

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

GUILHERME RODRIGUES CARVALHO BARCELOS

**CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO ELEITORAL:
O julgamento da Chapa Dilma-Temer no Tribunal Superior Eleitoral**

São Leopoldo

2019

GUILHERME RODRIGUES CARVALHO BARCELOS

**CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO ELEITORAL:
O julgamento da Chapa Dilma-Temer no Tribunal Superior Eleitoral**

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

Orientador: Prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy.

São Leopoldo

2019

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: "**CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO ELEITORAL: O julgamento da Chapa Dilma-Temer no Tribunal Superior Eleitoral**" elaborada pelo mestrando **Guilherme Rodrigues Carvalho Barcelos**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 16 de outubro de 2019.



Prof.ª. Dra. **Fernanda Frizzo Bragato**,

Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Miguel Tedesco Wedy

Membro: Dr. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro

Membro: Dr. Giancarlo Montagner Copelli



AGRADECIMENTOS

*Agradecemos a todos que contribuíram de alguma forma para a consecução deste modesto projeto. Especialmente ao nosso pai, aos familiares, ao amigo e sócio Anderson, ao Prof. Dr. Miguel Wedy, nosso orientador e amigo, pela ajuda incansável e pela compreensão demonstrada para conosco, ao Prof. Dr. Lenio Streck, pela importante contribuição acadêmica que nos foi apresentada com a sua *Crítica Hermenêutica do Direito*, a Prof^ª Dr^ª. Clarissa Tassinari, pela relevante influência que suas obras acabaram possuindo no desenvolvimento do projeto, e a Unisinos, por uma das mais importantes experiências acadêmico-profissionais já ocorridas em nossa vida.*

Guilherme Barcelos.'.

RESUMO

A presente pesquisa acadêmica pretende analisar a atividade jurisdicional eleitoral sob o enfoque do Estado Democrático de Direito, da democracia constitucional e do *constitucionalismo contemporâneo* (Streck). A pesquisa foca-se em apresentar posturas advindas do exercício da judicatura eleitoral a partir dos processos judiciais a ela submetidos, de modo a demonstrar que a aposta no protagonismo (ativismo) judicial tem sido marca acentuada neste ramo do Direito, ou seja, no Direito Eleitoral. Como recorte, o estudo levantará o caso da cassação da Chapa Dilma-Temer, julgado definitivamente pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) em meados de junho de 2017, o “juízo do século” na Justiça Eleitoral brasileira. Trata-se, a obra, de uma crítica hermenêutica do Direito Eleitoral a partir do julgamento da Chapa Dilma-Temer pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), ocasião na qual procuraremos extrair dele diversas incongruências insustentáveis filosófica e constitucionalmente, algo que tornará possível, com assento na Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck, desnudar o ativismo judicial na Justiça Eleitoral, fenômeno que é, no final das contas, inimigo da democracia representativa. Como metodologia, a pesquisa adotará os métodos indutivo e qualitativo.

Palavras-Chave: Justiça Eleitoral. Tribunal Superior Eleitoral. Eleições 2014. Chapa Presidencial. Cassação. Crítica Hermenêutica do Direito.

ABSTRACT

This academic research aims to analyze the electoral jurisdictional activity under the focus of the Democratic Rule of Law, constitutional democracy and contemporary constitutionalism (Streck). The research focuses on presenting postures arising from the exercise of the electoral judicature from the judicial processes submitted to it, in order to demonstrate that the bet on judicial protagonism (activism) has been a marked mark in this branch of law, that is, in law. Electoral. As a clipping, the study will raise the case of the revocation of the Dilma-Temer Plate, decided definitively by the Superior Electoral Court (TSE) in mid-June 2017, the "judgment of the century" in the Brazilian Electoral Court. It is a hermeneutic critique of Electoral Law based on the judgment of the Dilma-Fear Plate by the Superior Electoral Court (TSE), in which we will seek to extract from it several unsustainable philosophically and constitutionally incongruities, something that will make possible, with Streck's Hermeneutic Critique of Law, denying judicial activism in Electoral Justice, a phenomenon that is ultimately the enemy of representative democracy. As a methodology, the research will adopt the inductive and qualitative methods.

Keywords: Electoral Court. Superior Electoral Court. Election 2014. Presidential Plate. Repeal. Hermeneutic Critique Law.

LISTA DE SIGLAS

ACP	Ação Cível Pública
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI	Ato Institucional
AIJE	Ação de Investigação Judicial Eleitoral
AIME	Ação de Impugnação de Mandato Eletivo
AIRC	Ação de Impugnação de Registro de Candidatura
ASEPA	Assessoria de Exame de Contas Eleitorais e Partidárias
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CE	Código Eleitoral
CF	Constituição Federal
CFC	Conselho Federal de Contabilidade
CHD	Crítica Hermenêutica do Direito
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CUT	Central Única dos Trabalhadores
DEM	Democratas
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
EC	Emenda Constitucional
FUP	Federação Única dos Petroleiros
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
Ipea	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LC	Lei Complementar
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MCCE	Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral
MDB	Movimento Democrático Brasileiro
MPE	Ministério Público Eleitoral
NCPC	Novo Código do Processo Civil
ONG	Organização Não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
PEN	Partido Ecológico Nacional
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro

PMN	Partido da Mobilização Nacional
PP	Partido Progressista
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
PT do B	Partido Trabalhista do Brasil
PT	Partido dos Trabalhadores
PTB	Partido Trabalhista Brasileiro
PTC	Partido Trabalhista Cristão
PTN	Partido Trabalhista Nacional
RITSE	Regimento Interno do TSE
RP	Representação Eleitoral
SD	Solidariedade
Sindipetro	Sindicato dos Petroleiros
Sind-UTE/MG	Sindicato Único dos Trabalhadores em Educação de Minas Gerais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
TER	Tribunal Regional Eleitoral
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
UBS	Unidade Básica de Saúde

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A JUSTIÇA ELEITORAL NA HISTÓRIA DO BRASIL.....	19
2.1 A formação e a evolução do Estado brasileiro e “os donos do poder”: o patrimonialismo característico da “Terra de Santa Cruz”	20
2.2 O direito de voto no Brasil, do Império à República.....	31
2.3 A criação da Justiça Eleitoral brasileira e o pensamento de Assis Brasil	39
2.4 A evolução da Justiça Eleitoral, do Código Eleitoral de 1932 à Constituição Federal de 1988.....	42
2.5 Competências típicas e atípicas da Justiça Eleitoral no Brasil.....	47
2.6 O marco regulatório do Direito Eleitoral brasileiro.....	51
3 A SOBERANIA POPULAR ENTRE A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E A JUSTIÇA ELEITORAL.....	57
3.1 Democracia: uma definição possível.....	57
3.2 Democracia direta, indireta e semidireta	66
3.3 Soberania Popular – o povo soberano na democracia representativa.....	70
3.4 Os direitos políticos como condições de possibilidade para o regime democrático	72
3.5 Democracia representativa, soberania popular e Justiça Eleitoral: desnudando um <i>aparente</i> antagonismo – qual o cerne da questão, <i>o decidir</i> ou <i>o como decidir</i> ?	86
4 O JULGAMENTO DA “CHAPA DILMA-TEMER” PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL	99
4.1 Considerações inaugurais: compreendendo o trajeto da eleição presidencial de 2014, do resultado das urnas aos tribunais	100
4.2 As acusações propostas pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB nacional) e pela Coligação “Muda Brasil” (PSDB/PMN/SD/DEM/PEN/PTN/PTB/PTC/PT do B) perante o TSE – AIJE n° 194358 (18-12-2014), AIJE n° 1547-81 (02-10-2014), AIME n° 761 (02-01-2015) e RP n° 846 (02-01-2015).....	104
4.3 As defesas da chapa majoritária eleita no processo eleitoral de 2014 – Dilma Rousseff (PT) e Michel Temer (MDB).....	108
4.4 A marcha processual, do recebimento das ações às sessões de julgamento	111

4.5 A posição adotada pelo Ministério Público Eleitoral	118
4.6 O julgamento.....	122
4.7 Uma parada necessária – delimitando o lugar e os limites da fala	135
5 A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO DE LENIO STRECK COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA UMA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ELEITORAL DEVIDAMENTE CONSTITUCIONALIZADA.....	138
5.1 A Crítica Hermenêutica do Direito (Parte I): a CHD em sua primeira fase, a aproximação com a <i>filosofia hermenêutica</i> (Heidegger) e com a <i>hermenêutica filosófica</i> (Gadamer) e a superação do esquema sujeito-objeto pelo <i>giro ontológico-linguístico (linguistic-turn)</i>	141
5.2 A Crítica Hermenêutica do Direito (Parte II): a CHD em sua segunda fase e a aproximação (complementar) com a <i>teoria do direito como integridade</i> de Ronald Dworkin	155
5.3 A Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck e o controle hermenêutico e constitucional das decisões judiciais.....	160
5.3.1 A Constituição que <i>constitui-a-ção</i> e a denúncia da <i>baixa constitucionalidade</i> em <i>terrae brasiliis</i>	160
5.3.2 A <i>crise de paradigmas de dupla face</i> no Direito brasileiro: do juiz boca-da-lei ao voluntarismo judicial - a recepção equivocada de teorias estrangeiras no Brasil	175
5.3.3 A diferença e o condicionamento recíproco existente entre regras e princípios e a crítica à indústria principiológica à brasileira – o <i>panprincipiologismo</i>	187
5.3.4 A distinção entre <i>judicialização da política e ativismo judicial</i>	192
5.3.5 A <i>Integridade</i> e a <i>Coerência</i> na jurisprudência – o artigo 926 do Novo CPC.....	204
5.3.6 Os cinco princípios a serem observados no âmbito da interpretação-aplicação dos textos legais e constitucionais	212
5.3.7 As únicas seis hipóteses pelas quais o juiz ou o Tribunal não está obrigado a aplicar a lei ou o texto legal	217
5.4 O ativismo judicial eleitoral na berlinda: uma crítica hermenêutico- constitucional dos fundamentos do julgamento da chapa presidencial (eleita em 2014) pelo Tribunal Superior Eleitoral - de como os votos vencedores (em parte) e os votos vencidos não resistem a um controle hermenêutico e constitucional.....	219
5.4.1 Fase preliminar do julgamento	221

5.4.2 Fase de mérito do julgamento.....	247
6 CONCLUSÃO.....	261
REFERÊNCIAS	273

1 INTRODUÇÃO

O estudo levantará o caso da cassação da Chapa Dilma-Temer julgado definitivamente pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) em meados de junho de 2017. A razão deste recorte reside no fato de que este julgamento, o da chapa presidencial eleita no pleito eleitoral de 2014, tem sido reconhecido como o “julgamento do século” pela Justiça Eleitoral, e não poderia deixar de ser assim. Pela vez primeira na história questionou-se, com profundidade, o exercício do mandato presidencial no âmbito da jurisdição eleitoral, ocasião na qual foram imputados aos eleitos em 2014 delitos graves, como “abuso de poder econômico” e “captação ilícita de recursos para fins eleitorais” (o vulgo “caixa dois”).

O contexto do julgamento se deu também em cenário no qual a política constituída nacional se encontrava (e ainda se encontra) na “berlinda” (*sic*), tendo em vista os acontecimentos permeados pela investigação criminal vulgarmente conhecida “operação lava-jato”. Provas originárias desta operação (delações, etc.), aliás, foram acostadas ao processo, algo que se deu mediante uma *postura ativista* do TSE na condução do mesmo, tendo em vista que se tratava de provas não trazidas aos autos pela acusação no momento oportuno, e, portanto, extemporâneas, bem assim porque tal “juntada” se deu de ofício pelo então Relator do feito, Min. Herman Benjamin, algo que acabou por macular a estrutura acusatória do feito, considerada a produção de provas pelo juiz (partimos da fundamentada premissa de que o processo judicial eleitoral, especialmente aqueles que dão conta de cassações *lato sensu*, carrega feição eminentemente acusatória e, por esta razão, deve ser regido pelo sistema acusatório constituído a partir do nosso pacto fundante, a Constituição da República); além disso, é importante registrar que tais “provas” consubstanciavam-se basicamente em delações premiadas e, portanto, indícios de prova, apenas e tão só. Mas também há mais.

Este julgamento, no final das contas, condensou em si mesmo todos os problemas que procuraremos desvelar no curso da dissertação: figuras como “verdade real”, “livre convencimento”, “livre apreciação das provas”, “julgamento por presunções”, “produção de provas pelo magistrado”, etc., permearam os votos exarados por ocasião da decisão (ao menos parte deles, especialmente aqueles que votaram pela cassação da chapa presidencial), compondo, diga-se, boa parte do acórdão. Trata-se, então, do julgamento mais importante da história da Justiça Eleitoral, e que, no entanto, carregou todos os “defeitos hermenêuticos” que procuraremos desvelar, criticar e solucionar. Logo, o recorte pretendido encontra o seu devido assento, ao passo que, com o julgamento referido, ou a partir dele, será possível fazer uma crítica consistente ao exercício da jurisdição eleitoral como um todo.

Rememora-se que, em dezembro de 2014, as contas da campanha da então Presidente da República Dilma Rousseff, e de seu vice, o ex-Presidente da República Michel Temer, foram aprovadas com ressalvas pelo TSE. No entanto, considerado o aspecto formal das contas de campanha, as ressalvas desencadearam três ações judiciais patrocinadas pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), ocasião na qual foram denunciadas diversas irregularidades, dentre as quais citamos: a prática de condutas vedadas (grosso modo, a utilização da estrutura da Presidência para a promoção da campanha, em afronta ao princípio republicano e à igualdade de oportunidades entre os candidatos), abuso de poder econômico (grosso modo, a utilização do poderio econômico do Estado, cristalizado no desvio de recursos públicos e de recursos originários de propinas destinados à campanha) e, ainda, “caixa dois” de campanha, tendo em vista a existência de recursos não contabilizados e também na existência de fraudes nas transferências de recursos e no pagamento de serviços pretensamente prestados aos candidatos.

A relatora original do feito foi a Ministra (TSE) Maria Thereza de Assis Moura. A Ministra inicialmente rejeitou de plano as ações, por entender que inexistiam mínimos indícios de prova a ensejar o recebimento e o prosseguimento das ações. A decisão foi monocrática. Sobreveio Agravo Regimental. E o caso foi submetido ao Plenário da Corte, composto por sete magistrados. Por maioria, vencida a Relatora, as ações foram recebidas. O contexto da decisão de recebimento das ações deu conta de várias denúncias surgidas no interregno, provenientes principalmente da chamada “operação lava-jato” - para tanto, foram consideradas capas de jornais de circulação nacional e fatos não constantes das acusações (em afronta ao princípio do contraditório e ao sistema acusatório). As ações, de qualquer maneira, foram recebidas e processadas, ao passo que encontrariam termo em junho de 2017.

Neste meio tempo, encerrou-se o mandato da Ministra Relatora (que é de até dois anos, renováveis por mais dois, mediante eleição). Assumiu a relatoria do feito o recém-empossado Ministro Herman Benjamin. Diante do caso, e das investidas da acusação, tendentes verdadeiramente a renovar o objeto do processo, no curso do feito o Relator decidiu por incluir no feito vários testemunhos (delações) daqueles delatores vinculados à construtora Odebrecht, investigada na conhecida “lava-jato”. Executivos da empresa (delatores) relataram que fizeram transferências ilegais para a campanha presidencial de 2014. Frise-se, novamente, que tais elementos inovaram a demanda, cuja inclusão por decisão da relatoria deu-se com base em argumentos como “verdade real”, “livre convencimento” e “livre apreciação das provas”.

A defesa da ex-presidente Dilma Rousseff negou quaisquer irregularidades e argumentou que todo o processo de contratação de empresas e distribuição de produtos foi documentado e monitorado. A defesa do ex-Presidente da República, Michel Temer, disse por

sua vez que a campanha eleitoral do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) não tinha relação com pagamentos suspeitos. Postulou a “divisão” da chapa majoritária eleita. Sustentou a intempestividade desses elementos de prova, os quais teriam sido acostados ao processo de maneira inconstitucional e ilegal em sentido estrito – em afronta ao rito processual correspondente, consagrado no artigo 22 e seguintes da Lei Complementar (LC) nº. 64/90. Juntou pareceres de processualistas consagrados no país.

No mérito, afirmaram a inexistência das indigitadas irregularidades e, no mais, que o contexto em voga daria conta das relações do partido da ex-presidente cabeça de chapa, nada tendo ele a ver com o enredo.

A instrução foi tardiamente encerrada. E foram apresentadas alegações finais pela acusação e pelas defesas. A acusação promovida pelo PSDB postulou pela procedência parcial das ações e pela separação da chapa, com a condenação de Dilma e a absolvição de Temer (para a surpresa geral, o autor da ação sustentou em alegações finais que Michel Temer, enquanto candidato, não havia cometido quaisquer dos ilícitos denunciados).

As defesas alegaram preliminares. E, no mérito, postularam pela improcedência das ações. O parecer escrito do Ministério Público Eleitoral (MPE) foi no sentido da procedência das ações, com a cassação dos diplomas outorgados a Dilma e a Temer. Já quanto à inelegibilidade correspondente, sustentou-se que apenas a Dilma Rousseff deveria ser imposta a referida restrição, uma vez que Temer não praticara diretamente qualquer ato, sendo deles apenas o beneficiário direto. O feito foi finalmente submetido a julgamento, facultada a sustentação oral por partes dos autores e dos réus, bem assim o parecer oral a ser emitido pelo MPE.

