, a paulatina abertura do Supremo Tribunal Federal e a realização de audiências públicas e a admissão de amici curiae, as decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal ainda têm sido tomadas de forma individual, sem um engajamento colegiado dos Ministros e sem que o recurso às audiências públicas e aos amici curiae promovam um efetivo debate ou diálogo.³⁵⁵

Para esse momento, vale descrever o trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes quando da análise de constitucionalidade da lei da ficha limpa e que permite verificar que, embora a opinião pública da maioria nesse caso era por sua aprovação, o ministro deixa claro como deve votar a mais alta corte de justiça:

O argumento de que a lei é de iniciativa popular não tem peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contra majoritário da Jurisdição Constitucional. É compreensível a ação das várias associações e 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 contra majoritária, claro, tendo em vista a opinião pública, segundo as 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.³⁵⁶ (grifei)

A última crítica apresentada vem pela observação do professor José Rodrigo Rodriguez, em artigo intitulado Política Judiciária e a Perversão do Direito. O autor faz uma constatação importante sobre o comportamento dos sistemas de justiça - em especial o papel do ministério público, no decorrer da operação Lava Jato, já que, em diversos momentos, referido órgão declara fazer suas investigações fulcrado na opinião

³⁵⁴ GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais.** Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39908/R%20%20T%20%20MIGUEL%20GUALANO%20DE%20GODOY.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>, p. 244. Acesso em: 21 jul. 2019.

³⁵⁵ GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais.** Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39908/R%20%20T%20%20MIGUEL%20GUALANO%20DE%20GODOY.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>, p. 244. Acesso em: 21 jul. 2019.

³⁵⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário RE 630147-DF – Distrito Federal.** Rel. Min. Ayres Britto. Julgamento em: 29/09/2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-gilmar-mendes-recurso-ex.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

do povo.

Menciona referido autor:

A princípio, não há entraves nem legais nem éticos para a expansão dos canais de escuta da população também pelos organismos de Justiça. Não está escrito nas tábuas da lei que a separação de poderes deva funcionar conforme um suposto “modelo clássico” de três poderes, dotados de freios e contrapesos estandardizados. A característica essencial da separação de poderes, como nos ensina Franz Neumann (1964) é, apenas, que nenhuma decisão do poder reste sem controle por outro poder³⁵⁷.

Ou seja, a extensão da concretização da soberania popular também no âmbito do poder judiciário não encontra dificuldades de ser instituída. Contudo, o desafio persiste em relação à forma como se daria esse procedimento. Como não dispõe de critérios institucionalizados, cada órgão do poder judiciário constrói sua própria visão de participação democrática, o que é alvo de críticas:

No entanto, isso não pode significar que a “vontade do povo” seja construída por dispositivos de escuta variados, estabelecidos ao bel-prazer do poder público e utilizados de forma meramente arbitrária para justificar certa visão do direito e toda uma estratégia de ação que irá resultar, afinal, em gasto de dinheiro público para investigar e punir determinadas pessoas e não outras.³⁵⁸

Para Rodriguez, os órgãos do sistema de justiça, no momento atual, parecem estar livres para dizer que falam “em nome do povo” sob qualquer fundamento, sem regras claras, sem procedimentos detalhados e controláveis judicialmente.³⁵⁹

E, para concluir, Rodriguez menciona:

Eu diria que, hoje, no que diz respeito à utilização da “vontade do povo” para tomar decisões, o sistema de justiça, regra geral, salvo casos muito bem-sucedidos de audiências públicas no STF e em outros órgãos, decide mergulhado em uma “zona de autarquia”. Tenho utilizado o conceito de “zona de autarquia” para identificar fenômenos de perversão do Direito que consistem na formação de espaços decisórios arbitrários no interior de um determinado órgão ou a criação de todo um regime jurídico autônomo, que toma decisões de forma estritamente unilateral.³⁶⁰

³⁵⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Política Judiciária e a Perversão do Direito**. Disponível em: <<http://insightinteligencia.com.br/pdfs/80.pdf>>, p. 127. Acesso em: 20 ago. 2019.

³⁵⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Política Judiciária e a Perversão do Direito**. Disponível em: <<http://insightinteligencia.com.br/pdfs/80.pdf>>, p. 127. Acesso em: 20 ago. 2019.

³⁵⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Política Judiciária e a Perversão do Direito**. Disponível em: <<http://insightinteligencia.com.br/pdfs/80.pdf>>, p. 129. Acesso em: 20 ago. 2019.

³⁶⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Política Judiciária e a Perversão do Direito**. Disponível em: <<http://insightinteligencia.com.br/pdfs/80.pdf>>, p. 129. Acesso em: 20 ago. 2019.

O que se vê, portanto, é que os órgãos jurisdicionais precisam aperfeiçoar essas tentativas de aproximação do povo no intuito de melhor legitimar-se perante ele.

4.8 As decisões judiciais eleitorais que cassam mandatos eletivos: é possível pensar o poder judiciário como espaço de discussão direta com o povo por meio de audiências públicas, conferindo-lhe legitimidade democrática?

Como visto, no decorrer de todo o conteúdo exposto no presente trabalho, observou-se que sim: o poder judiciário vem tentando implementar mecanismos de escuta da população, manifestando sua intenção por meio da realização de audiências públicas e da admissão do *amicus curiae* em temas de grande relevância, tanto para o regime político em si quanto para a população.

No entanto, as razões que levam a tão importante segmento de poder dentro do Estado a agir dessa forma são variadas: há quem defenda que o poder judiciário, assim agindo, o faz com o intuito de conferir certa legitimidade democrática para sua atuação (já que não possui mandato conferido pelo povo) e, desta forma, consagraria o princípio da soberania popular; há os que concluem que o poder judiciário vem decidindo questões que deveriam ser debatidas pelo poder legislativo e, desta forma, poderia estar ocorrendo certa usurpação da soberania popular.³⁶¹

Ao estudarmos mais detidamente a questão da soberania popular, vimos que também ocorre uma divergência no mundo jurídico acerca do que se entende por ela. Isso se deve ao fato de que um conceito clássico, estanque (no contexto de uma sociedade homogênea) pode não estar mais condizente com a realidade da sociedade moderna. Somos uma sociedade plural, questionadora, que está o tempo todo vivendo demandas inéditas. Assim, a vontade da maioria pensada antigamente já não serve mais para atender as demandas atuais dessa mesma sociedade.

Diante da complexidade da teoria defendida por Habermas, nesse estudo destacamos apenas seu entendimento sobre soberania popular. Contudo, observou-se também que sua teoria procedimental se encontra mais voltada às práticas do poder

³⁶¹ É o que bem demonstra artigo do professor José Rodrigo Rodriguez, já exposto neste trabalho: Para uma parte dos analistas brasileiros, estaríamos vivendo uma grave “crise institucional”, que se explicaria pelo fato de o Supremo Tribunal Federal estar “invadindo” o espaço do Poder Legislativo, ou seja, estar se comportando como não deveria. Qualquer sinal de “ativismo judicial”, identificado com a atividade de interpretar as leis para além da literalidade de seu texto, seria perigoso para o equilíbrio entre os poderes. Afinal, de acordo com essa análise, as leis seriam a verdadeira expressão da “vontade do povo”, pois votadas por um poder eleito democraticamente. “Desrespeitar” seu texto ou mesmo preencher lacunas na legislação (na falta de texto expresso) significaria usurpar a soberania popular e instaurar uma normatividade de caráter autoritário. Ao interpretar as leis, o Supremo estaria criando uma situação de “desequilíbrio entre os poderes”. RORDRIGUEZ, José Rodrigo. **A desintegração do status quo:** direito e lutas sociais. Novos Estudos Cebrap, n. 96, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n96/a05n96.pdf>>, p. 50. Acesso em: 16 maio 2019.

legislativo, o que não retira sua importância, porém sua aplicação perante as demandas judiciais merece estudo mais aprofundado.