Em data de 17 de junho de 2017, sobreveio julgamento, ocasião na qual, por quatro votos a três, as ações foram julgadas totalmente improcedentes. Votaram pela cassação os Ministros Herman Benjamin, Rosa Weber e Luiz Fux. Votaram pela absolvição os Ministros Admar Gonzaga, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto e Napoleão Nunes Maia. O voto de minerva foi exarado pelo presidente da Corte, o ministro Gilmar Mendes. Em seu voto, Mendes afirmou, dentre outras coisas, que: “*A Constituição valoriza a soberania popular, apesar do valor de nossas decisões*”.

A maioria dos ministros também decidiu que a evidência restante, como outros depoimentos de envolvidos “lava-jato” (*sic*), não foram suficientes para concluir que houve desvios de recursos públicos para a campanha do Partido dos Trabalhadores (PT) e PMDB em 2014. Por apertada maioria de quatro votos a três, portanto, as ações foram julgadas

improcedentes, negando-se, dessa maneira, a cassação dos diplomas – e dos mandatos – outorgados aos candidatos majoritários eleitos na eleição presidencial de 2014.

Os votos proferidos, vencedores e vencidos, contaram, no entanto, com diversas incongruências. A esse respeito, por exemplo, o Relator do feito se pautou, para condenar os demandados, em dogmas obsoletos e filosoficamente insustentáveis como a “verdade real”. O voto vencido exarado pelo Ministro Luiz Fux, a seu turno, a todo o momento citou os “anseios populares” e a “vontade da sociedade” para fundamentar a sua decisão, como se a “opinião pública”, considerada como tal aquela “opinião publicada”, cristalizadora dos “anseios” da maioria, pudesse pautar os julgamentos. O artigo 23 da LC nº 64/90, que autoriza que o juiz produza provas de ofício e julgue com base em presunções com o fito de resguardar o “interesse público de lisura eleitoral”, também foi insistentemente citado, seja – principalmente – pelos votos vencedores, seja pelos votos vencidos.

A pesquisa pretenderá perquirir posturas advindas do exercício da judicatura eleitoral, de modo a demonstrar, eis aí a hipótese, que a aposta no protagonismo (ativismo) judicial tem sido marca acentuada neste ramo do Direito, ou seja, no Direito Eleitoral. Assim sendo: na medida em que a judicialização da política tem sido uma tendência, e que os processos eleitorais não escapam a esse fenômeno, qual a função da Justiça Eleitoral na democracia de direito? Como a Justiça Eleitoral deve se (com) portar ao decidir os respectivos processos judiciais, uma vez que imersa na arena democrática? Como o julgamento da Chapa Dilma-Temer pelo TSE pode representar um exemplo do *déficit* hermenêutico, democrático e constitucional existente no âmbito da jurisdição eleitoral?

O objetivo geral da pesquisa reside em desnudar a possível existência de ativismo judicial no âmbito da jurisdição eleitoral, de modo a perquirir os fundamentos decisórios corriqueiramente verificados neste ramo especializado do Judiciário brasileiro, com o fim de verificar se estes são ou não condições de possibilidade para um agir em consonância com o ordenamento constitucional. Isso será realizado a partir do “julgamento do século” na Justiça Eleitoral nacional, o julgamento da Chapa Dilma-Temer pelo TSE.

Como objetivos específicos, citemos: descrever o modelo de Justiça Eleitoral adotado no Brasil; descrever o complexo sistema judicial e processual eleitoral brasileiro; perquirir a legitimidade da Justiça Eleitoral para impor cassações *lato sensu* a candidatos eleitos pelo povo, algo que poderia, a princípio, atacar a soberania popular e o princípio democrático; analisar a atuação jurisdicional da Justiça Eleitoral brasileira, a partir do seu principal julgamento na história, em confronto com o paradigma do Estado Democrático de Direito, da democracia constitucional e do constitucionalismo contemporâneo, com assento na CHD de Lenio Streck;

assentar a diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial; demonstrar que o problema da aposta no ativismo/protagonismo judicial encontra raízes, em primeiro lugar, em mixagens teóricas (Streck) realizadas no Brasil a partir da recepção acrítica de teorias alienígenas, e, em segundo lugar, em um descompasso paradigmático, que, como tal, não encontra assento na democracia constitucional; denunciar e perquirir soluções ao ativismo judicial eleitoral brasileiro, pela via da CHD (Streck), dando conta dos perigos que um Judiciário Eleitoral ativista traz para a democracia e do motivo pelo qual ele é incompatível com o Estado Democrático de Direito, com a democracia representativa, com a noção de soberania popular e com o constitucionalismo contemporâneo.

A importância teórica do trabalho se encontra justificada pelo fato de haver no Brasil (e no Mundo) uma série de discussões bastante atuais acerca da temática do ativismo ou protagonismo judicial, do controle das decisões judiciais, da teoria da decisão etc., de modo que a presente pesquisa justifica-se pela tentativa de aproximar estas questões da seara judicial-eleitoral. Por mais paradoxal que possa parecer, ao menos superficialmente, pode-se dizer que o Direito Eleitoral e, frise-se, a jurisdição eleitoral, carece de um robusto ideário democrático. Isto, por sua vez, poderia restar verificado em situações cuja aposta no protagonismo/decisionismo/discricionariedade judicial é demasiado marcante. Atrelado a isso, poderíamos citar também os incessantes discursos calcados numa espécie de cruzada pela moralização da política, que, por consequência, dão azo a posturas apegadas a uma espécie de pragmatismo ou utilitarismo, pois que calcadas em pretensos clamores populares e assentadas à margem da ordem constitucional e legal.

Já a importância prática da pesquisa reside no salutar casamento da atividade jurisdicional eleitoral com o constitucionalismo contemporâneo (Streck), de modo a evitar que a atividade judicante advinda desta justiça especializada, por meio de posturas absolutamente descompassadas, avance contra os preceitos inatos à democracia.

Por sua vez, a sua importância social reside em possibilitar ao cidadão que não haja interferências equivocadas no resultado sufragado nas urnas, por decisões em desacordo com a Constituição Federal (CF), vez que essas ocorrências representam uma ingerência na consolidação do resultado do pleito e, portanto, na soberania popular, sob o véu da coibição de ilícitos nas campanhas, mas em desacordo com o ordenamento jurídico brasileiro, causando uma instabilidade em todas as instituições democráticas pelo fato do povo, detentor do poder, não saber quem é o seu legítimo representante.

De mais a mais, a proposta se insere na Crítica Hermenêutica de Lenio Streck, vez que busca contrapor o “senso comum teórico” (Warat) e visa questionar a “vontade de poder”

(Nietzsche) com assento em um ideário de controle hermenêutico das decisões judiciais eleitorais. Esse estudo se concentrará em uma lacuna a ser preenchida, sobretudo na seara eleitoral ou processual eleitoral: o Estado Democrático Direito não só requer como impõe uma necessária e adequada interpretação/aplicação do direito. E a importância do tema escolhido pela pesquisa, seja no plano individual, social ou acadêmico, poderia, talvez, ser aquilatada por meio de uma afirmativa derradeira: não podemos, enquanto cidadãos, sociedade e academia, contribuir, por ação ou omissão, para a submissão da democracia brasileira a uma espécie de autocracia materializada pelo governo dos juízes eleitorais. É de fundamental importância dizer que não ignoramos a grande importância da Justiça Eleitoral para o regime democrático brasileiro, absolutamente. Não questionamos, também, a legitimidade da jurisdição eleitoral, inclusive para impor eventuais cassações de registros, diplomas ou mandatos eletivos. O ponto de divergência é claro: o ativismo judicial, considerado como tal um problema de índole comportamental (isso será desenvolvido à exaustão no curso do texto), é antidemocrático.

Dessa forma, ao fim e ao cabo, a proposta é desencadear uma crítica hermenêutica do Direito Eleitoral a partir do julgamento da Chapa Dilma-Temer pelo TSE, extraindo dele diversas incongruências insustentáveis filosófica e constitucionalmente, algo que tornará possível, com assento na CHD de Lenio Streck, desnudar o ativismo judicial na Justiça Eleitoral, fenômeno que é, no final das contas, inimigo da democracia representativa.

Para tanto, o trabalho restará dividido em *quatro capítulos*. No *primeiro*, será realizado um apanhado histórico acerca da formação do Estado brasileiro, bem assim acerca da criação da Justiça Eleitoral. A Justiça Eleitoral surgiu historicamente no Brasil em um contexto marcado por fraudes eleitorais de toda ordem, especialmente vinculadas ao *establishment* político dominante até então. Nesse contexto, fenômenos históricos como o “coronelismo” e o “voto de cabresto”, e até mesmo o caráter patrimonialista-estamental característico da formação e evolução do Estado brasileiro, se encontram intimamente vinculados à criação e à consolidação deste ramo especializado do Poder Judiciário nacional. Assim, o capítulo presente pretenderá desenvolver e contextualizar a instituição da Justiça Eleitoral, de modo a compreender o seu assento histórico-institucional no Brasil, desde a formação do Estado nacional, até a consolidação deste ramo especializado do Judiciário da União, bem assim as suas competências, passando também pela evolução do direito de voto e, no mais, pelo marco regulatório do Direito Eleitoral pátrio, até mesmo para bem introduzir os capítulos seguintes, sem o que não se poderá compreender a fundo acerca do que estaremos falando.

No *segundo*, serão perquiridos conceitos-chave para o curso da pesquisa, tais como democracia, soberania popular e direitos políticos, bem como será desnudado um aparente

antagonismo existente entre democracia e Justiça Eleitoral. A Justiça Eleitoral representa uma instituição edificada com o fito de quebrar a marca patrimonialista e estamental cristalizada na estrutura do Estado brasileiro desde a sua gênese e, de mais a mais, nas eleições para a escolha dos representantes políticos da Nação. Imbricam-se aí, portanto, questões como “democracia representativa”, “soberania popular”, “direitos políticos”, “legitimidade das eleições” e a própria Justiça Eleitoral, naquilo que se refere à sua interferência nos processos de escolha da representação política. Nesse capítulo, então, procuraremos desenvolver os referidos conceitos para, ao final, estabelecermos um paralelo entre democracia representativa, soberania popular, direitos políticos e a Justiça Eleitoral, desnudando um aparente antagonismo existente nessa relação, e tecendo, no mais, considerações sobre aquilo que chamaremos de “contramajoritarismo de dupla face”, traçando-se, então, um norte acerca de como a instituição, em um contexto geral, deveria considerar a sua forma de atuação jurisdicional, de modo a não interferir, ilegítima, ilegal e inconstitucionalmente, nos processos eleitorais realizados país afora.

No *terceiro*, será abordado o caso paradigmático recorte da pesquisa, qual seja o julgamento da “Chapa Dilma-Temer” no TSE, desde a acusação até o julgamento de mérito da controvérsia pelo Plenário da Alta Corte Eleitoral da Justiça brasileira. Serão reproduzidas aqui todas as etapas deste célebre *case*, delimitando a acusação, as defesas, a posição do MPE, o *iter* processual e o julgamento de mérito, encerrando, ao final, o estudo pormenorizado do caso, a partir da reprodução e da análise dos principais fundamentos constantes dos votos vencedores e dos votos vencidos.

No *quarto*, e último, será desenvolvido o marco referencial teórico da pesquisa, em toda sua extensão, ocasião na qual será denunciada, a partir do referido “julgamento do século”, o descompasso paradigmático (aprisionamento tardio ao esquema sujeito-objeto), a baixa constitucionalidade, a ausência de integridade e coerência e o ativismo judicial existente na jurisdição eleitoral brasileira, apresentando, então, como soluções a estes problemas todos, a CHD de Lenio Streck em suas duas fases (a primeira, de índole hermenêutico-filosófica, e a segunda, a partir da aproximação com a teoria do “direito como integridade” de Ronald Dworkin). A questão central do capítulo é a seguinte: na medida em que a judicialização da política tem sido uma tendência, e que os processos eleitorais não escapam a esse fenômeno, como a Justiça Eleitoral deve se (com)portar ao decidir os respectivos processos judiciais, uma vez que imersa na arena democrática? A obtenção de uma resposta segura a essa questão repousa na busca de uma necessária (diria indispensável) harmonização da jurisdição eleitoral ao paradigma do Estado Democrático de Direito, de modo a evitar que decisões judiciais se

afigurem como afrontosas à democracia representativa e a soberania popular, transferindo o protagonismo na escolha da representação popular, que é do povo, para os Tribunais. A proposta se insere na CHD, vez que busca contrapor o “senso comum teórico” e visa questionar a “vontade de poder” com assento em um ideário de controle hermenêutico das decisões judiciais eleitorais. Com efeito, o Estado Democrático Direito não só requer, como impõe, uma necessária e adequada interpretação/aplicação do direito. É a partir dessas premissas, então, que será abordada a atuação da Justiça Eleitoral brasileira, a partir daquele que é considerado o “juízo do século” no âmbito da jurisdição eleitoral nacional (o julgamento da chapa majoritária eleita nas eleições presidenciais de 2014 pelo TSE), em confronto com o paradigma do Estado Democrático de Direito, da democracia constitucional e do *constitucionalismo contemporâneo*, dando conta dos perigos que um Judiciário Eleitoral ativista traz para a democracia e do motivo pelo qual ele é incompatível com estes pilares civilizatórios. Já o caminho para a construção da CHD se encontra pavimentado por premissas centrais, tais como: a) uma Constituição não se operacionaliza por si mesma; b) o positivismo como obstáculo ao constitucionalismo; c) a Constituição e a necessidade de novos paradigmas interpretativos; d) a imbricação entre a hermenêutica filosófica de Gadamer (superação do esquema sujeito-objeto; circularidade hermenêutica; pré-compreensão) e a teoria integrativa do Direito de Dworkin (moralidade pública, responsabilidade política dos juízes, coerência e integridade do Direito); e) A hermenêutica e as possibilidades de alcançar respostas corretas (adequadas à Constituição). Este capítulo final, portanto, será destinado a explorar o marco referencial teórico da pesquisa em toda sua extensão, ocasião na qual será denunciada, a partir do referido “juízo do século”, o descompasso paradigmático (aprisionamento tardio ao esquema sujeito-objeto), a baixa constitucionalidade, a ausência de integridade e coerência e o ativismo judicial existentes na jurisdição eleitoral brasileira, apresentando, então, como soluções a estes problemas todos, a CHD de Lenio Streck em suas duas fases (a primeira, de índole hermenêutico-filosófica, e a segunda, a partir da aproximação com a teoria do “direito como integridade” de Ronald Dworkin), o que se dará, ao final e ao cabo, através das suas colunas-mestras (*superação do esquema sujeito-objeto, o controle hermenêutico das decisões judiciais, a integridade e a coerência no ato de decidir, a Constituição como norma e a baixa constitucionalidade no Direito brasileiro, a necessária distinção entre judicialização da política e ativismo judicial, a crítica ao panprincipiologismo, e a resposta adequada à Constituição, os cinco princípios a serem observados no âmbito da interpretação jurídica e as únicas seis hipóteses pelas quais o juiz não estaria obrigado a aplicar a lei ou o texto legal*).

2 A JUSTIÇA ELEITORAL NA HISTÓRIA DO BRASIL

A Justiça Eleitoral surgiu historicamente no Brasil em um contexto marcado por fraudes eleitorais de toda ordem, especialmente vinculadas ao *establishment* político dominante até então. Nesse contexto, fenômenos históricos como o “coronelismo” e o “voto de cabresto”, e até mesmo o caráter patrimonialista-estamental característico da formação e evolução do Estado brasileiro, se encontram intimamente vinculados à criação e à consolidação deste ramo especializado do Poder Judiciário nacional.

Em 1930 despontaria no Brasil um movimento revolucionário que derrubaria o centro da política nacional, vindo a instaurar uma nova ordem nacional. Tratou-se, pois, da Revolução de 30, liderada pelo gaúcho Getúlio Vargas, que se tornaria depois Presidente do Brasil por duas oportunidades (1930/1945; 1951/1954).

A criação da Justiça Eleitoral surge da Revolução de 1930, consagrada, pois, a partir do Código Eleitoral (CE) de 1932 e, depois, ratificada pelo texto constitucional de 1934. Desde então, com exceção da Constituição de 1937, fruto do golpe do Estado Novo, a Justiça Eleitoral tem acompanhado todos os textos constitucionais brasileiros, desembocando, assim sendo, no texto constitucional de 1988, que marca e finaliza, de uma vez por todas, a redemocratização do país iniciada em 1979 (com a anistia política) depois de décadas de um regime ditatorial que assolou a Nação.

A razão para a criação da Justiça Eleitoral é (foi) a seguinte: pensou-se, muito a partir das ideias de Assis Brasil, em uma instituição apartada das forças políticas dominantes, e, portanto, distante e imparcial, incumbida de gerir ou administrar os processos eleitorais e zelar para que estes transcorressem com isonomia, transparência, tranquilidade e legitimidade. A Justiça Eleitoral, pode-se dizer, é uma instituição edificada com o fito de quebrar a marca patrimonialista e estamental cristalizada na estrutura do Estado brasileiro desde a sua gênese e, de mais a mais, nas eleições para a escolha dos representantes políticos da Nação, considerada a ocupação dos cargos públicos eletivos por intermédio deste mecanismo.

Daí, afinal, que o capítulo presente pretenderá desenvolver e contextualizar a instituição da Justiça Eleitoral, de modo a compreender o seu assento histórico-institucional no Brasil, desde a formação do Estado nacional, até a consolidação deste ramo especializado do Judiciário da União, bem assim as suas competências, passando também pela evolução do direito de voto e, no mais, pelo marco regulatório do Direito Eleitoral pátrio, até mesmo para bem introduzir os capítulos seguintes, sem o que não se poderá compreender a fundo acerca do que estaremos falando.