Outra questão não menos importante diz respeito à observância do princípio constitucional da separação de poderes. Para entender que o poder judiciário pode sim se valer de instrumentos de oitiva da população para questões de relevante importância, é preciso ver a separação de poderes em uma nova roupagem, com uma nova visão³⁶². Essa nova visão refere-se ao modo como os poderes interagem entre si, não apenas no sentido de controlar as decisões uns dos outros, mas também de colaborar na tomada dessas decisões.

Assim, não apenas se deixam de lado o debate e a decisão sobre que República se quer, mas também a separação entre os Poderes deixa de ser concebida como um sistema de freios e contrapesos no qual os Poderes se fiscalizam mutuamente a fim de evitar abusos e ingerências de uns sobre os outros.

E se constataremos que sim, o poder judiciário pode tomar decisões importantes baseadas em diálogos com a população, também conclui-se que ainda é preciso haver um amadurecimento na metodologia empregada.

A forma como a população participa desses embates precisa ser melhorada no sentido de garantir sua efetiva participação e evitar problemas como os relatados anteriormente (espaços decisórios arbitrários, criação de regime jurídico autônomo, dificuldade de ingresso do *amicus curiae*, decisões proferidas unilateralmente por Ministros em Gabinete).

Partindo-se da ideia que trouxe a inquietação por parte desta acadêmica, ou seja, de que as decisões judiciais que cassam mandatos eletivos de prefeitos eleitos podem não estar respeitando a soberania popular, vê-se que não seria vedado ao juiz tentar ouvir a população quando da tomada de sua decisão. Mas o que ficou constatado aqui também é que tudo o que vem sendo discutido atualmente por juristas encontra-se no âmbito da jurisdição constitucional do STF, nosso órgão julgador máximo.

E, diferentemente do que ocorre no âmbito dos procedimentos deliberativos práticos no poder legislativo e executivo (que atuam em seus municípios, bem próximo da população), a questão da participação popular no poder judiciário ainda ocorre

³⁶² Ackermann desenvolve o raciocínio sobre a leitura atual da separação de poderes a partir da premissa segundo a qual, a par da especialização funcional, o princípio possibilita que o governo seja limitado pelo Poder Judiciário e seus tribunais independentes, chamados de “instância de integridade”, cujo controle destina-se a evitar a corrupção de abusos, bem como por uma “instância regulatória”, que obriga o Estado a dar satisfações de como dará conta de melhorar os resultados gerados para a sociedade pelas atividades econômicas reguladas. CARLOS, Fabiano Gonçalves. **Separação de Poderes:** da Concepção Clássica à Noção Contemporânea. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 286-317, Janeiro/Abril 2017. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revista-emerjonline/edicoes/revista78/revista78286.pdf>>, p. 306. Acesso em: 21 jul. 2019.

timidamente, apenas em discussões no âmbito do STF.

Assim, o poder judiciário precisa se voltar para a análise da viabilidade de ouvir a população por meio de audiências públicas ou *amicus curiae* no momento em que ao juiz eleitoral é colocada questão de descumprimento de lei eleitoral para que se observe a possibilidade de ouvir a população sobre assunto polêmico.

Tomaria forma, assim, um modelo em que se permite a um órgão supostamente neutro, munido de técnicas jurídicas sofisticadas e não legitimado diretamente pelas urnas, invalidar as opções políticas daqueles que foram eleitos para conduzir as instituições majoritárias. São geradas tensões que podem ser observadas por meio das relações entre os poderes.

Retomando a questão do ponto de vista empírico, observa-se um número muito elevado de cassações de mandatos e diplomas de candidatos. O fato de haver tantas cassações, decretadas por meio de diversas modalidades de ações provocadas por todos os legitimados e, muitas vezes, de forma concorrente, por motivos diversos, parece indicar no sentido de que talvez os rumos das decisões judiciais eleitorais precisam ser repensados e a participação de terceiros nesse processo decisório pode ser a saída para este impasse.

Retomando o exemplo do prefeito eleito com 84% por cento dos votos válidos³⁶³, devido à sua participação em inauguração de obra pública, o que se coloca em discussão é que, aos olhos do magistrado, a aplicação literal de artigo da lei eleitoral se fez necessária, mas, aos olhos da população, o motivo que levou a cassação do seu representante foi excessivamente trivial.

Do mesmo modo, com relação à cassação do prefeito eleito do município de Vidal Ramos, onde os gastos com publicidade ultrapassaram os limites legais, não seria o caso de a população ser consultada sobre essa eventual potencialidade de que a propaganda tenha influenciado a votação por maioria desse candidato.

A exemplo do que ocorre em decisões no âmbito do STF, quando do julgamento de temas relevantes para a sociedade, percebe-se que dispositivos legais que não mais representam os anseios da sociedade são colocados em discussão por contrariarem princípios fundamentais importantes. E, se assim ficarem caracterizados, esses dispositivos legais simplesmente não são mais aplicados. Veja-se o caso da descriminalização do aborto³⁶⁴. Embora a conduta seja tipificada como crime nos artigos

³⁶³ Vide item 2.6 desta Dissertação.

³⁶⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 442**. Número Único: 0002062-31.2017.1.00.0000. Requerentes: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Interessado: Presidente da República. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 20 set. 2019.

124 e 126 do Código Penal, tem-se a discussão de que dispositivos legais como esses contrariam princípios fundamentais da Carta Magna, como a liberdade e a igualdade.

Para o caso eleitoral, portanto, ouvir a população e, eventualmente, decidir contra interpretação literal de dispositivo da lei eleitoral seria plenamente possível se respeitarmos efetivamente o princípio fundamental e motivador da nossa constituição, tal como é o princípio da soberania popular.

Assim, levanta-se a discussão se o poder judiciário não andaria melhor se tivesse consultado a população para avaliar esses casos.

Em recente artigo intitulado “Por um judiciário mundano: uma visão crítica da indeterminação do direito”³⁶⁵, o professor José Rodrigo Rodriguez menciona justamente que os juristas começaram e terminaram o século XX debatendo o problema da indeterminação do direito e neste início do século XXI. Para os que pensam que a indeterminação é um problema a ser eliminado para que o direito funcione bem, advogam pela manutenção de um modelo de separação de poderes em que o Judiciário deve se limitar a aplicar a lei sem assumir um papel construtivo no processo de interpretação. Já os que pensam que a indeterminação é uma característica essencial do direito contemporâneo, partem do pressuposto de que o Judiciário é criativo, ou seja, cria normas ao solucionar os casos concretos sai dessa visão tradicional da separação de poderes.