2.1 A formação e a evolução do Estado brasileiro e “os donos do poder”: o patrimonialismo característico da “Terra de Santa Cruz”

Em seu livro “*Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*”, Raymundo Faoro faz uma análise minuciosa da formação do Estado brasileiro, ocasião na qual o autor busca demonstrar como melhor interpretar as origens e do desenvolvimento de um Estado brasileiro, porém não de uma nação brasileira, fracassada mediante ações do próprio Estado. Na visão de Faoro, o Brasil, uma vez gerado por uma empreitada de origem portuguesa, não deixou de ser português.¹

Faoro traça ainda um panorama social do cenário brasileiro, utilizando-se, para tanto, de um conceito que se tornou principal em sua obra, isto é, o “patrimonialismo-estamental”. O indigitado “patrimonialismo-estamental”, por sua vez, é articulado ou considerado a partir do diálogo com uma categoria ideal weberiana, que é escolhida por estar relacionada à estrutura de longa duração estatal, afirmando-se, pois, nesse sentido, que de Dom João (o I de Portugal, Rei de Portugal e de Algarves) a Getúlio Vargas, numa viagem de seis séculos, “[...] uma estrutura político-social resistiu a todas as transformações fundamentais, aos desafios mais profundos, à travessia do oceano largo”.²

A estrutura *patrimonial-estamental*, como conceito central da obra, indica um modelo estatal cujas engrenagens giram à luz de uma característica acentuadamente patrimonialista, que acaba por ser dirigida (ou gerida) por um estamento. E o desdobramento desta pecha (ao Estado brasileiro, no caso), aponta que a formação do Estado patrimonial-estamental se constitui de atores diversos, dentre os quais: o Estado mesmo, as instituições privadas e os grupos econômicos e políticos aliados ou legitimados pelo Estado e por suas tradições. Trata-se do Estado engendrando uma estrutura chamada Estado patrimonial-estamental. Desta forma, o estamento pensa em si próprio e no Estado; já o Estado pensa em si e, para tanto, tem a preocupação com o bem-estar do estamento.³

Mas, afinal: *o que é isto, o Estado patrimonialista-estamental?* Para responder este questionamento, deve-se perceber desde já que a formação do estamento burocrático, que se instalou em terras tupiniquins desde a sua gênese, ocorreu mediante as fortes influências oriundas de Portugal. Estas influências foram se reproduzindo na Colônia, tornando-se

¹ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

² Ibid., p. 819.

³ Ibid., p. 261.

fundamentais para a consolidação das bases do Estado patrimonialista e colonial, constituindo o marco tradicional da dominação das forças políticas e econômicas das minorias abastadas.⁴

Assim, da mesma forma que para a devida compreensão da formação do Estado brasileiro deveremos voltar no tempo e manter vistas à Corte de Lisboa, deveremos também ter tal compreensão acerca da formação do Estado nacional brasileiro para que possamos compreender a razão pela qual se optou aqui pela criação de uma Justiça Eleitoral incumbida de gerir/administrar os processos eleitorais e de zelar pela sua legitimidade.

As colunas fundamentais, sobre as quais se assentaria o Estado português, estavam presentes, plenamente elaboradas, no direito romano. O príncipe, com a qualidade de senhor do Estado, proprietário eminente ou virtual de todas as pessoas e bens, define-se, como ideia dominante, na monarquia romana. O rei, supremo comandante militar, cuja autoridade se prolonga na administração e na justiça, encontra reconhecimento no período clássico da história imperial. O racionalismo formal do direito, com os monumentos das codificações, servirá, de outro lado, para disciplinar a ação política, encaminhada em constante rumo da ordem social, sob o comando e o magistério da Coroa.⁵

Raymundo Faoro, por exemplo, traça um paralelo entre a colonização portuguesa e a colonização inglesa. Segundo o autor, os ingleses transmigrados “[...] formaram sua própria organização política e administrativa, esquecidos do superado resíduo feudal”.⁶ Já este traço característico da colonização inglesa (e falemos da América aqui em especial), que proporcionou um claro desenvolvimento econômico das respectivas colônias, não se verificou nos exemplos portugueses. Trata-se aqui, portanto, de uma *classe de colonos diferentes*, conforme Faoro observa.⁷ Assim sendo, enquanto o estilo de colonização inglesa propiciou o desenvolvimento econômico das respectivas colônias (e os Estados Unidos da América são um grande exemplo disso), o modelo de colonização portuguesa (característico do Brasil) nem tanto.

Foi aqui, então, segundo a perspicaz afirmativa de Alexandre de Castro Nogueira, que se formou o traço distintivo do modelo de colonização inglês para o português, ou seja: “[...] um planejou o prolongamento do Estado e o outro intentava tirar os dependentes da coroa, da corte real, do seu guarda-chuva, dando mais liberdade àqueles que tentariam a nova vida

⁴ MULLER, Cristina Maria. O estamento burocrático brasileiro. **Acesso Livre**, [S.l.], n. 8, p. 92, jul./dez 2017.

⁵ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012. p. 27.

⁶ Ibid., p. 142.

⁷ FAORO, loc. cit.

distante do cobertor real”.⁸ Segundo o mesmo Nogueira, havia incentivos por parte dos portugueses para a colonização das novas terras descobertas, “[...] mas não se dotava, quem ia, do mínimo necessário para se desamarrarem das tranças reais, pois queriam manter o poder sobre os colonos”.⁹ Daí, pois, a constatação derradeira, a saber: enquanto o modelo colonial inglês, p. ex., pautou-se na liberdade e no fornecimento de meios aos colonos para que estes pudessem subsistir e prosperar (cada vez mais longe do jugo da Coroa, diga-se), o português pautou-se em uma lógica absolutamente inversa, isto é, na lógica do cabresto, de tal maneira, com isso, a manter o controle total sobre os colonos, a partir de uma clarividente dependência destes para com a Corte. O inglês fundou na América uma pátria, o português um prolongamento do Estado.

Além do domínio econômico, o longo período de colonização estabeleceu-se como um projeto totalizante no Brasil, onde os agentes dominantes trouxeram consigo tanto sua memória, quanto sua linguagem e religião, submetendo os habitantes da colônia ao seu *cultus*. Indubitavelmente, “[...] é fundamental salientar que essa aculturação é pensada no sentido de adaptar determinada civilização a um padrão cultural tido como superior [...]”.¹⁰ Em todos os aspectos, os habitantes iniciais das terras não foram agentes passivos às formas de dominação. A aculturação e a dominação geravam resistência dos nativos, ao passo que os colonizadores enrijeciam os mecanismos de exploração e controle.¹¹

A colonização é um negócio do Rei. O sistema armava-se de três lados: o rei, concessionário e garante, com suas armadas e suas forças civis de controle de território; o contratador, armador das naus, vinculados aos financiadores europeus, interessados por sua vez na redistribuição das mercadorias na Europa; e o estabelecimento americano, a feitoria.¹² São as capitânicas, representadas na delegação pública de poderes. O modelo de concessão de privilégios era uma feitoria com distribuição de terras, cobrança de tributos, funções administrativas e bancárias. As capitânicas funcionavam como estabelecimento militar e econômico, promovia o aproveitamento dos recursos para a produção para o centro, ao mesmo tempo tem o dever de proteger o território. Se por um lado, o empreendimento além-mar se destaca com o tempo ele terá a função de receber o excedente demográfico. O estamento

⁸ NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral**: lei de inelegibilidades e interpretação teleológica. Curitiba: Juruá, 2015. p. 28.

⁹ Ibid., p. 28-29.

¹⁰ ARAÚJO, André Leite; PUH, Júlio Lopes Milan; SANTOS, Rafael Carli Ramos dos. **A permanência das elites no poder e suas relações com o imperador**. São Paulo: USP, 2015. p. 2.

¹¹ ARAÚJO; PUH; SANTOS, loc. cit.

¹² FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012. p. 125.

burocrático nacional surge a partir dos donatários que recebiam as concessões de terras. É importante frisar que as terras não eram propriedade, sentido atual, mas pertenciam ao rei, que doava o seu uso para dele extrair riqueza.¹³

Sabemos bem, nesse contexto, por influência direta e concreta do *establishment* lusitano, que “[...] o processo de colonização do Brasil se deu por meio de capitânias hereditárias, um modelo ‘semifeudal’ – uma economia agrária de exploração ruralista - que por meio da intervenção da Corte Portuguesa, se restringiu às regiões litorâneas de nosso país”.¹⁴ Daí que durante *Colônia – Império – República*, o “senhor”, o “barão” e “coronel”, foram os representantes administrativos dessas regiões de agricultores.¹⁵ Esse monopólio da terra e subjugação à Corte Portuguesa impediu o desenvolvimento urbano e industrial por séculos no país, em suma, impediu ou atrasou demasiadamente o desenvolvimento econômico da colônia.¹⁶ E marcou, sobremaneira, a formação do Estado brasileiro, pois, bem assim as suas características. O português colonizador formou, portanto, não uma pátria, mas um prolongamento do Estado central absoluto.

Nesse contexto monárquico, como afirma Nogueira, o que se tinha “[...] eram os fazendeiros escravocratas e os seus filhos, todos formados em profissões liberais, monopolizando a política, dominando as posições de mando da sociedade, e fundando a estabilidade das instituições nesse contestado domínio”.¹⁷ Mas, em 1851, praticamente quarenta anos depois da chegada da família real ao Brasil, tinha início o movimento regular de constituição das sociedades anônimas, e nos anos seguintes aconteceram inúmeras inovações, como, por exemplo, a criação do segundo Banco do Brasil “[...], além da centralização monetária e de oferta financeira na principal praça mercantil e financeira do império, o que seria um marco para a modificação da estrutura política, social, econômica e administrativa do Brasil”.¹⁸ Essas transformações abriram caminho para uma liquidação mais ou menos rápida da velha herança colonial e rural e, indubitavelmente, levaram a uma necessidade organizacional

¹³ NASCIMENTO, Rosa Maria Freitas do. **A indelével herança portuguesa e a origem das desigualdades: o estamento burocrático ou a tese de Raymundo Faoro.** [S.l.], [201-]. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2a519dc383bbb4f0>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

¹⁴ ALMEIDA, Ana Paula Evangelista de; MADALENO, Izabella. Da Monarquia à República: como a ficção literária retratou os entraves intelectuais e políticos desse período. **CS online – Revista Eletrônica de Ciências Sociais**, Juiz de Fora, v. 7, n. 15, p. 37, jan./abr. 2013. Disponível em: <<https://csonline.ufjf.emnuvens.com.br/csonline/article/view/2261/1608>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral: lei de inelegibilidades e interpretação teleológica.** Curitiba: Juruá, 2015. p. 30.

¹⁸ NOGUEIRA, loc. cit.

que acobertasse as demandas que vinham junto às mudanças econômicas que estavam se consolidando no Império.¹⁹

Não é por coincidência cronológica, conforme lição de Nogueira pautado na obra de Holanda, que um período de excepcional vitalidade nos negócios, e que se desenvolve sob a direção e em proveito de especuladores geralmente sem raízes culturais, “[...] tenha ocorrido nos anos que se seguem imediatamente ao primeiro passo dado para a abolição da escravatura”.²⁰ À sombra do comércio negreiro formavam-se grandes fortunas, que tendiam a mobilizar contra a introdução de escravos. Os interessados no negócio tinham logrado organizar uma extensa rede com a intenção de salvaguardar o exercício franco de suas atividades, e onde os interessados no tráfico tiveram oportunidade de promover, mesmo, e principalmente, depois, de 1845, o ano de *Bill Aberdeen* (legislação britânica que proibia o comércio de escravos entre a África e América), um comércio cada vez mais lucrativo e que os transformaria em verdadeiros magnatas do Império. Porém, o golpe dado pela Lei Eusébio de Queirós (legislação brasileira do segundo Império, 1850, que impedia o comércio interatlântico de escravos) fez com que o tráfico negreiro caísse.²¹⁻²² Com a extinção desse comércio ficaram disponíveis capitais de algumas das maiores fortunas da época, todas comprometidas com a importação de negros, abrindo possibilidades de investimentos em outros ramos de negócios. A ânsia de enriquecimento, favorecida pelas excessivas facilidades de crédito, contaminou logo todas as classes e foi uma das características mais notáveis desse período próspero.²³

Em relação à política, seguimos com Nogueira, intimamente ligada a questões administrativas e ao poderio econômico, um indivíduo filiado a determinado partido político assumia compromissos que não podiam ser rompidos sem felonias, pertencendo assim, de modo bem distinto, a um círculo de ideais, dando mostra de que eram as relações políticas do período.²⁴ Como advertiu, então, o autor norte-americano Herbert Smith, vigora(va) no Brasil quase universal a ideia de que “é desonroso para uma pessoa abandonar seu partido”²⁵.

¹⁹ NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral: lei de inelegibilidades e interpretação teleológica**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 30.

²⁰ *Ibid.*, p. 31.

²¹ NOGUEIRA, loc. cit.

²² A Lei Eusébio de Queirós proibiu formalmente o tráfico negreiro. Não obstante a proibição legal, a prática não foi suplantada por inteiro no Brasil. Daí, aliás, que essa lei ficou conhecida como “a lei para inglês ver”.

²³ NOGUEIRA, loc. cit.

²⁴ NOGUEIRA, loc. cit.

²⁵ SMITH, 1922, p. 192 apud NOGUEIRA, loc. cit.

E com relação aos engenhos, “[...] esses constituíam um organismo completo, que bastava a si mesmo, inclusive e principalmente no que tange à representação e à participação política, que era inerente à influência econômica”.²⁶

Tudo se fazia conforme a vontade dos proprietários das terras. A família, nos domínios rurais, era organizada segundo as normas clássicas do velho direito romano-germânico, mantido na Península Ibérica através de inúmeras gerações como base e centro de toda a organização social.²⁷ A esfera doméstica foi a que menos tolerou pressão de fora, o grupo familiar mantinha-se imune a qualquer abalo, sem interferência de qualquer princípio superior que viesse a perturbá-lo ou oprimi-lo, e, como consequência, existiam poucos freios para a tirania do pátrio poder.²⁸ Esse quadro se torna tão poderoso que chega a perseguir indivíduos que estão fora desse meio. A entidade privada precede sempre, nesse contexto, a entidade pública. A família patriarcal fornece o modelo por meio do qual hão de se calcar, na vida política, as relações entre governantes e governados, ou seja, há uma mistura entre privado e público, algo que pode ser a raiz dos problemas enfrentados hoje na condução da coisa pública no Brasil.²⁹

Estas características influenciaram, seguramente, na formação do Estado brasileiro. Mas, mais do que isso, influenciam as relações entre o público e o privado, entre o governante e o governado, bem assim o trato da coisa pública e a confusão teimosa existente aqui entre a *res publica* e a esfera privada. O privado suplanta o público. Este é confundido com aquele. O interesse privado, marcado por poucos privilegiados, toma de assalto o interesse público e, como tal, de todos nós. A esse respeito, como afirma José Murilo de Carvalho, “[...] o governo trazia para a esfera pública a administração do conflito privado, mas ao preço de manter privado o conteúdo do poder”.³⁰

A formação política, econômica e social no cenário brasileiro proporcionou, mediante a estruturação das normas jurídicas, públicas e éticas em prol do interesse coletivo, a satisfação de interesses privados (pessoais, empresariais ou partidários). No período imperial apresentaram-se alguns indícios da ocorrência da corrupção na história política brasileira, pois ela é uma das razões que fez a Coroa decretar a ineficiência do sistema de feitorias, implantando as Capitânicas Hereditárias em seguida. Os funcionários régios que permaneciam nas novas terras eram responsáveis pela guarda e armazenamento de pau Brasil e outras mercadorias,

²⁶ NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral**: lei de inelegibilidades e interpretação teleológica. Curitiba: Juruá, 2015. p. 32.

²⁷ NOGUEIRA, loc. cit.

²⁸ NOGUEIRA, loc. cit.

²⁹ NOGUEIRA, loc. cit.

³⁰ CARVALHO, 1996, p. 144 apud NOGUEIRA, loc. cit.

também ficavam com a responsabilidade de protegê-la contra invasão de navios estrangeiros. No entanto, esses funcionários aproveitavam o clima de soltura para negociarem com nações vizinhas, tirando proveitos individuais.³¹

A dicotomia “público e privado” era praticamente inexistente, havendo clara mistura e confusão desses conceitos na vida prática da colônia. Ao donatário, responsável pela manutenção e desenvolvimento da terra em suas potencialidades econômicas e administrativas, cabia também a nomeação daqueles que atuavam em seu auxílio nas várias atividades atreladas ao desenvolvimento colonial. A terra neste cenário, cedida àquele em caráter privado, também alcançava a sua função pública, inexistindo nenhuma distinção do que era público e do que era particular.³²

Daí, ao final e ao cabo, que mesmo o Estado brasileiro dos anos 1900 (e os de hoje, em certa medida, consideradas as minoritárias elites políticas e econômicas que ainda regem a Nação) é um Estado oligárquico, em que, segundo Bresser-Pereira, “[...] uma pequena elite de senhores [...] e de políticos patrimonialistas dominam amplamente o país”.³³ E é aí que entra em cena a obra de Faoro, como um importante mecanismo de pesquisa tendente a desvelar as origens do Estado brasileiro, de cunho patrimonialista e estamental, e também de verificar as razões pelas quais esta estrutura, pode-se dizer, mantém-se hígida mesmo em pleno século XXI, mudando apenas os respectivos atores.

Ninguém descreveu melhor do que Raymundo Faoro, em *Os Donos do Poder*, esse Estado, usando o conceito weberiano de burocracia patrimonial ou patrimonialista. Para Faoro o poder político do Estado está concentrado em um estamento aristocrático-burocrático de juristas letrados e militares, que derivam seu poder e sua renda do próprio Estado. Ao contrário dos demais autores que estudaram a formação social brasileira no Império e na Primeira República, o regime político para Faoro não é dominado por uma oligarquia de senhores de terra: em uma primeira fase, os senhores de engenho do Nordeste e os coronéis de gado do sertão; em uma segunda, os primeiros plantadores de café do Vale do Paraíba; e finalmente os cafeicultores do Oeste paulista. Estas oligarquias, de acordo com a análise clássica, constituem juntamente com a burguesia mercantil as classes sociais dominantes. Faoro não a nega, mas entende que estamento patrimonial, enquanto grupo político dirigente, reproduz no Brasil o

³¹ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012. p. 117.

³² FAORO, loc. cit.

³³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado patrimonial ao Estado gerencial. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge (Orgs.). **Brasil**: um século de transformações. São Paulo: Cia. das Letras, 2001. p. 225.

sistema montado em Portugal no século XIV por Dom João I, o Mestre de Avis: um estamento originalmente aristocrático, formado pela nobreza decadente que perde a renda da terra, e, depois, vai se tornando cada vez mais burocrático, sem perder, todavia, seu caráter aristocrático.³⁴

Este estamento não é mais senhorial, porque não deriva sua renda da terra, mas é patrimonial, porque a deriva do patrimônio do Estado, que em parte se confunde com o patrimônio de cada um de seus membros. O Estado arrecada impostos das classes, particularmente da burguesia mercantil, que são usados para sustentar o estamento dominante e o grande corpo de funcionários de nível médio a ele ligados por laços de toda ordem.³⁵

Além de edificar as origens institucionais brasileiras, o fenômeno do patrimonialismo é amplamente descrito como sendo detentor de um forte cunho centralizador. Dessa forma, Faoro observa em suas análises que o povoamento e a colonização (do Brasil) deveriam estar ao alcance dos instrumentos de controle e de repressão da metrópole, de seus navios e das suas forças obediente na colônia. A Coroa está atenta para “[...] manter aquele sistema de povoamento litorâneo, permitindo contato mais fácil e direto com a metrópole e ao mesmo tempo previne, ou chama exclusivamente a si, enquanto têm forças para fazê-lo, as entradas ao sertão, tolhendo, aqui, sobretudo, o arbítrio individual”.³⁶ A real fazenda instala, pouco a pouco, seus mil olhos, muitas vezes desnorteados com a extensão territorial, denunciando “[...] o cunho largamente mercantil da ação colonial dos reis portugueses”.³⁷ A centralização era o meio adequado, já cristalizado tradicionalmente, para o domínio do novo mundo.

Na centralização político-administrativa que se verifica naquele período, feitos como: a concessão de cargos, a condução de assuntos econômicos, e muitos outros, ficavam a cargo do Estado, ente presente em quase todas as esferas da vida social.³⁸ É assim que no Brasil: “O patrimônio real, preservado pelo estamento burocrático, esquece serviços antigos e lealdades novas, espalha seus tentáculos cobiçosos pela colônia imensa”.³⁹

³⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado patrimonial ao Estado gerencial. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge (Orgs.). **Brasil: um século de transformações**. São Paulo: Cia. das Letras, 2001. p. 222-259.

³⁵ Ibid.

³⁶ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012. p. 169.

³⁷ FAORO, loc. cit.

³⁸ SILVEIRA, Daniel Barile da. Patrimonialismo e a formação do estado brasileiro: uma releitura do pensamento de Sérgio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro e Oliveira Viana. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2006, Manaus. **Anais...** Florianópolis: CONPEDI, 2006. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Daniel%20Barile%20da%20Silveira.pdf>>. Acesso em: 7 abr. 2018.

³⁹ FAORO, op. cit., p. 191-192.

Como desdobramento da centralização do período colonial, vão se estabelecendo, na sociedade brasileira, muitas práticas e muitos agentes garantidores dessa ação concentradora do Estado e componentes de uma rede de estruturas de dominação, cujas reminiscências tornam-se permanentes, podendo ser constatadas em vários períodos da evolução da formação histórica do Estado brasileiro.

O papel dominante no Império de um estamento burocrático muito semelhante àquele que dominava Portugal, de origem aristocrática, ligado aqui por laços de família ao patriciado rural, está hoje muito claro. Enquanto os senhores de terra e os grandes comerciantes e traficantes de escravos se ocupavam da economia, este estamento dominava com relativa autonomia o Estado e a política. Havia ali, acrescentaria eu, uma nova classe média, uma classe burocrática, em formação, mas naquele momento tratava-se antes de um estamento de políticos e burocratas patrimonialistas, apropriando-se do excedente econômico no seio do próprio Estado, e não diretamente através da atividade econômica. O mais importante naquele momento, porém, era a ainda a marca da colonização portuguesa.

Na verdade, o que tínhamos era uma aliança do estamento patrimonialista com burguesia mercantil de senhores de terra e grandes comerciantes, esta burguesia transformando-se, no decorrer do século XIX, de uma oligarquia principalmente de senhores de engenho para uma oligarquia cafeeira paulista. Tivemos assim um Estado Patrimonial Mercantil no Império, que se estenderá ainda pela Primeira República. O poder do estamento patrimonial é de fato grande, como assinala Faoro, mas mesmo nesse período não pode ser considerado único. A elite patrimonialista imperial, embora tivesse origem principalmente nas famílias proprietárias de terra, vai ganhando aos poucos autonomia na sua própria reprodução. O que a caracteriza é o saber jurídico formal, transformado em ferramenta de trabalho e instrumento de poder. A absoluta maioria dos ministros, conselheiros, e presidentes de província, e deputados é formada em direito. Há também os com formação militar, religiosa e médica. Os engenheiros e os empresários são poucos. São todos burocratas porque sua renda derivada essencialmente do Estado; são patrimonialistas porque os critérios de sua escolha não são racional-legais, e porque constroem um complexo sistema de agregados e clientes em torno de si, sustentado pelo Estado, confundindo o patrimônio privado com o estatal.⁴⁰

Sérgio Buarque de Holanda, que foi quem pela primeira vez utilizou o conceito de patrimonialismo para caracterizar as elites políticas brasileiras, distinguindo o “funcionário

⁴⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado patrimonial ao Estado gerencial. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge (Orgs.). **Brasil: um século de transformações**. São Paulo: Cia. das Letras, 2001. p. 222-259.

patrimonial do puro burocrata”, observa que “[...] não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidades, formados por tal ambiente (família patriarcal), compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público”.⁴¹ É essa elite política letrada e conservadora que manda de forma autoritária ou oligárquica. Não há democracia. As eleições são uma farsa. A distância educacional e social entre a elite política e o restante da população, imensa. E no meio dela temos uma camada de funcionários públicos, donos antes de sinecuras do que de funções, dada a função do Estado patrimonial de lhes garantir emprego e sobrevivência.⁴²

Daí que se se teve, já na República mesma, por configurada “[...] toda uma situação que permitiu uma corrida desenfreada em direção à manutenção do poder, seja de que forma fosse levando, conseqüentemente, a fraudes eleitorais [...]”.⁴³

Partidos, portanto, disputam eleições. A competição entre eles se dá em torno do controle sobre a qualificação dos votantes e dos eleitores. Qualificar apenas aqueles que legalmente teriam direito a votar só se justificaria se houvesse garantias de que a oposição faria o mesmo. Do ponto de vista prático, o mecanismo de controle tinha caráter “suprapartidário”, isto é, favorecia o governo a despeito de quem o controlasse.

Verifica-se que a formação do Estado brasileiro pode ser compreendida como o resultado de processos de formação política orientados pelos mais significantes acontecimentos em sua história e que são de grande importância para a sua compreensão. Abordando o período colonial e os primeiros momentos da emergência de uma sociedade local, onde se verificou que, em meio ao estabelecimento de uma estrutura originária do Império português, a máquina política e administrativa do país se mantinha sob os domínios de um grupo social dominante que priorizava os seus interesses no trato da coisa pública. Essas práticas fundamentadas pelas determinações de um Estado patrimonialista davam as bases necessárias para que os partidos políticos fossem contaminados pelo “espírito de clã” desde a sua origem.

Por isso, então, as eleições para o Poder Legislativo, por exemplo, passaram a ser realizadas sob um esquema eleitoral marcado por fraudes e desmandos, “[...] uma vez que os chefes políticos locais, os coronéis, eram os responsáveis pela qualificação dos eleitores, pela

⁴¹ HOLANDA apud BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado patrimonial ao Estado gerencial. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge (Orgs.). **Brasil: um século de transformações**. São Paulo: Cia. das Letras, 2001. p. 227.

⁴² Ibid.

⁴³ NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral: lei de inelegibilidades e interpretação teleológica**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 35.

tomada e apuração dos votos, e ainda, influenciavam na composição das comissões de alistamento e mesas eleitorais”.⁴⁴

A necessidade de se conferir higidez ao processo de escolha dos representantes políticos se fez premente devido ao sem-número de fraudes perpetradas pelos poderosos da vez, com destaque, como visto, para os coronéis que controlavam a maior parte do eleitorado nesse período, sendo uma verdadeira *longa manus* dos detentores do poder da época.⁴⁵ A figura do coronel era mais do que emblemática, tinha a cara do poder estatal, nada se realizava para a população com menor poder aquisitivo, sem a sua intervenção direta.⁴⁶ Com essa prática, então, “[...] os coronéis amealhavam prestígio político e alimentavam a sua legião de seguidores, através de uma relação de dependência política e econômica”.⁴⁷ Em verdade, se tratava de um jogo de poder onde as práticas não eram nada republicanas, pois o prestígio e o poder político conquistados com práticas assistencialistas eram alvos de trocas de favores vindos dos detentores do Poder Público.⁴⁸

Em troca, diz Faoro, os empregos públicos, sejam os municipais ou os estaduais sediados na comuna, obedecem às indicações do coronel. Certas funções públicas, não institucionalizadas, estão enfeixadas em suas mãos. Daí que o coronel, embora possa ser oposicionista no âmbito municipal – coronel contra coronel –, há de ser governista no campo estadual e federal.⁴⁹

Trata-se, nada mais nada menos, do que a manipulação dos processos eleitorais para a perpetuação de um *status quo* que denota apropriação clarividente do público pelo privado, algo demasiado marcante especialmente na República Velha. Do patrimonialismo às disputas de poder. Destas às eleições. E das eleições às fraudes.

Esse compromisso coronelista pressupõe um certo grau de debilidade de ambos os lados, ou seja, do coronel e do poder público – a extensão da cidadania a um vasto contingente de eleitores do meio rural, incapacitados para o exercício de seus direitos políticos (graças à dependência econômica, social e política dos donos de terras), vinculou os detentores do poder público aos condutores desse rebanho eleitoral, isto é, os coronéis. Em contrapartida, estes

⁴⁴ LARANJA; FRANCO, 2005 apud NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral: lei de inelegibilidades e interpretação teleológica**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 35.

⁴⁵ NOGUEIRA, loc. cit.

⁴⁶ NOGUEIRA, loc. cit.

⁴⁷ NOGUEIRA, loc. cit.

⁴⁸ Ibid., p. 36.

⁴⁹ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012. p. 755.

últimos não mantêm o seu poder focal sem o apoio e a cumplicidade do poder público.⁵⁰

Portanto,

[...] os dois aspectos - o prestígio próprio dos coronéis e o prestígio de empréstimo que o poder público lhes outorga – são mutuamente dependentes e funcionam ao mesmo tempo como determinantes e determinados. Sem a liderança do 'coronel' – firmada na estrutura agrária do país –, o governo não se sentiria obrigado a um tratamento de reciprocidade e, sem essa reciprocidade, a liderança do 'coronel' ficaria sensivelmente diminuída.⁵¹

Embora a época áurea do coronelismo tenha sido a I República, ele persiste até hoje nas regiões menos desenvolvidas do Brasil e "[...] parece evidente que a decomposição do 'coronelismo' só será completa quando se tiver operado uma alteração fundamental em nossa estrutura agrária".⁵²

Justamente neste contexto, enfim, que levou “[...] a um quadro de insurgência social, dado o desconforto gerado por essa situação que não se adequava à democracia [...]”⁵³, que acabaria por ser gestada a Justiça Eleitoral brasileira, pensada e materializada como uma instituição apartada das forças políticas dominantes, e, portanto, distante e imparcial, incumbida de gerir ou administrar os processos eleitorais e zelar para que estes transcorressem com isonomia, transparência, tranquilidade e legitimidade. A Justiça Eleitoral *é uma instituição edificada com o fito de quebrar a marca patrimonialista e estamental* cristalizada na estrutura do Estado brasileiro desde a sua gênese e, de mais a mais, nas *eleições para a escolha dos representantes políticos da Nação* – considerada a ocupação dos cargos públicos eletivos por intermédio deste mecanismo.

2.2 O direito de voto no Brasil, do Império à República

O direito de voto período colonial demonstra que os portugueses na época realizavam as votações visando à escolha dos melhores indivíduos para governar as vilas, assim como as cidades por eles fundadas, também escolhiam os cargos de juiz, procurador e demais oficiais. Tornou-se tradição a escolha de seus administradores do próprio povoado. A primeira eleição que ocorreu em território brasileiro na época colonial, e que se tem conhecimento, foi na Vila

⁵⁰ FORJAZ, Maria Cecília Spina. Coronelismo, enxada e voto. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 105-108, jan./mar. 1978.

⁵¹ LEAL, 1976, p. 43 apud Ibid., p. 106.

⁵² Ibid., p. 106.

⁵³ NOGUEIRA, Alexandre de Castro. *Decisão judicial na Justiça Eleitoral: lei de inelegibilidades e interpretação teleológica*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 36.

de São Vicente, [...] que ocorreu em 1532⁵⁴. Verifica-se que somente os homens de “bom caráter” poderiam ter condições para escolha dos administradores das vilas, e, conseqüentemente, poderiam ser considerados os nobres de linhagem, isto é, membros da mais alta burocracia militar, assim como senhores de engenho e os burgueses de grande riqueza na área do comércio.⁵⁵

Somente um ano antes da proclamação da Independência, em 1821, ocorreu aquela que seria a primeira eleição brasileira em moldes modernos. Elegeram-se os representantes do Brasil para as Cortes Gerais, Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa, após a Revolução Constitucionalista do Porto e a volta do Rei Dom João VI a Portugal, em 1820. Desde 1808, Dom João governava o Império português a partir do Brasil, devido a invasão da península Ibérica por Napoleão Bonaparte.⁵⁶ Nesse período o Brasil perdeu a condição colonial, tornando-se Reino Unido de Portugal e Algarves. Desse processo, como se sabe, resultou a proclamação de nossa Independência por intermédio do “Grito da Independência”, dado por Dom Pedro I às margens do Ipiranga. E, com ela, uma nova ordenação jurídica e política, que apresentava, naturalmente, novas regras eleitorais.⁵⁷

Foi apenas em 1821 que as pessoas deixaram de votar apenas em âmbito municipal. Na falta de uma lei eleitoral nacional, foram observados os dispositivos da Constituição Espanhola para eleger 72 representantes junto à corte portuguesa. Os eleitores eram os homens livres e,

⁵⁴ “[...]. Martim Afonso de Sousa, nomeado pelo rei de Portugal dom João III donatário de duas capitâneas hereditárias que incluíam a ilha, foi enviado pela coroa portuguesa para explorar a nova colônia e colocar marcos territoriais no litoral atlântico e no Rio da Prata. Fundou, então, a vila de São Vicente em 22 de janeiro de 1532, com oposição dos nativos locais. ‘Sustentou, por espaço de três anos, contínuas guerras com os bárbaros índios carijós, guaianases e tamoios, que os conquistou apesar da oposição que neles achou, sendo-lhe necessário valer de todo o seu esforço contra a contumácia com que lhe resistiu; porque, na posse da liberdade natural, reputavam em menos as vidas que a sujeição do poder estranho; mas, vencidos em vários encontros, cedeu a rebeldia para que, com maior merecimento e glória, fundasse Martim Afonso a vila de S. Vicente’. Martim Afonso instalou, então, em sua nova vila, os símbolos do poder organizado e construindo um pelourinho, uma igreja e uma câmara e realizando, em 22 de agosto de 1532, as primeiras eleições em todo o continente americano. Como atividade econômica da nova vila, começou a cultura da cana-de-açúcar e a instalação de engenhos para a manufatura do açúcar, principal produto do período colonial. Mas a implantação deste esquema exigiu atividades complementares, consideradas secundárias, porém fundamentais para a produção açucareira. Estas eram a pecuária e a agricultura de subsistência. As primeiras cabeças de gado a chegarem ao Brasil vieram do arquipélago de Cabo Verde, em 1534, para a capitania de São Vicente. [...]”. (LEME, Pedro Taques de Almeida. **História da Capitania de São Vicente**. Brasília: Edições do Senado Federal, 2003).

⁵⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Eleições no Brasil: uma história de 500 anos**. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2014d. p. 15.

⁵⁶ Sobre o tema, ver: GOMES, Lauretino. **1808: como uma rainha, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história do Brasil**. São Paulo: Planeta, 2007.