Ao criar normas, dentre outras visões, destaca o autor que a indeterminação deve ser gerida por constrangimentos institucionais que padronizem as decisões sem necessariamente impor um modelo hermenêutico padronizado para todos os juízes.

E para os que pensam dessa maneira,

(...) tais constrangimentos devem ter um caráter eminentemente deliberativo e participativo, ou seja, a indeterminação deve ser gerida por juristas no contexto de constrangimentos institucionais abertos à sociedade, tendo os juristas o dever de racionar seguindo um método interdisciplinar – o que exige repensar profundamente a técnica jurídica – que leve em conta não apenas o material jurídico posto, mas também os interesses e desejos da sociedade na construção de soluções para os casos concretos (posição institucionalista democrática).³⁶⁶

³⁶⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Por um Judiciário Mundano**: Uma visão Crítica da Indeterminação do Direito. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). Constituição, sistemas Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, nº 15, Ano 2019, p. 175. Disponível em: <<https://editorakarywa.files.wordpress.com/2019/08/anuc3a1rio-ppg-direito-2019.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2019.

³⁶⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Por um Judiciário Mundano**: Uma visão Crítica da Indeterminação do Direito. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). Constituição, sistemas Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, nº 15, Ano 2019, p. 179. Disponível em: <<https://editorakarywa.files.wordpress.com/2019/08/anuc3a1rio-ppg-direito-2019.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2019.

E, dentre outras considerações importantes extraídas do texto, destaca-se:

Seguindo esta ordem de razões, qual seria o argumento para deixar a sociedade de fora do procedimento de formação das normas jurídicas que regulam a vida dos cidadãos, senão uma defesa, em certa medida, corporativista e aristocrática da tecnocracia judicial? Pois se o poder de legislar em abstrato não é mais exclusivamente exercido pelo Poder Legislativo, seu exercício exclusivamente pelo Judiciário não careceria de um grave déficit de legitimidade?³⁶⁷

E assim propõe solução interessante para a questão da abertura de diálogo entre as Cortes e a sociedade:

Além disso, não seria razoável excluir outros mecanismos capazes de promover a participação da sociedade no exercício do poder de criar normas jurídicas no âmbito judicial. Por exemplo, as já existentes audiências públicas e *amicus curiae*, entre outros que venhamos a inventar. Por que não pensar em júris constitucionais para julgar casos altamente controversos? Júris compostos de pessoas afeitas ao tema, de variadas origens e formações, escolhidos por uma combinação de mérito e sorteio?

E conclui:

É importante reconhecer que estes mecanismos que procuram estabelecer um diálogo entre as Cortes e a sociedade ainda são incipientes e sua eficácia, muitas vezes, é contestada pela literatura especializada (para uma boa visão do problema, ver GODOY, 2017). Mesmo assim, é necessário insistir nesse caminho se quisermos sanar o déficit de legitimação e o risco aristocrático que uma visão e uma prática construtiva da racionalidade jurisdicional instaura no coração da separação de poderes.³⁶⁸

Desse modo, constata-se que o poder judiciário precisa voltar sua análise para a questão da viabilidade de ouvir a população por meio de audiências públicas ou *amicus curiae* (ou com a implementação de júris), no momento em que ao juiz eleitoral é colocada questão de descumprimento de lei eleitoral para que se observe a possibilidade de ouvir a população sobre assunto polêmico.

Tomaria forma, assim, um modelo em que se permite a um órgão supostamente

³⁶⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Por um Judiciário Mundano**: Uma visão Crítica da Indeterminação do Direito. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). Constituição, sistemas Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, nº 15, Ano 2019, p. 180. Disponível em: <<https://editorakarywa.files.wordpress.com/2019/08/anuc3a1rio-ppg-direito-2019.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2019.

³⁶⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Por um Judiciário Mundano**: Uma visão Crítica da Indeterminação do Direito. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). Constituição, sistemas Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, nº 15, Ano 2019, p. 185. Disponível em: <<https://editorakarywa.files.wordpress.com/2019/08/anuc3a1rio-ppg-direito-2019.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2019.

neutro, munido de técnicas jurídicas sofisticadas e não legitimado diretamente pelas urnas, invalidar as opções políticas daqueles que foram eleitos para conduzir as instituições majoritárias, sem que isso possa ferir qualquer princípio constitucional. Ao contrário: estar-se-ia sanando a questão de sua legitimidade democrática ao implementar uma nova visão do princípio da soberania popular.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente Dissertação, foi realizada uma análise do crescente fenômeno de cassações de diplomas e mandatos eletivos e de como essas decisões podem refletir no princípio constitucional da soberania popular. Sendo esta diretamente afetada, estudou-se a possibilidade de implantar no poder judiciário um espaço de discussão dessas decisões diretamente com o povo, o que implica analisar o outro princípio constitucional de grande importância: o princípio da separação de poderes.

A soberania popular, assim entendida em sua concepção clássica, pode não mais representar uma sociedade, ou melhor, um povo que cada vez mais possui aspirações e necessidades diversas, e então a forma como a população é ouvida, a forma como exprime sua opinião de modo geral pode e deve ser repensada do ponto de vista de sua representatividade.

No primeiro capítulo, foi analisado o conceito de soberania popular, partindo de concepções iniciais pautadas na visão de pensadores clássicos, ou seja, dentro de um contexto histórico onde havia a presença desde um Estado absolutista a um Estado Liberal, Social e, finalmente, um Estado Democrático de Direito. Daí por diante, passou-se a analisar detidamente a proposta teórica de Jung Habermas a respeito da soberania popular de forma procedimental.

Habermas, por meio de sua teoria, faz uma redefinição do conceito de soberania popular, que reside na ideia de que este só pode se manifestar sob condições discursivas de um processo diferenciado de formação de opinião e vontade. Sua proposta parte da constatação de que a sociedade moderna é heterogênea e plural e tem dificuldades de integrar-se e fazer valer sua opinião e vontade política, o que faz com que a atuação dos poderes do Estado possa carecer de consistente legitimidade.

Em suma, Habermas vislumbra, no contexto pluralista das sociedades contemporâneas, uma concepção democrática deliberativa procedimental que pressupõe a auto-organização da comunidade, por meio de processos públicos de formação da opinião e da vontade comuns, em que valores, perspectivas e projetos divergentes podem ser racional e livremente debatidos e negociados. Para tanto, é necessária a institucionalização jurídica de diferentes formas de comunicação e deliberação.

Sendo assim, é compreensível que uma soberania popular sublimada de tal maneira como procedimento não possa operar sem o respaldo de uma cultura política que mostre afinidade com ela, ou seja, com uma população que esteja acostumada com a liberdade política, que entenda que, por vezes, sua opinião individual pode não ser

atendida, em detrimento da opinião discutida e decidida de forma majoritária, pois, do contrário, não seria possível uma formação racional de vontade política.

Dentre outras considerações, duas questões relevantes são trazidas pelo próprio autor. A primeira delas consiste em entender por que razão os parlamentares deveriam fazer depender suas decisões de um juízo formado pela população se poderiam invocar apenas as razões pelas quais estão legitimados a representá-la, ou seja, o voto dado a eles? Como resposta, tem-se o argumento de que as instituições se encontram estabelecidas de uma maneira tal que, no geral, não querem se expor à opinião crítica de seus eleitores e, dessa forma, encontram-se protegidas. A segunda consiste em entender por que os eleitores deveriam fazer depender o seu voto de uma opinião maior, formada pelo discurso público que traz uma opinião pública formada? Em resposta, porque assim não conseguiriam fazer valer seus interesses individuais.

É nitidamente notória a contribuição do pensamento de Habermas para repensar o entendimento do princípio da soberania popular e, até mesmo, da legitimidade do direito em sentido amplo. No entanto, é possível notar que a solução que Habermas propõe para entender a soberania popular encontra-se voltada, precipuamente, para resolver questões enfrentadas pelo poder legislativo. Essa visão, por sua vez, parece encontrar ressonância em uma visão tradicional do princípio da separação de poderes, razão pela qual foi necessário ir adiante na pesquisa, buscando o pensamento dos que conferem uma nova visão acerca desse princípio constitucional.

Mediante o estudo e a pesquisa realizados no segundo capítulo, é possível constatar que o Direito Eleitoral sempre sofreu influência das peculiaridades do momento histórico de sua trajetória e que a criação da Justiça Eleitoral foi o fruto da busca pela moralização do procedimento eleitoral.

Hoje, pode-se dizer que os brasileiros têm a possibilidade de exercer plenamente a democracia representativa, conforme regulamenta a CRFB/1988 e defende a Justiça Eleitoral, garantindo os direitos de votar e de ser votado e assegurando o pleno exercício da cidadania em suas diversas manifestações, utilizando-se de ferramentais, tais como as ações eleitorais, como foi possível verificar ao longo do desenvolvimento deste capítulo.

Com a análise de alguns Acórdãos do TRESA, buscou-se mostrar que, a cada eleição, em centenas de casos, o eleitor vota sem ter certeza se seu voto vai valer. Vota, sem saber se o nome que ele sufragou era mesmo candidato ou não, ou se o candidato no qual ele votou – e foi vitorioso nas urnas – vai mesmo assumir o mandato ou não. De modo geral, a judicialização do processo eleitoral vem burocratizando a competição política e deslocando o eixo central do processo democrático, que é a vontade do eleitor.

O estado de Santa Catarina possui 295 municípios. As eleições suplementares já ocorreram em 16 municípios catarinenses, isto porque, embora haja inúmeras decisões judiciais que cassam os diplomas e os mandatos na jurisdição de primeiro grau, a maioria maciça dessas decisões não é confirmada nos Tribunais em segunda instância. Não obstante, o que se pretende demonstrar com os acórdãos trazidos a este trabalho é que a decisão da maioria da população por vezes não é respeitada. A soberania popular é afastada ainda que temporariamente e, muitas vezes, os motivos pelos quais os candidatos têm seus diplomas ou mandatos cassados poderiam não ser repudiados pela população caso existisse a possibilidade de sua participação nessa tomada de decisão judicial.

Diante das considerações acima, buscou-se então analisar qual o melhor papel a ser desempenhado pela soberania popular na atualidade no sentido de compreender que sua manifestação não seja exercida somente por meio do voto, mas também no âmbito do poder judiciário, em um espaço de discussão direta com o povo. Assim, o terceiro capítulo desta Dissertação preocupou-se em apresentar o pensamento de doutrinadores clássicos acerca da separação de poderes em sua versão tradicional, bem como apresentar os que vêm pensando em uma nova visão do princípio da separação de poderes de forma que permita a abertura de um espaço de discussão e diálogo no poder judiciário.

A concepção clássica do princípio da separação de poderes com a ideia de consagrar esse objetivo de limitar os poderes do estado vem com Montesquieu. É dele a proposta de uma visão tripartite entre os poderes do estado, os quais são divididos entre poderes executivo, legislativo e judiciário. No entendimento do referido filósofo, o poder judiciário precisa ser instituído para equilibrar a balança entre os três poderes.

No entanto, viu-se que, embora tenha ocorrido essa divisão, o poder judiciário ainda não teve um papel de destaque frente aos demais poderes, pois o mesmo deveria ser temporário e exercido por pessoas do povo, devendo agir somente para aplicar a lei. Ou seja, Montesquieu reconhece a necessidade da existência do poder judiciário para o equilíbrio entre os três poderes; este é um poder considerado fraco (ou, até mesmo, nulo) frente aos demais.

Ao comentar sobre a interpretação de Montesquieu no tocante ao papel das leis nos diferentes regimes de governo, o professor José Rodrigo Rodriguez menciona que as questões hoje enfrentadas pelo poder judiciário sequer poderiam ser imaginadas pelo referido filósofo, já que, ao contrário do que pensava Montesquieu, as leis simples não conseguem conter a demanda de direitos das sociedades modernas. É preciso um tipo de lei para cada situação apresentada por essa sociedade e, sendo assim, é preciso um

judiciário cada vez mais atuante a interpretar esse emaranhado de leis.

Quanto aos Federalistas, é inegável que a origem da força atual do poder judiciário encontra-se em seus escritos, já que apresentam elementos fundamentais para o fortalecimento da ação do poder judiciário em um sistema tripartite de separação de poderes. Os autores aferem que a missão do poder Judiciário deverá ser declarar nulos todos os atos contrários à Constituição.

Uma das propostas sugeridas pelos autores federalistas e de relevante importância consiste em mudar o modo de designação dos juízes: ao invés de possuírem integrantes temporários (já que Montesquieu entendia que o poder deveria ser exercido por pessoas extraídas do corpo do povo em certos períodos do ano), a vitaliciedade dos juízes no exercício de suas funções era algo desejado.

Outro ponto relevante apresentado pelos *federalistas* diz respeito à função de *jurisdição constitucional* exercida pelos juízes, isto é, a função de garantir direitos fundamentais conforme a terminologia mais recente. Compete aos juízes, no âmbito desta função, evitar arroubos momentâneos que surjam junto à sociedade e que poderiam fazer com que uma minoria tivesse seus direitos civis diminuídos ou, até mesmo, extirpados pela vontade da maioria. Assim, leis injustas ou parciais que violem tais direitos devem ser de pronto consideradas como inconstitucionais pelos juízes, já que sua função, conforme explicitado acima, é garantir, acima de tudo, a defesa da Constituição.

Não menos importante é a visão de Kelsen acerca do princípio da separação de poderes. Kelsen combateu juridicamente a separação tripartite de poderes ao concluir que esta reside, em verdade, numa bipartição de funções: criar e executar o Direito (legislação e execução). Legislar, segundo ele, é criar normas gerais. Executar é aplicar estas normas gerais.

Kelsen coloca a função judiciária como inerente à executiva, deixando evidente, em sua teoria, que o legislativo é poder superior, pois, para existir a democracia, tem de ser dado ao Legislativo, cujos membros são eleitos pelo povo, o controle sobre os órgãos do Poder Executivo.