⁵⁷ A esse respeito: OLIVIERI, Antônio Carlos. **Eleições no Brasil: a história do voto no Brasil**. UOL, São Paulo, c2018. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/cidadania/eleicoes-no-brasil-a-historia-do-voto-no-brasil.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

diferentemente de outras épocas da história do Brasil, os analfabetos também podiam votar. Os partidos políticos não existiam e o voto não era secreto.⁵⁸

Com a independência do Brasil de Portugal, foi elaborada a primeira legislação eleitoral brasileira, por ordem de Dom Pedro I, o príncipe regente. Essa lei seria utilizada na eleição da Assembleia Geral Constituinte de 1824.⁵⁹ A esse respeito, segundo Bonavides,

O sistema utilizado foi o de dois graus: não votavam em primeiro grau os que recebessem salários e soldos; para a eleição de segundo grau, exigia-se decente subsistência por emprego, indústria ou bens. O cálculo do número de eleitores era feito a partir do número de fogos da freguesia. Durante quase todo o período imperial, as eleições eram indiretas, ou seja, os cidadãos escolhiam os eleitores dos deputados e senadores. Nessas eleições, podiam votar homens com mais de 25 anos que atendessem aos critérios censitários legalmente definidos. O analfabeto pôde votar quase que livremente nesse período. Ocorreu apenas alguma limitação quando foi instituída a obrigatoriedade de assinatura da cédula eleitoral. Só com a Lei Saraiva, em 1881, é que foi proibido o voto daqueles que não soubessem ler nem escrever, inaugurando o chamado censo literário, responsável pelo decréscimo no eleitorado à época. Tendo em vista a concepção restritiva de cidadania (só era cidadão quem tivesse certos atributos econômicos e morais), os critérios estabelecidos para exercício dos direitos políticos foram objeto de grande detalhamento por parte dos textos legais.⁶⁰

A primeira Constituição brasileira foi outorgada por D. Pedro I, em 1824. Tratou-se, pois, da Constituição do império, outorgada logo após a Declaração da Independência ocorrida às margens do riacho do Ipiranga em 1822. O regime político de então previa o voto e a separação dos poderes. Com viés liberal, a Constituição imperial regulamentou os direitos políticos de maneira demasiado liberal para época, instituindo o voto censitário e limitando tal direito àqueles maiores de 25 anos que detivessem, igualmente, renda superior a cem mil réis anuais, fator que atingia boa parte da classe trabalhadora. O limite de idade, contudo, era variável, sendo menor em alguns casos, como para aqueles que se encontrassem na condição de chefes de família, oficiais militares, clérigos e bacharéis. Era assegurado o voto para os analfabetos. E, na esfera local, votava-se para os cargos de juiz de paz e vereadores. Em âmbito geral, para Assembleia Provincial, Câmara dos Deputados e Senado. As eleições para os cargos locais eram diretas. Para os demais, indiretas. Ainda no âmbito do Império, e sob a égide da Constituição de 1824 sobreveio, em 1881, a Lei Saraiva, que, na dicção de Alves, introduziu

⁵⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Conheça a história do voto no Brasil**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/93439-CONHECA-A-HISTORIA-DO-VOTO-NO-BRASIL.html>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 402.

severas mudanças no processo eleitoral, a qual cerceou o acesso ao voto a um número muito grande de brasileiros. A exigência de renda subiu para 200 mil-réis, excluiu os analfabetos e extinguiu as juntas paroquiais de qualificação, deixando a cargo da magistratura a formação das listas de votantes.⁶¹ E o Decreto 8213, de 1882, “[...] exigiu a alfabetização para o alistamento, escrito de ‘próprio punho’ e devidamente assinado pelo solicitante”.⁶²

A Constituição de 1824, além de definir o voto censitário, estabeleceu que as eleições no Império ocorressem em dois graus, de forma indireta. Havia, por isso, dois tipos de sufragistas. Os votantes (ou eleitores provinciais, de primeiro grau) eram assim considerados todos os cidadãos brasileiros no gozo dos direitos políticos, que possuíssem renda anual superior a 200 mil-réis por bem de raiz, comércio e emprego. Essa cláusula eliminava implicitamente as mulheres, por não possuírem direitos políticos, e também os escravos, considerados juridicamente como “coisas” e, portanto, excluídos de qualquer direito na sociedade escravocrata brasileira. Eram excluídos ainda os menores de 25 anos (exceto os casados, os militares maiores de 21 anos, bacharéis e clérigos de ordens sacras), os filhos de família vivendo com os pais, algumas categorias de criados menores e os religiosos de claustros. Os votantes escolhiam os eleitores, além de elegerem diretamente seus vereadores e juízes de paz nos pleitos locais.⁶³

No período imperial do Brasil verifica-se que a prática política *stricto sensu* era concentrada na atuação de dois partidos políticos: o conservador e o liberal. O partido denominado liberal abordava o idealismo dos bacharéis, assim como aos interesses da burguesia, viabilizando a reforma progressista das classes sem a obrigação direta com a escravidão. Já o segundo partido, dos Conservadores, buscava a implementação de um partido da ordem, sendo composto pelas elites bem como grupos econômicos mais poderosos, atuantes na lavoura e pecuária, plantadores de cana de açúcar, de café e criadores de gado.⁶⁴ A divisão dos partidos políticos presentes no âmbito do período imperial brasileiro era basicamente uma linha imaginária, considerando que estes partidos cobiçavam apenas o poder, “[...] a bandeira dos princípios era não raramente deposta para prevalecerem os interesses áulicos, as conveniências de ocasião, as abdições, as acomodações”.⁶⁵ Os eventos ocorridos a partir da

⁶¹ ALVES, Fernando de Brito. Cidadania e direitos políticos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 877, 27 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7628>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

⁶² NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral: lei de inelegibilidades e interpretação teleológica**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 46.

⁶³ NICOLAU, Jairo M. A participação eleitoral no Brasil. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 256.

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 405.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 407.

Guerra do Paraguai até a Proclamação da República demonstraram que os partidos tradicionais enfrentavam fortes crises. E, sem meios de conter a gravidade da situação, o Império sucumbiria. Assim o foi. E o foi quanto aos próprios partidos políticos de então.

A partir de 1889, por meio da Proclamação da República, diversas incertezas ocorreram acerca da nova forma de governo a ser consolidada. Foi possível a identificação de dois grupos políticos distintos, ou seja, os civis e os militares:

Os civis, representados pelas elites das principais províncias – São Paulo, Rio De janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul – queriam uma República Federativa que desse muita autonomia às unidades regionais. Os militares, por outro lado, defendiam um Poder Executivo forte e se opunham à autonomia buscada pelos civis. [...]. No que se refere à legislação eleitoral, alguns instrumentos legais vieram a público, mas nenhum deles alterou profundamente o processo eleitoral da época. As principais alterações promovidas foram o fim do voto censitário e a continuidade do voto direto. Essas modificações, embora importantes, tiveram pouca repercussão prática, já que o voto ainda era restrito – analfabetos e mulheres não votavam – e o processo eleitoral continuava permeado por toda sorte de fraudes.⁶⁶

A Constituição Republicana de 1891 conforme lição de Joel Cândido previu eleições por “sufrágio direto da nação e maioria absoluta de votos” para Presidente e Vice-Presidente da República.⁶⁷ A primeira Constituição da era republicana brasileira exigia maioria absoluta entre os votados; isso não ocorrendo, o Congresso elegia um entre os dois mais votados, por maioria de votos dos presentes. Previu, também, inelegibilidades para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, deixando para a lei ordinária regular o processo de eleição e de apuração.⁶⁸

A Constituição republicana não avançou, contudo, no campo dos direitos políticos à época porque, equivocadamente, pensava-se: a) a população, que saíra do domínio colonial português, não tinha experiência de soberania popular, por isso o voto era restrito, excluindo, por exemplo, os analfabetos e as mulheres; b) as práticas políticas de compra de votos, atas de eleições falsificadas, coerção moral e física eram perpetradas pelos coronéis e grandes proprietários, que não admitiam derrotas; c) as eleições eram fraudulentas; d) a população, como não possuía experiência anterior, deveria em primeiro lugar adquirir educação primária para depois exercer a soberania popular, mas a educação não era massificada.⁶⁹

⁶⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Eleições no Brasil: uma história de 500 anos**. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2014d. p. 27.

⁶⁷ CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**. Bauru: Edipro, 2008. p. 25-26.

⁶⁸ Ibid., p. 26.

⁶⁹ ALVES, Fernando de Brito. Cidadania e direitos políticos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 877, 27 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7628>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

A nova Carta Constitucional de 1891 não mudou o país como se imagina, ao permitir que o sistema de escolha dos representantes populares continuasse da mesma maneira, o Brasil passou por uma farsa democrática, pois não havia como se estabelecer algo novo preservando-se velhas práticas, principalmente no que tange ao preenchimento dos cargos de escolha popular.⁷⁰ Infelizmente o país continuava com o domínio de uma elite muito ligada aos detentores de poder nos Estados, famílias que, ao longo dos anos, se revezavam no exercício dos cargos públicos que eram de escolha da população.⁷¹

Após a promulgação da primeira Constituição republicana surge em 1892 a primeira Lei Eleitoral que tratou das condições de elegibilidade, as incompatibilidades, as qualificações para ser eleitor, o alistamento e as eleições em si.⁷²

Em 1929, João G. da Rocha, Assis Brasil e Mario Pinto Serva, fizeram parte de uma comissão que elaborou um anteprojeto do CE,

[...] no qual entendiam ser correto entregar aos magistrados o alistamento permanente e a participação desses nas mesas eleitorais e juntas apuradoras, além de também atribuir aos tribunais judiciários o processo e a decisão das contestações em que se levantassem questões sobre os pleitos [...].⁷³

E em 1932 surgiria o primeiro CE da história brasileira. Assis Brasil, que tanto influenciou para a criação do CE de 1932, mostrava, segundo Porto citado por Nogueira, que nada era mais perigoso que a garantia de liberdade política que o sistema da refusão periódica dos registros de eleitores. Reputada como único e verdadeiro progresso realizado entre nós em matéria eleitoral, o registro permanente, introduzido pela Lei Saraiva. Daí que, em projeto regido naquele tempo, houve sugestões para a formação de um registro eleitoral.⁷⁴

A Carta Constitucional de 1934, segunda Constituição republicana, inaugurou, pode-se dizer, uma nova era na prática política nacional. Com efeito, esta Carta teve o grande mérito de criar, no seio da Constituição – porquanto já havia sido criada pelo CE (Decreto nº 21.076, de 24.2.1932) – a Justiça Eleitoral como órgão do Poder Judiciário (art. 63, d). 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,

⁷⁰ NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral**: lei de inelegibilidades e interpretação teleológica. Curitiba: Juruá, 2015. p. 45.

⁷¹ NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral**: lei de inelegibilidades e interpretação teleológica. Curitiba: Juruá, 2015. p. 45.

⁷² *Ibid.*, p. 47.

⁷³ NOGUEIRA, loc. cit.

⁷⁴ PORTO, 1989, v. 1, p. 234 apud NOGUEIRA, loc. cit.

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 de 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).⁷⁵

Na contramão da Constituição de 1934, com o advento do Estado Novo, a Constituição de 1937 (conhecida como a “Polaca”, devido a influência direta da Constituição polonesa), dentre outras medidas, extinguiu a Justiça Eleitoral, os partidos políticos e impôs um verdadeiro torniquete no que se refere à matéria afeta aos direitos políticos. O Estado Novo perduraria até 1945, oportunidade na qual sobreveio o Decreto-Lei nº 7586/45, que recriou a Justiça Eleitoral como órgão do Poder Judiciário nacional.

A Constituição de 1946 manteve a Justiça Eleitoral, dispondo sobre sua competência (arts. 108 a 121), assim como sobre o alistamento, inelegibilidades e direitos políticos (arts. 131 a 140). Atribuiu à União a competência privativa para legislar sobre Direito Eleitoral.⁷⁶ A Constituição de 1946:

[...] ao contrário das outras, não foi elaborada com base em um projeto preordenado, que se oferecesse à discussão da Assembleia Constituinte. Serviu-se, para a sua formação, das Constituições de 1891 e 1934. Voltou-se, assim, às fontes formais do passado, que nem sempre estiveram conformes com a história real, o que constituiu o maior erro daquela Carta Magna, que nasceu de costas para o futuro, fitando saudosamente os regimes anteriores, que provaram mal. Talvez isso explique o fato de não ter conseguido realizar-se plenamente. Mas, assim mesmo, não deixou de cumprir sua tarefa de redemocratização, propiciando condições para o desenvolvimento do país durante os vinte anos em que o regeu.⁷⁷

Com o golpe civil-militar de 1964, toma o poder um comando militar “[...] que efetua prisões políticas de todos quantos seguiram o Presidente deposto (o gaúcho João Goulart) ou simplesmente com ele simpatizavam, ou com as ideias de esquerda, ou apenas protestavam contra o autoritarismo implantado”.⁷⁸

Segundo Silva, expediu-se, em 09 de abril de 1964, um Ato Institucional (AI) “[...] mantendo a ordem constitucional vigorante, mas impondo várias cassações de mandatos e suspensões de direitos políticos”.⁷⁹ Nova crise culminou com o AI 2, de 27.10.65, e outros atos

⁷⁵ CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**. Bauru: Edipro, 2008. p. 26.

⁷⁶ CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**. Bauru: Edipro, 2008. p. 26.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 86.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 87.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 86.

complementares. Vieram ainda o AI 3 e 4. Este regulando o procedimento a ser obedecido pelo Congresso Nacional, para votar nova Constituição, cujo projeto o governo apresentou. A 24.1.67, fora ela promulgada, o que veio a resumir as alterações institucionais operadas na Constituição de 1946, que findava após sofrer vinte e uma emendas regularmente aprovadas pelo Congresso Nacional com base em seu art. 217, e o impacto de quatro atos institucionais e trinta e sete atos complementares, que tornara compulsável o Direito Constitucional positivo.⁸⁰ Por sua vez, o AI 5, de 13.12.68, instalou o que poderíamos chamar de “golpe dentro do golpe”, rompendo com a “ordem constitucional” então vigente e autorizando o Presidente a fechar o Congresso, cassar mandatos e cassar e suspender (mais uma gama de) direitos políticos. O ato seguiu-se de diversos atos complementares, até a promulgação da Emenda Constitucional (EC) nº. 1 de 30.10.69 pelo triunvirato militar que sucedeu o então presidente Costa e Silva. Esta manteve a Justiça Eleitoral dentro dos órgãos do Poder Judiciário e dispôs sobre direitos políticos e partidos políticos (arts. 130 a 140 e 147 a 152), vigorando até 1985, com a convocação da Assembleia Nacional Constituinte através da EC n. 26, de 27.11.85. Os Direitos Políticos, nesse triste interregno, desde o AI nº 1 – que, dentre outros, cassou os direitos políticos do ex-presidente João Goulart (o segundo na lista) e do ex-governador do Rio Grande do Sul Leonel de Moura Brizola (o décimo) –, foram apenas fachada, restando submetidos ao bel-prazer do regime.⁸¹

A atual Constituição – a chamada “Constituição Cidadã”, de 1988 – regulou os direitos políticos (arts. 14 a 16) e dispôs sobre os Partidos Políticos (art. 17), mantendo a Justiça Eleitoral dentro do Poder Judiciário, como um dos seus órgãos (arts. 92, V e 118 a 121). Regulou amplamente a eleição para Presidente e Vice-Presidente da República, indicando as substituições e seu processo, nos casos de impedimento e vacância. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias contém vários artigos referentes ao Direito Eleitoral, mormente sobre plebiscito, mandatos e eleições (arts. 2º, 4º, 5º. etc.).⁸² O sufrágio é universal e o voto é direto, secreto e igual para todos.

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 88.

⁸¹ *Ibid.*, p. 87.

⁸² CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**. Bauru: Edipro, 2008. p. 27.

2.3 A criação da Justiça Eleitoral brasileira e o pensamento de Assis Brasil

A Justiça Eleitoral brasileira remonta aos idos da década de 1930, cuja criação, consagrada a partir do CE de 1932, sobreveio em um momento histórico no qual os processos eleitorais eram permeados por fraudes de toda a ordem. Com efeito:

No Império e na República Velha, vale dizer, até as primeiras eleições que tivemos, em 1933, após a criação da Justiça Eleitoral, o que imperava era a mentira eleitoral. No império, as eleições eram fabricadas pelo Gabinete no poder, enquanto, na República Velha, as eleições eram pré-fabricadas pelas atas, por vezes sem necessidade de reunir-se sequer a mesa eleitoral. Eram eleições a ‘bico de pena’ ou eleições do ‘bocório’.⁸³

Essa realidade marcada por fraudes eleitorais de toda sorte, diga-se, foi percebida por aquele que se tornaria o maior responsável pela criação da Justiça Eleitoral no Brasil, Joaquim Francisco de Assis Brasil. A esse respeito, por exemplo, Brasil escreveria em 1925, no *Manifesto da Aliança Libertadora do Rio Grande do Sul ao País*, o seguinte:

Ninguém tem certeza de ser alistado eleitor; ninguém tem certeza de votar, se porventura foi alistado; ninguém tem certeza de que lhe contém o voto, se porventura votou; ninguém tem certeza de que esse voto, mesmo depois de contado, seja respeitado na apuração da apuração, no chamado terceiro escrutínio, que é arbitrária e descaradamente exercido pelo déspota substantivo, ou pelos déspotas adjetivos, conforme o caso for da representação nacional ou das locais.⁸⁴

O grande pensador brasileiro responsável pela instituição da Justiça Eleitoral foi realmente Assis Brasil. Além de ter sido o principal membro da Subcomissão responsável pela redação do CE de 1932, o gaúcho Assis Brasil “[...] redigiu duas importantes obras para o Direito Eleitoral”.⁸⁵ Seu livro *Democracia representativa: do voto e do modo de votar* (1931) tornou-se um clássico no Direito Eleitoral brasileiro, embora o autor não tenha se dedicado exatamente a escrever sobre a criação da Justiça Eleitoral. Nele, Assis Brasil mostra que nada era mais perigoso para a garantia da liberdade política que o sistema, então quase

⁸³ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil. In: DIREITO Eleitoral. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 14-15.

⁸⁴ ASSIS BRASIL, 1998, p. 312 apud VALE, Tereza Cristina de Souza Cardoso. Pré-história e história da Justiça Eleitoral. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA – ANPUH, 26., 2011, São Paulo. *Anais...* São Paulo: ANPUH, 2011. Para saber mais a respeito deste tema, consultar esta obra.

⁸⁵ *Ibid.*

universalmente usado, da refusão periódica dos registros de eleitores. Para esse autor, a Lei Saraiva tinha sido o único progresso nas leis eleitorais brasileiras.⁸⁶

No segundo livro, *Do Governo Presidencial na República Brasileira* (1934), outra grande obra do autor, Assis Brasil diz que o Brasil é o primeiro país no mundo a fazer um CE e a tornar a Justiça independente do poder Executivo. Além disso, afirma que os juízes são, em parte, os verdadeiros interessados pela justa representação, por isso deve-se delegar à Justiça Eleitoral a direção de todo o processo eleitoral. Para ele, por ser a Justiça independente do poder político, ela é a melhor força para se controlar quem entra e quem sai desse poder. Mas não há dúvida de que sua maior obra política foi a elaboração do anteprojeto que criou o CE de 1932. Adequando seus estudos e a doutrina liberal dominante com a realidade brasileira, Assis Brasil conseguiu criar uma grande obra que, em linhas gerais, mantém-se até os dias atuais.⁸⁷

Por sua vez, “[...] a história demonstra que o desenvolvimento do Direito Eleitoral encontra-se umbilicalmente interligado ao processo de evolução política e administrativa do Estado brasileiro”.⁸⁸ Desta forma, sem ignorar o caráter histórico envolto à criação e atuação da Justiça Eleitoral no país, será adotado, como horizonte estrutural e analítico da pesquisa, o momento da instituição do Estado Democrático de Direito brasileiro (1988), considerada, evidentemente, a ruptura paradigmática imposta a partir da sua instituição, que:

[...] pressupõe uma valorização do jurídico e, fundamentalmente, exige a (re)discussão do papel destinado ao Poder Judiciário (e à justiça constitucional) nesse (novo) panorama estabelecido pelo constitucionalismo do segundo pós-guerra, mormente em países como o Brasil.⁸⁹

Nas constituições atuais, o conceito de democracia vai além de ser um método de tomada de decisão de decisões coletivas, ou seja, as decisões da maioria não devem reduzir os direitos fundamentais dada a sua rigidez natural. Além disso, esse paradigma é caracterizado por ser aberto, o pluralismo político faz-se presente, isto é, grupos políticos dentro de um quadro de instituições estão sujeitos a regras fixas e estabelecidas, eles possuem o direito de expressar suas ideologias para a cidadania para obter sua adesão e alcançar o poder; as eleições periódicas e a rotação de funcionários públicos que atuam em nome do povo, são os elementos substanciais do Estado democrático, porque o poder é legitimado pela aceitação dos membros da

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ VALE, Tereza Cristina de Souza Cardoso. Pré-história e história da Justiça Eleitoral. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA – ANPUH, 26., 2011, São Paulo. *Anais...* São Paulo: ANPUH, 2011.

⁸⁸ AGRA, Walber de Moura. **Temas polêmicos do Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 35.

⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c. p. 53.

comunidade, que, por meio de seu voto, elegem aqueles que os representarão no exercício do poder público por um determinado tempo.⁹⁰

Eleições livres, autênticas, periódicas e equitativas têm um propósito principal: a renovação periódica da representação popular, no entanto, as eleições podem servir como um instrumento para evitar abusos. Os processos eleitorais desempenham um papel fundamental nos regimes democráticos. As eleições são os meios pelos quais os cidadãos podem punir a negligência ou arrogância daqueles que os governam. O exercício da votação ativa tem como objetivo funcionar como um meio de controle sobre aqueles que tenham o poder.⁹¹

A organização política e participação cidadã devem possuir um link através do qual a estabilidade e a ordem social devam ser preservadas. Um sistema de partidos políticos é competitivo quando a eleição é democrática, para isso é necessário que o concurso eleitoral seja realizado sob o cumprimento de regras definidas e igualitárias. Os resultados das eleições devem ser objetivos e precisos.

A maioria das constituições latino-americanas expressa os princípios para que os processos eleitorais sejam autênticos e democráticos. Assim, para evitar que aqueles que dominam a cena política abusem do poder violando os referidos princípios ou burlando os resultados eleitorais, é aconselhável estabelecer órgãos de controle responsáveis pela organização salvaguardando o princípio constitutivo da democracia: soberania popular.⁹²

A organização eleitoral é um serviço público, de nível nacional, consistindo na administração total da lei eleitoral, que inclui tanto a preparação, organização, gestão, acompanhamento e promoção das eleições, tais como; contagens, resolução de litígios e a declaração oficial das eleições.

Embora não exista um modelo de organização eleitoral único, a maioria cumpre os princípios nos fins mais elevados; o processo eleitoral tem sua origem na natureza jurídica de cada Estado, bem como seus antecedentes históricos. Dependerá da institucionalidade (história institucional) e das peculiaridades de cada país.

⁹⁰ MAGALHÃES, José Luiz. Quadros de Democracia e Constituição: tensão histórica no paradigma da democracia representativa e majoritária a alternativa plurinacional boliviana. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros (Coords.). **Constitucionalismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b. p. 538-539.

⁹² HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

A Justiça Eleitoral brasileira surge para harmonizar a relação entre poder político e democracia, os poderes estaduais, partidos políticos e sociedade, e é responsável pelo controle dos excessos dos agentes eleitorais, com o fim de *evitar o abuso de poderes existentes*.⁹³

Dentro do sistema eleitoral, é importante que as medidas fiscalizatórias sejam tomadas para coibir irregularidades. Assim, defende-se a importância do estabelecimento de corpos eleitorais como meio de controle para a consolidação da democracia, isto é, como forma de organizar e nortear aqueles que são responsáveis por tomar decisões que dizem respeito e afetam a vida da sociedade: poder político.⁹⁴ Eis, em linhas gerais, o assento da Justiça Eleitoral brasileira, desde o momento da sua criação até os dias atuais.

2.4 A evolução da Justiça Eleitoral, do Código Eleitoral de 1932 à Constituição Federal de 1988

A Revolução de 1930 proporcionou a criação do CE, diploma legal implementado pelo governo provisório em 1932. Este código apresentou necessárias mudanças, demonstrando a importância do voto secreto e institucionalizando a Justiça Eleitoral, mas até o momento não exigia dos partidos políticos nacionais, considerando que as eleições ainda seriam disputadas por partidos estaduais. O CE de 32 proporcionou a finalidade das influências oligárquicas nos partidos políticos regionais.⁹⁵ Analisando por este princípio, verifica-se que:

A demanda social por eleições limpas e confiáveis era tamanha que um dos primeiros atos do Governo Provisório foi a criação de uma comissão de reforma da legislação eleitoral, cujo trabalho resultou na elaboração do primeiro Código Eleitoral do Brasil. As principais inovações trazidas pelo código foram o voto feminino facultativo, a fixação definitiva do voto secreto, a instituição do sistema representativo proporcional e a regulação em todo país das eleições federais, estaduais e municipais. Apesar de continuar sendo possível a eleição de candidatos sem partido, pela primeira vez os partidos políticos foram mencionados em legislação eleitoral, sendo obrigatório o registro prévio de todas as candidaturas. O Código de 1932 não ficou isento de críticas, especialmente no que se refere ao processo de qualificação. Além disso, vale ressaltar que permaneciam restrições ao pleno exercício da cidadania, dentre as quais a impossibilidade de votarem os analfabetos, mendigos e praças de pré.⁹⁶

⁹³ Ibid.

⁹⁴ STRECK, op. cit., p. 538-539.

⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 415.

⁹⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Eleições no Brasil: uma história de 500 anos**. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2014d. p. 36.

Desde então, pode-se dizer juntamente com Nogueira, que todas as Constituições brasileiras depois deste marco normativo importante na história do Brasil (com exceção de uma, a de 1937), após a criação da Justiça Eleitoral, “[...] passam a considerá-la de forma que fazem menção à mesma como algo importante e salutar para manutenção do nosso sistema democrático [...]”.⁹⁷

Sobre o Código de 1932, Nogueira assevera que o diploma legal em questão “[...] trouxe enormes mudanças que foram refletidas no contexto social do país”.⁹⁸ Uma das mais marcantes ideias foi a ideia do sufrágio universal. “*O código trouxe a ideia de que o direito ao voto é inerente a todo cidadão*”.⁹⁹ (grifo nosso). O voto, pois, como condição de desempenho do destino cívico e direito inerente, não a qualidade natural do homem, mas o caráter político do cidadão.¹⁰⁰

A Constituição de 1934 adveio da Constituinte de 1933. Os chefes do governo provisório da época fixaram por meio de decretos os direcionamentos de uma nova organização política. Depois de estabelecida a forma de governo republicano e a forma de Estado como Federação, o CE, aprovado em 1932, trouxe alterações importantes como a representação proporcional, a permissividade do voto à mulher e, como já visto, a criação de uma Justiça Eleitoral que tornou viável o voto.¹⁰¹

Passados pouco tempo, ocorreu manifesto retrocesso a partir do advento do Estado Novo, ocasião na qual a Justiça Eleitoral foi extinta, foram abolidos os partidos políticos e instaurou-se, por meio da Constituição 1937, uma ditadura no país, que perduraria até 1945. Em 1937 Getúlio Vargas anunciaria pelo rádio a Nova Ordem do país, obtendo considerável apoio de setores sociais conservadores:

Outorgada nesse mesmo dia, a *polaca*, como ficou conhecida a Constituição de 1937, extinguiu a Justiça Eleitoral, aboliu os partidos políticos existentes, suspendeu as eleições livres e estabeleceu eleição indireta para presidente da República, com mandato de seis anos. Durante o período de 1937 a 1945, conhecido como Estado Novo, não houve eleições no Brasil. As casas legislativas foram dissolvidas e a ditadura governou com interventores nos estados. A exacerbação da contradição vivenciada pelo regime varguista – que impunha, internamente, uma ditadura aos brasileiros, mas, externamente, apoiava as democracias ocidentais na luta contra o nazifascismo na Segunda

⁹⁷ NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral**: lei de inelegibilidades e interpretação teleológica. Curitiba: Juruá, 2015. p. 55.

⁹⁸ Ibid., p. 52.

⁹⁹ ASSIS BRASIL, João Francisco. **Democracia representativa**: do voto e do modo de votar. Rio de Janeiro: Impr. Nacional, 1931. p. 38.

¹⁰⁰ NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral**: lei de inelegibilidades e interpretação teleológica. Curitiba: Juruá, 2015. p. 52.

¹⁰¹ Ibid., p. 55.

Guerra Mundial – gerou manifestações de descontentamento com o regime. Sem conseguir prolongar a ditadura, em 1945, Getúlio anuncia eleições gerais e lança como seu candidato Eurico Gaspar Dutra, ministro da Guerra. Desconfiados das reais intenções de Vargas, oposição e cúpula militar se articulam e dão o golpe, em 29 de outubro de 1945, destituindo Getúlio. Como na Constituição de 1937 não havia a figura do vice-presidente, a Presidência da República foi ocupada pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal, José Linhares, até eleição e posse do novo presidente da República, que viria a ser o general Dutra, em janeiro de 1946. Era o fim do Estado Novo.¹⁰² (grifo nosso).

Na Constituição de 1937, o Presidente Vargas silenciou em relação aos poderes do Parlamento e uma justiça eleitoral, conquistas que foram alcançadas com a Revolução de 30.¹⁰³ Somente em 1945, após a Segunda Guerra Mundial, por meio de uma Lei Constitucional, a de n. 9, no fim de seu governo, Vargas modificou o modelo eleitoral de 1937, tendo uma eleição direta para a escolha de deputados, membros do Conselho Federal e Presidente da República. Antes mesmo que a primeira eleição desse novo modelo acontecesse, Getúlio Vargas foi deposto do poder em 29.11.1945, principalmente pela influência das Forças Armadas.¹⁰⁴

No Brasil, busca-se cada vez mais a inserção de medidas e iniciativas para melhor combater as irregularidades corriqueiras às campanhas eleitorais. O sistema político brasileiro, com a derrocada do Estado Novo, desencadeou um processo de redemocratização, com a realização de eleições presidenciais. Daí surge a Constituição de 1946, que traz de volta a Justiça Eleitoral, com o voto obrigatório, direto e universal.

A CF de 1946 é considerada o marco de verdadeira existência dos partidos políticos no país, pois é a partir desse período que datam os primeiros partidos de âmbito nacional. Em 1950, o CE proibiu o recebimento de recursos de sociedades de economia mista e concessionários de serviço público, além de doações de anônimos.¹⁰⁵ O caráter nacional dos partidos passou a ser estipulado pela exigência da filiação de um mínimo de 50 mil eleitores, espalhados em cinco ou mais estados da federação, com pelo menos mil eleitores em cada um.¹⁰⁶ Por meio da obrigatoriedade dos votos, assim como do monopólio das candidaturas pelos partidos políticos:

¹⁰² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Eleições no Brasil: uma história de 500 anos**. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2014d. p. 39.

¹⁰³ NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral: lei de inelegibilidades e interpretação teleológica**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 57.

¹⁰⁴ NOGUEIRA, loc. cit.

¹⁰⁵ SOUZA, Cíntia Pinheiro Ribeiro de. A evolução da regulação do financiamento de campanha no Brasil (1945-2006). **Resenha Eleitoral**, Florianópolis, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes/n-3-janjun-2013/integra/2013/06/a-evolucao-da-regulacao-do-financiamento-de-campanha-no-brasil-1945-2006/indexb7dc.html?no_cache=1&cHash=9e86778cb4f0a1ef62855dfd15e012f4>. Acesso em: 25 fev. 2018.

¹⁰⁶ SCHMITT, Rogério. **Partidos políticos no Brasil (1945-2000)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2000. p. 7.

Antes limitada ao convencimento de uma restrita parcela da população que detinha direito ao voto, as campanhas passaram a ganhar, nesse período, cada vez mais importância. Isso ocorreu num cenário em que, por um lado, o eleitorado se ampliava para incluir novos atores sociais e, por outro, os partidos políticos se defrontavam com a necessidade de convencer os eleitores. Abriu-se então um leque de novas práticas relacionadas a essas necessidades. Por exemplo, os panfletos de manifestos políticos passaram a ser panfletos de propaganda, os comícios microfonados se tornaram parte do cenário urbano, os candidatos começaram a distribuir apertos de mão e sorrisos. Nesse aspecto, nota-se uma preocupação cada vez maior dos candidatos com suas imagens.¹⁰⁷

As diferenças entre a Constituição de 1934 e a de 1946 foram poucas em relação à Justiça Eleitoral, tal e qual afirma Nogueira. O que se pretendia era retomar o modelo de 1934 em que havia as melhores garantias de eleições livres e honestas. O que se desejava, como escreveu José Duarte, “[...] *era prolongar, através da Constituição, um dos nossos momentos mais felizes da democracia brasileira*”.¹⁰⁸ (grifo nosso).

Daí, então, só se teria mudanças em 1964.¹⁰⁹ Após o golpe de 1964, o governo militar logo editou um novo CE, o que foi concretizado pela Lei 4.737/65, parcialmente em vigor até os dias atuais.¹¹⁰

A “Constituição” de 1967 realizou algumas alterações no que tange à composição das Cortes eleitorais pátrias, embora tivesse se preservado muito do disposto na Carta de 1946, no que tange à competência de juízes e tribunais eleitorais.¹¹¹ E a EC 01/69 “[...] somente alterou a competência da Justiça Eleitoral, que passou a ter a atribuição de decretar a perda de mandato de senadores, deputados e vereadores na hipótese de infidelidade partidária”.¹¹²

Em 1982 sobreveio a reabertura política, sob os auspícios do então Presidente da República João Figueiredo. Já em 1983/1984 sucedeu-se o movimento “Diretas Já”, aquele que foi considerado como a maior manifestação de massas no Brasil, cuja bandeira era a realização imediata de eleição direta para a Presidência da República. As referidas manifestações públicas da época foram realizadas em diversas cidades brasileiras, que envolveram algo em torno de cinco milhões de pessoas, entre os anos de 1983 e 1984.¹¹³ As eleições diretas foram submetidas à deliberação do Parlamento. E a campanha foi temporariamente derrotada.

¹⁰⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Eleições no Brasil**: uma história de 500 anos. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2014d. p. 43.

¹⁰⁸ DUARTE, 1947, p. 356 apud NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral**: lei de inelegibilidades e interpretação teleológica. Curitiba: Juruá, 2015. p. 58.

¹⁰⁹ NOGUEIRA, loc. cit.

¹¹⁰ Ibid., p. 59.

¹¹¹ NOGUEIRA, loc. cit.

¹¹² NOGUEIRA, loc. cit.

¹¹³ BRASIL, op. cit., p. 46.