A partir daí, com as profundas transformações do Estado e da sociedade no século XXI, vê-se que é necessária uma mudança de compreensão acerca do sentido e alcance do princípio da separação dos poderes. O esquema tradicional tripartite, idealizado a partir de uma nacionalidade rígida, vem perdendo força na doutrina e não se demonstra mais adequado para satisfazer as atuais e sofisticadas demandas da sociedade.

A visão mais rígida da separação de poderes tinha como justificativa a proteção

da liberdade individual (em face da monarquia absolutista da época) e resultava em uma divisão rígida das funções políticas do Estado em compartimentos fechados.

Essa nova visão da separação de poderes é amplamente defendida pelo doutrinador americano Bruce Ackerman. Ackerman leva em conta o papel central dos tribunais e das agências e propõe uma leitura da separação de poderes como uma distribuição de funções e não propriamente como uma divisão do poder.

Dentre as principais ideias defendidas por Ackerman, destaca-se a necessidade vista pelo autor de mudança do sistema presidencialista pelo parlamentarismo limitado. No "parlamentarismo limitado" proposto por Ackerman, o parlamento é limitadamente soberano porque seus poderes legislativos são restritos por uma Constituição escrita e uma Corte Constitucional. Além disso, esse poder é freado e equilibrado por uma série de instâncias com propósito especial, cada uma motivada por um ou mais dos três temas básicos da teoria da separação dos poderes.

Além disso, Ackerman defende ainda a criação de uma espécie de referendos seriados obrigatórios sobre determinadas matérias. Para ele, antes de dividir a autoridade legislativa entre câmara, senado e Presidente, deve-se procurar dividi-la entre o parlamento e o povo: o parlamento tomando as decisões governamentais rotineiras de gestão, e o povo exprimindo a sua vontade por um processo cuidadosamente construído de referendos sequenciais.

Ou seja, conclui-se que Bruce Ackerman tem uma nova visão da separação entre os poderes tanto com relação ao papel do poder legislativo quanto em relação à participação direta do povo na elaboração desses referendos.

O professor José Rodrigo Rodriguez também é um dos defensores dessa nova visão da separação de poderes. Segundo ele, no Brasil, o momento é de redesenho das instituições em todos os níveis, desde a abertura do Executivo para a participação popular direta por meio de conselhos variados, conferências nacionais e agências reguladoras, até a mudança de função do Poder Judiciário, cada vez mais ativo na arena política pela escolha entre as várias alternativas tecnico-jurídicas definidas em função do material normativo e do contexto de cada decisão. Nesse contexto, definir, *a priori*, a dinâmica institucional em termos normativos a partir de uma concepção modelar da separação de poderes, antes bloqueia a compreensão e, mesmo, a possibilidade de que a sociedade se aproprie de instituições em construção e mutação. E acaba por obscurecer tanto o lugar e a função efetivos do Poder judiciário, do Poder Executivo e do Poder Legislativo como encobre as possibilidades institucionais concretas presentes no momento atual.

De fato, o que, para este momento, já não paira dúvidas é o fato de que o

Parlamento e o Executivo já estão abertos a escutar a voz do povo periodicamente e já possuem mecanismos de regulação desses procedimentos.

Assim, todos os segmentos do estado já têm falado diretamente com o povo (e não mais apenas com o poder legislativo por intermédio do voto). O questionamento que persiste é o de como o poder judiciário vai institucionalizar sua atuação: como é que pretende falar diretamente com o povo e quais são os instrumentos e as formas de auferir essa vontade e qual seria a utilidade dessa medida.

Ou seja, a visão do juiz como uma pessoa que só aplica a lei está ligada a certa visão de separação de poderes que pode estar se transformando, pois o judiciário hoje parece estar comprometido com outro tipo de raciocínio que lhe permite atuar de forma mais ativa e com o objetivo de se aproximar mais da sociedade como um todo.

Enfim, constata-se que, embora muito se discuta sobre a possibilidade ou não de o poder judiciário abrir-se ao diálogo com a sociedade e, diante do fato de que para alguns pensadores o princípio da separação de poderes, em sua versão tradicional, não permitiria esse avanço, vemos que, já há certo tempo, este poder vem tentando estabelecer essa aproximação, ainda que somente no âmbito da jurisdição constitucional.

E assim, depois de se verificar que, sim, há doutrinadores propagando uma nova visão do princípio da separação de poderes, chegou o momento de averiguar como o poder judiciário vem atuando de forma a proporcionar a participação da população na tomada de decisões judiciais de temas relevantes para a sociedade.

Para isso, foi importante pesquisar a contribuição do pensamento de Miguel Gualano de Godoy acerca dessa participação direta do povo na tomada de decisões no âmbito da jurisdição constitucional. Em sua dissertação intitulada “Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella”, o autor demonstra que já existe um processo democrático-deliberativo acontecendo no âmbito dos poderes legislativo e executivo e cita como exemplo a implantação de orçamento participativo ou por intermédio dos Conselhos estaduais e municipais especializados. Esses canais de participação política direta podem influenciar a prática jurisdicional contemporânea.

Vale dizer, se o Poder Judiciário tem algum papel a cumprir (e, certamente, tem) na tarefa de garantir e respeitar a democracia, também a democracia deliberativa tem um papel a cumprir sobre a prática jurisdicional.

Na tese de doutorado, Miguel Godoy aprofunda ainda mais seus estudos e, sob o título “Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais”, mantém sua preocupação com a necessidade de que haja uma

maior participação do povo. Nesse trabalho, o autor defende a capacidade institucional do poder judiciário e uma atuação baseada nos diálogos, oferecendo uma nova perspectiva para a fundamentação teórica e para a atuação prática da nossa própria jurisdição constitucional e da nossa própria política democrática.

E, mais uma vez, a teoria procedimental acerca do Direito do filósofo alemão Jürgen Habermas vem a contribuir para a tentativa do poder judiciário de legitimar-se democraticamente perante a população.

Habermas sustenta que a defesa dessa democracia constitucional ainda é possível por meio de uma estrutura deliberativa. Ao criticar os modelos de democracia propostos pelo liberalismo e pelo republicanismo comunitarista, o autor propõe uma política deliberativa concebida pela teoria do discurso.

No entanto, atualmente, a forma como o poder judiciário vem institucionalizando essa abertura de um diálogo com a sociedade se dá através da realização de audiências públicas e da admissão do *amicus curiae*. Ao analisar esses instrumentos colocados à disposição da jurisdição constitucional, passou-se a discorrer sobre a efetividade quanto aos métodos, procedimentos e resultados, e entender se efetivamente são a resposta adequada e imediata disponível à sociedade na garantia da discussão dos direitos constitucionais.

Ou seja, verificou-se que a extensão da concretização da soberania popular também no âmbito do poder judiciário não encontra dificuldades de ser instituída. Contudo, o desafio persiste em relação à forma como se daria esse procedimento.

Como não dispõe de critérios institucionalizados, cada órgão do poder judiciário constrói sua própria visão de participação democrática, o que é alvo de críticas por Miguel Godoy, pois entende que a vontade do povo não poderia ser construída por dispositivos de escuta variados, estabelecidos ao bel prazer do poder público e utilizados de forma meramente arbitrária para justificar a prática de certos atos que possam punir determinadas pessoas e não outras.

Outra constatação muito importante de Miguel Godoy referente às audiências é a de que estas têm se reduzido apenas e tão somente à exposição de diferentes posições em relação a um dado caso e têm funcionado apenas como espaço de complementação informativa dos Ministros. Não se tem permitido o debate, o desafio e a troca de argumentos. Os Ministros têm uma participação eminentemente passiva; fazem poucas perguntas (muitas vezes nenhuma), não se engajam no debate. No caso do *amicus curiae*, sua admissão ou recusa carece de mais justificativa por parte do Ministro Relator. Cabe a este possibilitar que mais vozes sejam ouvidas, sobretudo aquelas que têm poucas possibilidades de se fazerem audíveis.

Em seu livro “Como decidem as cortes”, José Rodrigo Rodriguez faz observação semelhante ao observar que a participação de terceiros dos julgamentos tem falsamente retirado o caráter pessoal da decisão dos Ministros. Para o autor, as decisões continuam sendo individuais e não construídas em função de um padrão argumentativo adequado ao caso.

Assim, conclui-se que o poder judiciário pode tomar decisões importantes baseadas em diálogos com a população. Porém, verifica-se que ainda é preciso haver um amadurecimento na metodologia empregada.

A forma como a população participa desses embates precisa ser melhorada no sentido de garantir sua efetiva participação e evitar problemas como os relatados ao longo do presente trabalho (espaços decisórios arbitrários, criação de regime jurídico autônomo, dificuldade de ingresso do *amicus curiae*, decisões proferidas unilateralmente por Ministros em Gabinete).

Chegado o final do presente estudo, verifica-se que a hipótese básica formulada: se para a justiça eleitoral, que de forma recorrente vem cassando os mandatos de candidatos eleitos majoritariamente pelo povo haveria a possibilidade de discutir com a população referidos casos (através de audiências públicas ou por intermédio do *amicus curiae*) vê-se que não seria vedado ao juiz tentar ouvir a população quando da tomada de sua decisão. Mas o que ficou constatado aqui também é que tudo o que vem sendo discutido atualmente por juristas encontra-se no âmbito da jurisdição constitucional do STF, afastando-se de instâncias inferiores onde, justamente no âmbito da justiça eleitoral, é que ocorreriam as decisões que possam anular a votação majoritária e a consagração da soberania popular.

Diferentemente do que ocorre no âmbito dos procedimentos deliberativos práticos no poder legislativo e executivo (que atuam em seus municípios, bem próximo da população), a questão da participação popular no poder judiciário ainda ocorre timidamente, apenas em discussões no âmbito do STF.

Assim, o poder judiciário de primeiro e segundo graus precisa se voltar para a análise da viabilidade de ouvir a população por meio de audiências públicas ou *amicus curiae* no momento em que ao juiz eleitoral é colocada questão de descumprimento de lei eleitoral para que se observe a possibilidade de ouvir a população sobre assunto polêmico.

Toma forma, assim, um modelo em que se permite a um órgão supostamente neutro, munido de técnicas jurídicas sofisticadas e não legitimado diretamente pelas urnas, que invalide as opções políticas daqueles que foram eleitos para conduzir as instituições majoritárias, de propiciar a participação política dos cidadãos de forma a

conferir legitimidade.

O fato de haver tantas cassações, decretadas por intermédio de diversas modalidades de ações provocadas por todos os legitimados e, muitas vezes, de forma concorrente, por motivos diversos, parece indicar no sentido de que talvez os rumos das decisões judiciais eleitorais precisam ser repensados e a participação de terceiros nesse processo decisório pode ser a saída para este impasse.

Por fim, é mister registrar que as reflexões levantadas se encontram no plano da teorização, procurando contribuir para o conhecimento jurídico doutrinário. Apesar da convicção de que o judiciário já vem implementando mecanismos de escuta da população no âmbito de nosso órgão julgador máximo, a autora deste trabalho reconhece a dificuldade de implementação desses mecanismos no âmbito da jurisdição de primeiro grau, notadamente no sistema eleitoral brasileiro. Com a evolução do Direito Constitucional, espera-se que se encontre melhor exegese para o seu deslinde.

REFERÊNCIAS BÁSICAS

ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação dos Poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2009.

_____, Bruce. **Adeus, Montesquieu**. Publicado em inglês com o título “Good-bye, Montesquieu” originalmente na *Comparative Administrative Law*, 2010. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira. Disponível em <file:///C:/Users/Usuário/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/18909-35038-1-PB%20(1).pdf>.

_____, Bruce. **Nós, o povo soberano** – fundamentos do Direito Constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ARENDT, Hannah. *Macht und Gewalt* [**Poder y violencia**], Munich, 1971; J. Habermas, *H. Arendts Begriff der Macht* [El concepto de poder en H. Arendt], en: Id. *Philosophisch-politische Profile* [Perfiles filosófico-políticos], Frankfurt/Main, 1981, p. 228 ss. HABERMAS, Jürgen. **La Soberania Popular como procedimiento** disponível em: <http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2018.

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4. ed. São Paulo: Ed. Globo, 2008. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=yJ96sUg6vIYC&pg=PA328&lpg=PA328&dq=guilherme+III+o+rei+reina+mas+o+ministro+governa&source=bl&ots=kiA-sNW_vh&sig=ACfU3U3ynCVWiK7ujFxaqUYEJt4w_lvgXA&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiJju-p7bfkAhUED7kGHcNyDK8Q6AEwDnoECAkQAQ#v=onepage&q=guilherme%20III%20o%20rei%20reina%20mas%20o%20ministro%20governa&f=false>, p. 328. Acesso em: 14 abr. 2019.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giafranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 11. ed. Brasília: Universidade de

Brasília, 1998.

BODIN, Jean. **Os seis livros da República**. Tradução de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011. (Coleção Fundamentos do Direito).

BONAVIDES, PAULO. **Ciência Política**. 10. edição (revista, atualizada), 9.^a tiragem. São Paulo: Ed. Malheiros.

_____, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado Social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____, Paulo. **Teoria do estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: >http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 ago. 2019.

_____. **Lei complementar nº 64, de 18 de maio de 1990**. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp64.htm>. Acesso em: 07 set. 2019.

_____. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acesso em: 18 ago. 2019.

_____. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em: 28 ago. 2019.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Eleições suplementares**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-suplementares>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinela. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro**. Um Terceiro Enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006.

CÂNDIDO, Joel J. **Direito eleitoral brasileiro**. 13. ed. revista, atualizada e ampliada. Bauru: EDIPRO, 2008.

CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA DESPROVIMENTO. Recorrente: Laurino Dalke. Recorridos: Partido Progressista (PP) de Benedito Novo. Relator: Juiz Eládio Torret Rocha. 20/08/2012. Disponível em: <http://apps.tre-sc.jus.br/e-docsweb/documento/edoc316548/acordao_2012_26900.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2019.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral**. 10. ed. rev., ampl. e atualizada de acordo com a LC nº 135, de 2010, com a Lei nº 13.165, de 2015, e com o Novo Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105, de 2015). Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DESTEFENNI, Marcos. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento Convencional e Eletrônico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público. **Eleições municipais de 2016 - Ações Cíveis Eleitorais**. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/eleitoral/arquivos/cartilha_eleitorais_acoes_civeis_eleitorais.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2019.

FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. **O Judiciário frente à Divisão dos Poderes**. In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE, Recife, 2000, n. 11.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33_v. e at. São Paulo: Saraiva, 2007.

GALDINO. Matheus Souza. **Teorias substanciais e teorias procedimentais em uma jurisdição constitucional**. Uma proposta por uma resposta correta e democrática. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46696/teorias-substanciais-e-teorias-procedimentais-em-uma-jurisdicao-constitucional>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e Democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/25553/DISSERTACAO%20-%20Miguel%20G.%20Godoy.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

_____, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39908/R%20%20T%20%20MIGUEL%20GUALANO%20DE%20GODOY.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 100.

GONÇALVES, Carlos Fabiano. **Separação de Poderes**: da Concepção Clássica à Noção Contemporânea. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 286-317, Janeiro/Abril 2017. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista78/revista78_286.pdf>, p. 304. Acesso em: 21 jul. 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, v. I, 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____, Jürgen. **La Soberania Popular como procedimiento**. Disponível em: <<http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

_____, Jürgen. **Soberania Popular como procedimento**: um conceito normativo de espaço público. Tradução de Márcio Suzuki. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/210840771/Habermas-Soberania-Popular>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

_____, Jürgen. **Três modelos normativos de democracia**. São Paulo: Lua Nova, n. 36, 1995, p. 39-53. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451995000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 set. 2019.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <<https://politicaonlineblog.files.wordpress.com/2016/05/leviatc3a3-martins-fontes.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2019.

J. J. Rousseau, Staat und Gesellschaft [Estado y sociedad], Munich, 1959, p. 53 (El contrato social, tercer libro, cap. I), apud HABERMAS, Jürgen. **Soberania Popular como procedimento**. Disponível em:

<<http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7J urgenHabermas.pdf>>.

JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Título original: Reine Rechtslehre. Tradução: João Baptista Machado. 4, ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOCKE, J. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa Publicação: Editora Vozes. Disponível em <http://www.xr.pro.br/if/locke-segundo_tratado_sobre_o_governo.pdf.p.12>. Acesso em: 14 abr. 2019.

_____, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Trad. Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2003.

MADISON, James. **Os artigos federalistas**. Trad. Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giafranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.*, 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

MELO. Rúrion Melo.

A soberania popular revisitada autogoverno como modo de vida. **Cadernos de Filosofia Alemã**, v. 22, n. 3, p.57-68. Disponível em:

<<https://www.researchgate.net/publication/320916279>>. Acesso em: 20 set. 2019.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____, Conrado Hübner. **O projeto de uma Corte Deliberativa in Jurisdição Constitucional no Brasil**. In: SOUZA, Rodrigo Pagani de *et al.* Jurisdição Constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99** - Revista Diálogo Jurídico, nº 11, fevereiro de 2002, Salvador/BA, Brasil. Disponível em: <<http://www.gilmarmendes.com.br/wp-content/uploads/2018/09/ANÁLISE-DAS-LEIS-9868-99-E-9882-99.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

MONSTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. Apresentação de Renato Janine Ribeiro e Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf>. Acesso em: 16 maio 2019.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 2003.

GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? In: GARGARELLA, Roberto; ALEGRE, Marcelo (Orgs.). El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007 *apud* GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/25553/DISSERTACAO%20-%20Miguel%20G.%20Godoy.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

NOTÍCIAS DE SANTA CARATINA. **Prefeito reeleito de Rio do Sul recorre contra cassação de registro de candidatura.** Notícia publicada em: 16 out. 2008 - 02h35min. Disponível em: <<https://www.nsctotal.com.br/noticias/prefeito-reeleito-de-rio-do-sul-recorre-contracassacao-de-registro-de-candidatura>>. Acesso em: 08 set. 2019.

R.V. Thadden, Die Botschaft der Brudertichkeit [El mensaje de la fraternidad], *Suddeutsche Zeitung* del 26/27 de noviembre de 1988. HABERMAS, Jürgen. **La Soberania Popular como procedimiento.** Cuadernos Políticos, número 57, México, D. F., Editorial Era, mayo-agosto de 1989, p. 53-69. Disponível em: <<http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

RAIS, Diogo. **A Sociedade e o Supremo Tribunal Federal:** O caso das audiências públicas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral.** 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A desintegração do status quo:** direito e lutas sociais. **Novos Estudos Cebrap**, n. 96, 2013.

_____, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

_____, José Rodrigo. **Política Judiciária e a Perversão do Direito.** Disponível em: <<http://insightinteligencia.com.br/pdfs/80.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

_____, José Rodrigo. **Por um Judiciário Mundano:** Uma visão Crítica da Indeterminação do Direito. *In:* STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*, nº 15, Ano 2019, p. 175. Disponível em: <<https://editorakarywa.files.wordpress.com/2019/08/anuc3a1rio-ppg-direito-2019.pdf>>. Acesso em: 25 set.2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Introdução e tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 2004.

SAMPAIO FERRAZ Jr, Tercio. **Argumentação Jurídica**. 2. ed. digital São Paulo, 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional Eleitoral. Acórdão 23267. **Recursos Eleitorais n. 1284 e 1333**. RECURSO - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL CONDUTA VEDADA - ART. 77 DA LEI N. 9.504/1997 - SENTENÇA QUE CASSOU OS REGISTROS DE CANDIDATURA DOS CANDIDATOS A PREFEITO E VICE-PREFEITO PELA PARTICIPAÇÃO DO PRIMEIRO EM INAUGURAÇÃO DE OBRA PÚBLICA - AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA E INCONTROVERSA E DE POTENCIALIDADE DA CONDUTA PARA AFETAR O RESULTADO DO PLEITO - PROVIMENTO. - RECURSO - SENTENÇA QUE EXTINGUIU, POR PERDA DE OBJETO, AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL EM VIRTUDE DO JULGAMENTO, NA MESMA DATA, DE AÇÃO CONEXA AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DO AUTOR DA SEGUNDA AÇÃO QUE NÃO SE RECONHECE ENQUANTO NÃO TRANSITADA EM JULGADO A DECISÃO QUE APRECIOU O MÉRITO DA PRIMEIRA AÇÃO - RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO, PARA ANULAR A SENTENÇA - PROCESSO PRONTO PARA JULGAMENTO ECONOMIA PROCESSUAL - § 3º DO ART. 515 DO CPC - JULGAMENTO DA LIDE PELO TRIBUNAL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL JULGADA IMPROCEDENTE. Recorrentes: Milton Hobus; Garibaldi Antonio Ayroso e Arnaldo Ferreira. Recorridos: Ministério Público Eleitoral; Milton Hobus e Garibaldi Antonio Ayroso. Relator: Juiz Jorge Antonio Maurique, 12 set. 2008. Disponível em: <http://apps.tre-sc.jus.br/e-docsweb/documento/edoc641811/acordao_2008_23267.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2019.