Em 1985 ocorreu a eleição presidencial de Tancredo Neves, que se deu pela via indireta. A sua inesperada morte fez com que José Sarney assumisse a Presidência da República. A posse de Sarney “[...] marcou o fim de quase 21 anos de autoritarismo e o início de um novo ciclo político na história brasileira”.¹¹⁴

Uma das primeiras medidas do governo da Aliança Democrática foi aprovar no Congresso a EC nº 25, que restabeleceu as eleições presidenciais diretas e retirou da Constituição o dispositivo referente à fidelidade partidária. O assim denominado “entulho autoritário” começava a ser removido. Ficou também autorizada a livre criação de novos partidos políticos e a reorganização de todas as siglas que tivessem tido os seus registros indeferidos, cancelados ou cassados durante a vigência do regime autoritário.¹¹⁵

A promulgação da CF de 1988 não trouxe mudanças significativas no regramento da Justiça Eleitoral. O texto privilegia, expressamente, os tribunais e juízes eleitorais como órgãos do Poder Judiciário da União, de caráter permanente.¹¹⁶ Assim, o que houve, segundo Nogueira, “[...] foi o seguimento de uma longa tradição iniciada na Constituição de 1934”.¹¹⁷⁻¹¹⁸

A disciplina da Justiça Eleitoral brasileira no texto constitucional se encontra consagrada a partir do artigo 118 da Carta de 1988. Assim, o artigo 118 estabeleceu que são órgãos da Justiça Eleitoral o TSE, os Tribunais Regionais Eleitorais (TREs), os Juízes Eleitorais e as Juntas Eleitorais. Já o artigo 119 estabelece que o TSE compor-se-á, no mínimo, de sete membros, escolhidos, mediante eleição pelo voto secreto, três juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) e dois juízes do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e, por nomeação do Presidente da República, dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo STF. Em cada capital de cada Estado da Federação e do Distrito Federal haverá um TRE. E a composição da Corte compor-se-á mediante eleição, pelo voto secreto, de dois juízes dentre desembargadores do Tribunal de Justiça (TJ), dois juízes dentre juízes de direito escolhidos pelo TJ, de um juiz do Tribunal Regional Federal (TRF) com sede na capital do Estado ou do Distrito Federal e, por nomeação do Presidente da República,

¹¹⁴ SCHMITT, Rogério. **Partidos políticos no Brasil (1945-2000)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2000. p. 44.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 45.

¹¹⁶ NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral: lei de inelegibilidades e interpretação teleológica**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 60.

¹¹⁷ NOGUEIRA, loc. cit.

¹¹⁸ “[...]. A Justiça Eleitoral constante da Constituição Federal de 1988 corresponde exatamente àquela da Constituição de 1967/69, elaborada pelo regime militar, quando dos arts. 130 a 140 desta Constituição. Referida constatação se insere no âmbito de toda a estrutura do Poder Judiciário no Brasil. Pode-se afirmar que toda a estrutura atual do Poder Judiciário foi pouco alterada com a Constituição de 1988.” LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. O papel da Justiça Eleitoral na consolidação da democracia. Eleições no Ceará 1994-1996. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 6, n. 6, p. 123, fev. 2001.

de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo TJ – artigo 120 da CF.

2.5 Competências típicas e atípicas da Justiça Eleitoral no Brasil

A Justiça Eleitoral, em linhas gerais, tem por função constitucional organizar, gerir e fiscalizar o processo eleitoral, e tal função, vale dizer, é tão importante quanto ter em mente que não há democracia sem eleições. Noutras palavras, tão relevante quanto termos eleições livres e periódicas, é que tais escrutínios transcorram com a normalidade, a lisura e a legitimidade que se requer de um pleito eleitoral realmente democrático, de modo a compatibilizar, verdadeiramente, a manifestação popular desencadeada neste processo com o resultado colhido nas urnas.

Embora seja consagrado constitucionalmente como um órgão do Poder Judiciário, a Justiça Eleitoral *não compreende apenas e tão somente a competência típica deste Poder do Estado, ou seja, a função de julgar os litígios que lhes são apresentados*. Pelo contrário, além de exercer esta *competência típica, o julgar*, a Justiça Eleitoral compreende algumas outras funções ou competências, que aqui chamaremos de *competências atípicas*, quais sejam: *a competência administrativa, a competência consultiva e a competência normativa*. Vejamos, pois bem.

A Justiça Eleitoral é um órgão de jurisdição especializada que integra o Poder Judiciário e cuida da organização do processo eleitoral (alistamento eleitoral, votação, apuração dos votos, diplomação dos eleitos etc.). Logo, trabalha para garantir o respeito à soberania popular e à cidadania.¹¹⁹

Algumas de suas principais competências são: (I) processar e julgar originariamente o registro e a cassação de registro de partidos políticos, dos seus diretórios nacionais e de candidatos à Presidência e Vice-Presidência da República; (II) julgar recurso especial e recurso ordinário interpostos contra decisões dos tribunais regionais; (III) aprovar a divisão dos estados em zonas eleitorais ou a criação de novas zonas; (IV) requisitar a força federal necessária ao cumprimento da lei, de suas próprias decisões ou das decisões dos tribunais regionais que a

¹¹⁹ DIAS, Renata Livia Arruda de Bessa. Justiça Eleitoral: composição, competências e funções. **Revista Eletrônica da EJE**, Brasília, ano 4, n. 1, p. 12-14, jan. 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/otse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-1-ano-4/justica-eleitoral-composicao-competencias-e-funcoes>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

solicitarem, e para garantir a votação e a apuração; e (VI) tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral.¹²⁰

A arquitetura eleitoral atual é resultado de sucessivas acomodações históricas, que longe de terem cessado, seguem evoluindo. Desta evolução resultou uma organização eleitoral que é essencialmente judiciária, se concebida a partir do poder estatal por ela responsável – o judiciário eleitoral –, mas também administrativa consultiva e normativa ou regulamentar, se concebida a natureza das atividades que são desenvolvidas para além do julgar/decidir.

Assim, nos termos do CE (Lei nº 4.737/65, arts. 22 ss.), além da *competência jurisdicional* inerente a um órgão do Poder Judiciário, são competências da Justiça Eleitoral a *competência administrativa* (administração das eleições), a *competência consultiva*¹²¹ e, ainda, a *competência regulamentar ou normativa*¹²², a saber:

- a) *Competência Jurisdicional*: atuará na solução de conflitos sempre que provocada judicialmente por algum legitimado ativo (candidatos, partidos políticos, coligações, MPE). Isso acontecerá p. ex. em situações tais como ajuizamento de Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME), Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC) e representações por propaganda eleitoral irregular¹²³, condutas vedadas, arrecadação ou gastos ilícitos de recursos para fins eleitorais, captação ilícita de sufrágio, etc.;
- b) *Competência Administrativa*:

[...] o juiz eleitoral administra todo o processo eleitoral, independentemente de que um conflito de interesses lhe seja submetido para solução, mesmo porque está investido do poder de polícia, que é a ‘atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente [...]’, por exemplo, à segurança, à ordem, aos costumes, à tranquilidade pública (art. 78 do Código Tributário).¹²⁴

¹²⁰ DIAS, Renata Livia Arruda de Bessa. Justiça Eleitoral: composição, competências e funções. **Revista Eletrônica da EJE**, Brasília, ano 4, n. 1, p. 12-14, jan. 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/otsescola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-1-ano-4/justica-eleitoral-composicao-competencias-e-funcoes>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

¹²¹ **Código Eleitoral, art. 23, inc. XII**: “*Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: [...] XII – responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido.*” (grifo nosso). 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: 22 fev. 2018.

¹²² **Código Eleitoral, art. 23, inc. IX**: “*Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: [...] IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código.*” (grifo nosso). Ibid.

¹²³ DIAS, op. cit.

¹²³ **Código Eleitoral, art. 23, inc. XII**: “*Compete, ainda, privativamente [...].*” (grifo nosso). BRASIL. op. cit.

¹²⁴ DIAS, op. cit.

- Alguns exemplos do exercício da função administrativa são: alistamento eleitoral, transferência de domicílio eleitoral e medidas (administrativas) para impedir a prática de propaganda eleitoral irregular (mediante o exercício de poder de polícia);
- c) *Competência Consultiva*: a competência consultiva reside na prerrogativa que a Justiça Eleitoral possui no sentido de responder consultas formuladas por autoridade de jurisdição federal ou órgão nacional de partido, no caso do TSE, e estaduais, no caso dos Regionais Eleitorais. As consultas, vale frisar, não podem se referir a casos específicos, devendo, sempre, sob pena de não conhecimento, ser formuladas em tese, isto é, à luz de situações abstratas e impessoais e sob assunto de relevância geral. Uma vez respondidas, serão publicadas mediante resoluções, podendo ser consideradas, dessa maneira, como fontes do direito eleitoral. Embora, importa o friso, não tenham caráter vinculativo, quiçá de decisão judicial;
- d) *Competência Regulamentar*: trata-se da prerrogativa de a Justiça Eleitoral expedir instruções para o fiel cumprimento das eleições, ouvidos previamente, em audiências públicas, os dirigentes e representantes das agremiações político-partidárias. Tal heterodoxo *mister* resta consagrado originariamente no preceito inc. IX do art. 23 do CE, mas também, atual e mais claramente, no artigo 105 da Lei n.º. 9.504/97 (Lei das Eleições), para o qual:

*Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos.*¹²⁵ (grifo nosso).

E não é diferente quando a Lei n.º. 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) preconiza, no artigo 61, que: "*O Tribunal Superior Eleitoral expedirá instruções para a fiel execução desta lei*".¹²⁶ (grifo nosso). Tais instruções, que não podem – ou não poderiam¹²⁷ – substituir-se à lei, são publicadas mediante Resoluções, cumprindo, dessa maneira, a função ou competência normativa ou regulamentadora da Justiça

¹²⁵ No mais, o §3º do mesmo preceito legal (art. 105 da LE) consagra que as mencionadas instruções, desde que publicadas até o dia 05 de março, serão aplicadas ao pleito eleitoral imediatamente posterior. 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: 22 fev. 2018.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Não nos parece ser o caso da Resolução TSE n.º. 22.610/2007, que veio a disciplinar, sem que houvesse lei alguma, e sem que a Constituição previsse de maneira expressa o instituto, a problemática relativa à "Fidelidade Partidária".

Eleitoral. As Resoluções do TSE, assim, viriam a ser fontes do Direito Eleitoral. Mas, atenção: Resolução não é lei! A atividade legislativa é inerente ao Poder Legislativo, não devendo o Poder Judiciário, sob pena de clara afronta ao princípio republicano, imiscuir-se em tal desiderato que não lhe é conferido pela CF. As Resoluções carregam função basicamente regulamentar ou sistematizante, de modo a conferir eficácia factual à legislação eleitoral advinda da atuação legiferante desempenhada pelo Poder competente, e nada mais.¹²⁸ Tanto é assim que o próprio artigo 105 da Lei n° 9.504/97 é contundente ao afirmar que o TSE, atendendo ao caráter regulamentar, poderá expedir as devidas instruções, desde que não venha a, a partir delas, restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas em lei. Noutras palavras: por meio de Resoluções não se pode, jamais, impor restrições a direitos ou criar e até mesmo majorar sanções. Nesse ínterim, o escólio de Zílio é pertinente ao concluir que “[...] o poder regulamentador da resolução deve observar os estritos limites legais estabelecidos pelo legislador - que é o detentor exclusivo da prerrogativa de criar a lei -, sob pena de incorrer em excesso e, por consequência, receber a pecha de ilegalidade”.¹²⁹ Portanto, é fundamental que haja a adequação e compatibilidade do conteúdo da resolução com o regramento legal vigente, “[...] nunca o extravasamento do poder regulamentador, ainda que de modo indireto, com a burla do conteúdo legislativo, evitando, assim, ofensa ao princípio constitucional da separação dos Poderes (art. 2° da CF)”.¹³⁰⁻¹³¹

Denota-se aí, portanto, o caráter *heterodoxo* envolto às prerrogativas da Justiça Eleitoral brasileira, órgão especializado do Poder Judiciário que possui ampla atuação prevista a partir da Constituição e da legislação infraconstitucional. Tais competências “estranhas” a um órgão do Judiciário não são livres de críticas, no entanto – valendo mencionar, a título exemplificativo, as diversas críticas realizadas em detrimento da chamada “competência

¹²⁸ Exemplo clássico disso são as Resoluções que sistematicamente vêm a disciplinar as prestações de contas relativas às campanhas eleitorais, e até mesmo as relacionadas às prestações de contas partidárias, como a recente Resolução TSE n°. 23.432/2014.

¹²⁹ ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à diplomação), ações eleitorais. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014. p. 40.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 24.

¹³¹ Não obstante o caráter meramente regulamentador que abarca as Resoluções, tem tido certo consenso o pensamento de que tais carregam densidade normativa, onde o próprio Supremo Tribunal Federal já aquilatou o cabimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) contra Resolução da Corte Superior Eleitoral, sendo cabível, igualmente, a impetração de Mandado de Segurança contra eventual disposição em específico.

regulamentar”, não sendo raras as denúncias de inconstitucionalidade, justamente porque o Judiciário estaria a legislar (em ataques manifestos ao princípio da separação de poderes).¹³²

2.6 O marco regulatório do Direito Eleitoral brasileiro

O termo “fonte” revela origem, procedência, gênese, a aurora de algo. Partindo-se para uma análise restrita, mas não restritiva, pode-se dizer, por conseguinte, que o Direito Eleitoral brasileiro provém de fontes várias. E que a primeira delas, inexoravelmente, é a Constituição Federal da República, a matriz normativa do regramento jurídico brasileiro. Tratemos, então, para finalizar o capítulo, do marco regulatório do Direito Eleitoral tupiniquim.

A principal fonte do Direito Eleitoral, até mesmo por força de sua íntima vinculação com o Direito Constitucional, é a CF. O legislador constituinte, já no preâmbulo, ao optar pela instituição de um Estado Democrático de Direito deu veementes indicativos de que o Direito Eleitoral – por consistir em instrumento regulador do acesso ao poder – recebe forte influência do norte constitucional, diz Zílio.¹³³

Conforme advertência de Gomes,

[...] é na Constituição que se encontram os princípios fundamentais do Direito Eleitoral, as prescrições atinentes a sistema de governo (art. 1º), nacionalidade (art. 12), direitos políticos (art. 14 e ss.), partidos políticos (art. 17), competência legislativa em matéria eleitoral (art. 22, I), organização da Justiça Eleitoral (art. 118 e ss.).¹³⁴

E não é distinta a lição de Cândido, para quem “[...] o Direito Eleitoral tem, mais do que as outras disciplinas, o Direito Constitucional como sede principal de seus institutos e fonte imediata e natural de seus principais preceitos”.¹³⁵ Ainda como fontes diretas do Direito Eleitoral, aparecem a lei, exclusivamente federal (CF, art. 22, I), assim como as resoluções do

¹³² Cite-se, p. ex., a crítica de Marcus Vinícius Furtado Coelho: “[...] Não há dúvidas de que o Poder Judiciário, ainda que bem intencionado, não pode atuar como Poder Legislativo, sob pena de contrariar a essência do Estado Democrático de Direito. A Justiça Eleitoral, a pretexto de regulamentar, vale-se dessa função a fim de elaborar resoluções com conteúdo completamente inovador se comparado à legislação em vigência, usurpando assim a competência do Congresso Nacional. Ao Tribunal Superior Eleitoral não é permitido, não é constitucional, expedir resolução que restrinja direitos e fixe sanções diferentes das estabelecidas pelo legislador.” COELHO, Marcus Vinícius Furtado Coelho. O poder regulamentar do TSE na jurisprudência do Supremo. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 out. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-29/constituicao-poder-regulamentar-tse-jurisprudencia-supremo>>. Acesso em: 4 jan. 2019.

¹³³ ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à diplomação), ações eleitorais. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014. p. 19.

¹³⁴ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 23.

¹³⁵ CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**. Bauru: Edipro, 2008. p. 24.

TSE (CE, art. 1º, parágrafo único e art. 23, IX), que têm força de lei ordinária. Como fonte indireta aponta-se as disciplinas jurídicas citadas, de onde surgem, com frequência, regras de indubitosa aplicação no Direito Eleitoral (CE, arts. 20; 287 e 364), bem como a jurisprudência dos tribunais e a doutrina eleitoral.

Pois bem. Nem poderia ser de outra forma, aliás. Ora, resta evidente que o Direito Eleitoral, como ramo do Direito, surge quando da opção do legislador constituinte pela instituição de um Estado Democrático de Direito. Isto é, a partir do momento em que a CF de 1988 assenta a instituição de um Estado democrático, proclamando este princípio e, por conseguinte, a soberana política do povo (o poder emana do povo, que o exerce direta ou indiretamente), fez-se a opção por relegar ao próprio povo a escolha dos seus representantes. Considerando que isso se dá mediante eleições livres e periódicas, a serem realizadas em todas as esferas governamentais (União, Estados-membros e Municípios), tanto para o Executivo, quanto para o Parlamento, necessária se faz (e se fez) a regulamentação do processo eleitoral, ou seja, a disciplina do processo de escolha dos representantes populares. Frente ao quadro, o Direito Eleitoral despontou como o ramo do direito público encarregado de disciplinar o processo de escolha dos mandatários do povo, tendo, conseqüentemente, na Constituição, a sua gênese precípua.