_____. Tribunal Regional Eleitoral. Acórdão 24623. Recurso Eleitoral n. 2035. RECURSO ELEITORAL – INVESTIGAÇÃO JUDICIAL – CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO – ART. 41-A DA LEI N. 9.504/1997 – ABUSO DE PODER ECONÔMICO – ART. 22 DA LEI COMPLEMENTAR N. 64/1990 – CONFIGURAÇÃO – CASSAÇÃO DOS DIPLOMAS, DECRETAÇÃO DE INELEGIBILIDADE E APLICAÇÃO DE MULTA – DESPROVIMENTO. Recorrentes: José Luiz Lopes e Adair Antônio Stollmer. Recorrido: Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) de José

Boiteux. Relator: Juiz Oscar Juvênio Borges Neto. 12 jul. 2010.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional Eleitoral. Acórdão 26900. **Recurso Eleitoral n. 159-49.2012.6.24.0032.** ELEIÇÕES 2012 - RECURSO - INDEFERIMENTO DO REGISTRO DE CANDIDATURA - PREFEITO - PRELIMINARES REJEITADAS AUSÊNCIA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA - ILEGITIMIDADE ATIVA - INÉPCIA DA INICIAL - CONDENAÇÃO POR CRIME AMBIENTAL (LEI N. 9.058/1998, ART. 54, § 2º) - DECISÃO PROFERIDA POR ÓRGÃO COLEGIADO - INELEGIBILIDADE CONFIGURADA (LEI COMPLEMENTAR N. 64/1990, ART. 1º, INCISO I, ALÍNEA "E", 3) - NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO - LEI N. 9.099/1995, ART. 61 - INADEQUAÇÃO À EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 1º, § 4º DA LEI COMPLEMENTAR N. 64/1990 - HIPÓTESE DE INELEGIBILIDADE QUE SIGNIFICA OFENSA AO PRECEITO DE MORALIDADE - AUSÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO.

_____. Tribunal Regional Eleitoral. Acórdão 27460. **Recursos Eleitorais n. 65-08.2012.6.24.0063.** ELEIÇÕES 2012 – RECURSO – REGISTRO DE CANDIDATURA – PREFEITO – INDEFERIMENTO – DECISÕES DE REJEIÇÃO IRRECORRÍVEIS DA CÂMARA DE VEREADORES E DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (LEI COMPLEMENTAR N. 64/1990, ART. 1º, I, “G”) – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA ENTREGA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS ADQUIRIDOS E PAGOS PELO MUNICÍPIO COM RECURSOS DO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (PNAE) – ILICITUDE ADMINISTRATIVA CONTENDO ELEMENTOS CONFIGURADORES DO ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INCIDÊNCIA DA HIPÓTESE DE INELEGIBILIDADE – MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE REGISTRO – DESPROVIMENTO. Recorrente: Clodemar João Christianetti Ferreira. Recorridos: Antoninho Rossi; Alceu Alberto Wrubel e Ministério Público Eleitoral. Relator: Juiz Julio Schattschneider, 13 set. 2012. Recorridos: Antoninho Rossi; Alceu Alberto Wrubel e Ministério Público Eleitoral. Relator: Juiz Julio Schattschneider, 13 set. 2012. Disponível em: <http://apps.tre-sc.jus.br/e-docsweb/documento/edoc322653/acordao_2012_27460.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2019.

_____. Tribunal Regional Eleitoral. Acórdão 32241. **Recurso Eleitoral n. 363-33.2016.6.24.0039.** ELEIÇÕES 2016 - RECURSO - PRELIMINAR DE INOVAÇÃO RECURSAL AFASTADA - MÉRITO - CONDUTA VEDADA AOS AGENTES

PÚBLICOS - ARTIGO 73, VII DA LEI N. 9.504/1997 - GASTOS COM PUBLICIDADE INSTITUCIONAL QUE ULTRAPASSAM OS LIMITES LEGAIS - RECEBIMENTO E UTILIZAÇÃO DE RECURSOS FEDERAIS PROVEITO ELEITORAL HÁBIL A DESEQUILIBRAR A DISPUTA EXTRAPOLAMENTO DA MÉDIA SEMESTRAL - MANIFESTA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À IGUALDADE DE OPORTUNIDADES ENTRE OS CANDIDATOS - GRAVIDADE DA CONDUTA - CASSAÇÃO DOS REGISTROS OU DOS DIPLOMAS - ABUSO DO PODER ECONÔMICO E POLÍTICO - INELEGIBILIDADE - SANÇÃO DE CARÁTER PERSONALÍSSIMO - PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO UNICAMENTE PARA AFASTAR A SANÇÃO DE INELEGIBILIDADE A VICE-PREFEITO. Recorrente: Laércio da Cruz e Helmut Stoltenberg. Recorridos: Nabor José Schmitz, Mário Machado e Coligação Compromisso Com Vidal Ramos (DEM-PSDB-PSD). Relator: Juiz HÉLIO DAVID VIEIRA FIGUEIRA DOS SANTOS, 14 dez. 2016. Disponível em: <http://apps.tre-sc.jus.br/e-docsweb/documento/edoc888290/acordao_2016_32241.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2019.

_____. Tribunal Regional Eleitoral. Recurso Eleitoral n. **237-16.2106.6.24.0028**. VICE-PREFEITO QUE SUBSTITUI O TITULAR NOS SEIS MESES ANTERIORES À ELEIÇÃO - INELEGIBILIDADE CONSTITUCIONAL - EXCEÇÃO - CANDIDATO À REELEIÇÃO - POSSIBILIDADE PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO - ART. 14, § 7º DA CF - DEFERIMENTO DO REGISTRO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DESPROVIMENTO. Recorrentes: Coligação Renovação e Mudança (PSD-PP-PMDB-PT); Priscila Dias; Serginho Rodrigues de Oliveira. Recorridos: Serginho Rodrigues de Oliveira; Coligação Renovação e Mudança (PSD-PP-PMDB-PT); Ministério Público Eleitoral. Relator: Juiz Hélio David Vieira Figueira dos Santos, 10 out. 2016.

SOARES, Márcia Miranda. **Federação, Democracia e Instituições Políticas**. Lua Nova, p. 140. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a07n44.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 442**. Número Único: 0002062-31.2017.1.00.0000. Requerentes: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Interessado: Presidente da República. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. **Recurso Extraordinário RE 630147-DF – Distrito Federal**. Rel. Min. Ayres Britto. Julgamento em: 29 set. 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-gilmar-mendes-recurso-ex.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____, André Ramos. **A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado**. *In*: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 29, 1999.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. RADKE, Rafael Wagner. **Habermas e a tentativa procedimental de superação da discricionariedade judicial**. Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 115 | pp. 81-108 | jul./dez. 2017. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/viewFile/473/425>>. Acesso em: 22 set. 2019.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SANTA CATARINA. Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/eleicoes/eleicoes-suplementares-1>>. Acesso em: 28 set. 2019.

_____. **Resultado Cargo Geral Localidade**. Disponível em: <http://apps.tre-sc.jus.br/she/pages/consulta/resultado_cargo_geral_localidade.jsf>. Acesso em: 31 ago. 2019.

_____. **TRESC retira a cassação do prefeito eleito de Rio do Sul, que não terá nova eleição**. Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/imprensa/arquivo-de-noticias>>. Acesso em: 31 ago. 2019.

VILHENA, Oscar Vieira. **A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras. 2018.