Mas há mais, contudo. Conquanto pacífica a afirmação segundo a qual o Direito Eleitoral brasileiro encontraria na Carta Constitucional a sua pedra angular, isso não basta para o fiel esgotamento da temática, pois. Precisamos ir além. E olhar o novo com os olhos do novo, para citar termo recorrentemente utilizado pelo Professor Lenio Streck. Desse modo, cumpre consignar, desde já, o alerta quanto à inegável crise da teoria das fontes que circunda o direito brasileiro, em que leis provenientes do período ditatorial, leis posteriores a Carta, afastadas do paradigma do Estado Democrático de Direito, resoluções e até mesmo portarias, acabam comumente valendo mais do que a Constituição. De outra forma, não são nada raros os casos em que se nega a Constituição como fonte, negando-se, assim, o seu caráter substancial. Isto é, a sua supremacia e a sua força normativa, para usar as palavras de Hesse.¹³⁶

A CF, sendo a Lei Maior da República, subordina a tudo e a todos. Nessa democrática lógica, é a Carta Política que submeterá as bases e a práxis do Direito Eleitoral. Ou seja, todo o arcabouço legal infraconstitucional deve estar em consonância com a Carta, tanto ao prever regras de cunho material, quanto de cunho processual. Na aplicação-interpretação não é

¹³⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. Tradução de: Die Normative Kraft der Verfassung.

diferente, pois bem. Da lei fundamental, enfim, não podemos fugir. O Direito Eleitoral, assim, deve ser pensado de acordo com a CF.

Não iremos aprofundar a ideia aqui neste capítulo inaugural. Isso será feito nos capítulos derradeiros. De toda e qualquer maneira, o que queremos dizer, em suma, é o seguinte: o direito eleitoral (e o processual eleitoral) deve passar, necessariamente, por uma leitura (filtragem) constitucional, a qual deverá submeter tanto a atividade legiferante do Estado quanto à interpretação-aplicação das regras democraticamente assentadas. Não se concebe, por conseguinte, falar em um Direito Eleitoral e Processual Eleitoral que esteja afastado deste pressuposto. O fundamento originário e legitimante da existência do Direito Eleitoral residem no cânone do Estado Democrático de Direito, na CF de 1988, portanto, sendo que, assim, a sua legitimação somente se dará, inarredavelmente, por meio da sua instrumentalidade constitucional, seja no âmbito da legislatura, seja na *applicatio*.

Quanto ao arcabouço legal infraconstitucional, prosseguindo, como fonte do Direito Eleitoral cite-se o anacrônico CE (Lei n.º 4.737/65), a Lei das Inelegibilidades (LC n.º 64/90), a Lei n.º 9.504/97 (Lei Geral das Eleições) e a Lei n.º 4.737/65 (Lei do Transporte Gratuito de Eleitores). Poderíamos também mencionar como fonte formal do Direito Eleitoral brasileiro, a exemplo de diversos doutrinadores¹³⁷⁻¹³⁸, a Lei n.º 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos). Porém, apesar da menção que ora é feita, não ignoramos a distinção entre Direito Eleitoral e Direito Partidário como ramos diversos e independentes do Direito pátrio. A vinculação, por óbvio, é evidente; contudo, trata-se de coisas distintas.

Considerando, no mais, as nuances que envolvem a sistemática eleitoral, não há como obliterar a realidade inerente às resoluções e consultas do TSE, órgão de cúpula da Justiça Eleitoral brasileira (vide subcapítulo anterior).

Por derradeiro, no que toca ao marco regulatório do Direito Eleitoral brasileiro, outra questão deveras relevante, *apesar de insistentemente ignorada por parte da comunidade jurídica*, é a realidade inerente aos Tratados e Convenções Internacionais. Dito de outro modo há que se ter atenção e respeito ao chamado *bloco de convencionalidade*. Estes instrumentos,

¹³⁷ Por exemplo: “As leis ordinárias mais importantes, em matéria eleitoral, são a própria Lei das Eleições (Lei n.º 9.504/97), o Código Eleitoral (Lei n.º 4.737/65), além da Lei dos Partidos Políticos (Lei n.º 9.096/95) e a Lei de Transporte e Alimentação (Lei n.º 6.091/74).” ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à diplomação), ações eleitorais. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014. p. 17.

¹³⁸ “Entre outras, compõem as fontes formais do Direito Eleitoral: [...]. Lei Orgânica dos Partidos Políticos – LOPP (Lei n. 9.096/95) – dispõe sobre partidos políticos.” GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 22.

tão logo recepcionados, possuem força normativa. Assim, devem ser cumpridos. E, dessa forma, são (deverão ser) fontes do Direito Eleitoral brasileiro.

Nesse vértice, a aclamada Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), no artigo 21º, consagra que:

1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direção dos negócios públicos do seu país, quer diretamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos; 2. Toda a pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país; 3. A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos: e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto.¹³⁹

Já o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos é peremptório ao prever, no respectivo artigo 25, que:

Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas: a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos; b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores; c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.¹⁴⁰

No sistema europeu, a Comissão de Veneza (Convenção Europeia pela Democracia e pela Lei) produziu o Código de Boas Práticas em Temas Eleitorais (2002), sob os auspícios da Convenção Europeia de Direitos Humanos. No que diz respeito à privação dos direitos políticos (votar e ser eleito) são os seguintes requisitos cumulativos: i) deve constar em lei; ii) a proporcionalidade deve ser observada; as condições para a privação do direito de participar de uma eleição podem ser menos rígidas do que a privação do direito de votar; iii) a privação deve ser baseada em incapacidade mental ou condenação criminal oriunda de um crime grave (“*serious offense*”)¹⁴¹; ademais, a retirada de direitos políticos ou a descoberta de incapacidade mental poderá somente ser imposta por decisão expressa de uma Corte de Justiça (tradução nossa). Em 2004, a mesma Comissão de Veneza produziu um relatório sobre a “Abolição das

¹³⁹ NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Adotada e proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

¹⁴⁰ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

¹⁴¹ COMISSÃO DE VENEZA. **Código de boas práticas em temas eleitorais**. Estrasburgo, 2002.

Restrições ao Direito de Votar em Eleições Gerais”, com o fito de subsidiar o Conselho Europeu sobre o tema, abordando as várias formas de restrição ao direito de votar, para concluir que as limitações relacionadas à idade, nacionalidade e residência, ficha criminal e incapacidade mental são encontradas em quase todos os países democráticos. A Comissão manteve as conclusões exaradas em seu Código para admitir as restrições aos direitos políticos somente na presença daqueles requisitos cumulativos.¹⁴²

No que se refere ao continente americano, especificamente, o *carro-chefe* é a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) (*Pacto de San Jose da Costa Rica*). O Brasil, conforme lição de Marcelo Peregrino,

[...] se filia ao sistema regional americano de direitos humanos cujo marco normativo é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Na Costa Rica, situa-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos (art. 33) e, em Washington, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, os órgãos primordiais previstos na Convenção.¹⁴³

E não é só isso, registre-se: recorrendo novamente às lições de Marcelo Ramos Peregrino Ferreira, importante consignar que:

Ao ter se tornado ‘parte’ deste tratado, o Estado brasileiro sujeitou-se à jurisdição da Corte, cláusula facultativa, bem assim aos procedimentos e meios de atuação do sistema regional, com as comunicações individuais (art. 44), as comunicações interestatais (art. 45) e as vistorias *in loco*. Verifica-se, na mesma medida, obviamente, o dever de respeito aos direitos protegidos pela Convenção Americana e de implementação dos direitos e liberdades consagrados pela alteração, inclusive da sua legislação interna.¹⁴⁴ (grifo do autor).

Quanto aos direitos políticos propriamente ditos, especialmente quanto ao respectivo núcleo essencial, isto é, votar e ser votado, a CADH traz importantíssimas considerações acerca dos mesmos, tudo ao consagrar, no artigo 23.1, que todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: *a) a participação na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes eleitos livremente; b) a votar e ser eleito em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta*

¹⁴² FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. O controle de convencionalidade da Ficha Limpa. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 55-103, jul./dez. 2014.

¹⁴³ Id. **O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa: direitos políticos e inelegibilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015a. p. 101.

¹⁴⁴ FERREIRA, loc. cit.

*a livre expressão dos eleitores; c) a ascender às funções públicas de seu país.*¹⁴⁵ Já no artigo 23.2, o mesmo Pacto determina, taxativamente, quais são as causas que permitiriam impor restrições aos direitos reconhecidos no precatado dispositivo, assim como, no caso, os requisitos que devem ser cumpridos de modo a legitimar eventual restrição ao pleno exercício *de los derechos políticos (idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal).*¹⁴⁶ Ou seja, sem a presença de algum desses pressupostos, qualquer restrição aos direitos políticos, seja na modalidade ativa (direito de sufrágio), seja na modalidade passiva (direito de elegibilidade), não se afiguraria como legítima frente à CADH. E este é um detalhe deveras importante a ser observado no Brasil, afinal, por estas bandas, a mera exclusão de um órgão de classe poderia atrair a pecha de inelegibilidade (LC 64/90, art. 1º, inc. I, ‘m’).¹⁴⁷

¹⁴⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

¹⁴⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

¹⁴⁷ Nos autos da ADI 4578 o STF reconheceu a constitucionalidade dessa previsão.

3 A SOBERANIA POPULAR ENTRE A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E A JUSTIÇA ELEITORAL

A criação da Justiça Eleitoral brasileira, cujo historicismo correspondente quedou-se abordado no capítulo anterior, teve por fim o assentamento de uma instituição apartada das forças políticas dominantes, e, portanto, distante e imparcial, incumbida de gerir ou administrar os processos eleitorais e zelar para que estes transcorram com isonomia, transparência, tranquilidade e legitimidade.

Imbricam-se aí, portanto, questões como “democracia representativa”, “soberania popular”, “direitos políticos”, “legitimidade das eleições” e a própria Justiça Eleitoral, naquilo que se refere à sua interferência nos processos de escolha da representação política.

Nesse capítulo, então, procuraremos desenvolver os referidos conceitos para, ao final, estabelecermos um paralelo entre democracia representativa, soberania popular, direitos políticos e a Justiça Eleitoral, desnudando um aparente antagonismo existente nessa relação, e tecendo, no mais, considerações sobre aquilo que chamaremos de “contramajoritarismo de dupla face”, traçando-se, então, um norte acerca de como a instituição, em um contexto geral, deveria considerar a sua forma de atuação jurisdicional, de modo a não interferir, ilegítima, ilegal e inconstitucionalmente, nos processos eleitorais realizados país afora.

3.1 Democracia: uma definição possível

O nascimento da democracia pode ser creditado a Atenas, apesar de a maior parte da população não ter participado do processo democrático. Ela surge depois da tirania de Pisístrato e seu filho, através da legislação produzida por Clístenes. O órgão principal era o Conselho dos Quinhentos, que tinha as funções administrativas, financeiras, militares e redigia as propostas que seriam votadas em assembleia geral pela população, denominada *Ekklesia*. O terceiro órgão mais importante do regime democrático grego era a *Eliea* (Heliáia), que tinha a incumbência de exercer as funções judiciais.¹⁴⁸ A experiência ateniense, no entanto, perdurou por não mais do que aproximados dois séculos.

No curso da história antiga, Roma também encontrou certa democracia. Contudo, ainda assim tal “modelo” se deu de maneira demasiado restrita, vez que destinado essencialmente à classe aristocrática. Contemporâneo à ascensão e à queda do modelo ateniense, o experimento

¹⁴⁸ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 21.

romano – sobretudo na fase da República (509 a.C. a 27 a.C.) – daria à humanidade um contributo indispensável à construção dos regimes políticos atualmente vigentes: o esboço do instituto da representação.

Com efeito, ao passo que todas as questões públicas relevantes, na Grécia, eram decididas diretamente pelo corpo de cidadãos, em Roma, desenvolveu-se um sistema por meio do qual a vontade social, quando solicitada, era-o de maneira mais restrita, em caráter primordialmente homologatório, por meio *decomitias centuriatas* (consultas aos representantes da aristocracia) ou *deconcilia plebis* (consultas aos representantes dos plebeus). Ou seja: enquanto os gregos detinham o poder de criar, discutir e aprovar seus diplomas legislativos, os romanos limitavam-se a externar a aprovação ou a recusa diante de propostas que lhes eram apresentadas pelas figuras do patriarcado.¹⁴⁹

Por volta de 130 a.C., na dicção de Frederico Alvim, “[...] a república romana começou a enfraquecer, não apenas pela inquietude civil, mas também pela guerra, pela corrupção e por um decréscimo do espírito cívico que existia entre os cidadãos”.¹⁵⁰ Seu declínio culminaria com o início da ditadura de Júlio César, período a partir do qual a participação do povo no governo, salvo em algumas comunidades isoladas, praticamente desapareceria do cenário político mundial.

Depois de um hiato despótico de quase 20 séculos, os exemplos clássicos inspirariam as Revoluções Gloriosa (Inglaterra, 1688) e Francesa (1789)¹⁵¹, estopins da democracia moderna. A partir do século XVII, a sucessiva superação das monarquias absolutistas europeias cederia

¹⁴⁹ ALVIM, Frederico Franco. O implemento do método democrático na história da democracia. **Revista Eletrônica da EJE**, Brasília, ano 3, n. 2, 2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-2-ano-3/o-implemento-do-metodo-democratico-na-historia-da-democracia>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ “Já em 1789 eclodiu na França, sob o lema ‘Liberdade, Igualdade e Fraternidade’, inspirado pelos mesmos ideais da Revolução estadunidense, um movimento político, social e filosófico que veio a questionar os privilégios da monarquia e as injustiças a que o povo francês era submetido, movimento que acabou conhecido e consagrado como a Revolução Francesa. A situação social francesa nas últimas décadas do século XVIII era tão precária, e o nível de insatisfação popular era tão grande, que o povo, munido de ideais de revolução, de luta contra a tirania do Rei, e com vistas à obtenção de condições dignas de subsistência, foi às ruas com o fim de tomar o poder da monarquia comandada pelo prepotente Luis XVI. O alvo primeiro dos revolucionários acabou sendo um símbolo do poder monarca, masmorra política, berço de incontáveis atrocidades, ou seja, a Bastilha, cuja queda, pelas próprias mãos populares, acabou se dando em 17 de julho de 1789, ato que marcou o estopim do processo revolucionário francês. Logo no mês subsequente (agosto de 1789), a Assembleia Constituinte cancelou todos os direitos feudais que reinavam até então e promulgou o que talvez tenha sido o ato mais importante não só da Revolução, mas dos últimos tempos, documento que veio a definir os direitos individuais e coletivos do Homem, qual seja, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (*Déclaration des Droits del’Homme et Du Citoyen*), marco do fim do absolutismo e dos privilégios da nobreza, e um robusto pilar na defesa dos direitos fundamentais do ser humano em face da tirania estatal.” (grifo do autor). BARCELOS, Guilherme. **Processo Judicial Eleitoral e provas ilícitas**: a problemática das gravações ambientais clandestinas. Curitiba: Juruá, 2014. p. 64-66.

espaço ao resgate de ideias (e ideais) republicanas (os) que, em seu bojo, traziam ditames de espírito democrático.¹⁵² No interregno entre um e outro movimento, de igual forma, não poderíamos deixar de mencionar a Revolução Norte-Americana (1776)¹⁵³, cujos ideais acabariam positivados na Declaração de Independência das treze colônias estadunidenses. De tudo, pois, veio à inspiração para as demais democracias ocidentais modernas. Atualmente, em maior ou menor intensidade, é o regime praticado na maior parte das nações desenvolvidas, englobando países dos cinco continentes.¹⁵⁴

Ocorre que a democracia não possui uma definição canônica, contudo. Em verdade, nenhum termo do vocabulário político é mais controverso que democracia no âmbito da doutrina que se dispõe a enfrentar esta temática. A conceituação de democracia é, pois, tarefa quase impossível, mormente porque o termo “democracia”, com o passar do tempo, “[...] foi transformado em um estereótipo, contaminado por uma anemia significativa”.¹⁵⁵ De outro modo, na dicção de Pérez Gándara, trata-se de um “[...] *término plurivalente y en consecuencia equívoco, por lo que cuando se hace mención a esta categoría, casi siempre se entiende como contraposición a toda forma de gobierno autocrático*”.¹⁵⁶ (grifo nosso).

Não obstante essa *anemia de significados* que vem caracterizando-o, sobretudo ao longo destes tempos recentes, há, porém, quem objetive dar uma conceituação possível ao termo. Por exemplo, para o Paulo Bonavides a democracia seria aquela forma de exercício da função governativa “[...] em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto, a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo do poder legítimo”.¹⁵⁷

¹⁵² ALVIM, Frederico Franco. O implemento do método democrático na história da democracia. **Revista Eletrônica da EJE**, Brasília, ano 3, n. 2, 2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-2-ano-3/o-implemento-do-metodo-democratico-na-historia-da-democracia>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

¹⁵³ “Em 1776, nos Estados Unidos, precedendo a Declaração de Independência e com um ideal iluminista extremamente marcante, surgiu a Declaração dos Direitos do Homem (Carta da Virgínia) que, afirmando o Homem como sujeito de direitos, dispunha, por exemplo, logo no art. 1, que Todos os Homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.” BARCELOS, op. cit., p. 64-66.

¹⁵⁴ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 22.

¹⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003a. p. 100.

¹⁵⁶ PÉREZ GÁNDARA, Raymundo. Democracia y representación como presupuestos del Derecho Electoral. In: APUNTES de Derecho Electoral: una contribución institucional para el conocimiento de la ley como valor fundamental de la democracia. Tribunal Electoral de Poder Judicial de la Federación. México: El Tribunal, 2000. p. 52.

¹⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 13.

Já nas lições de Norberto Bobbio, trata-se, a democracia, de uma das várias formas de governo em que o poder não está nas mãos de um só ou de poucos, mas de todos, ou da maior parte, “[...] como tal se contrapondo às formas autocráticas, como a monarquia e oligarquia”.¹⁵⁸ Logo, a democracia seria, assim, o governo do povo, o governo em que o povo manda, em que o povo decide. No regime democrático é ele quem comanda os destinos da organização política, o supremo juiz das coisas do Estado.¹⁵⁹

Na democracia o povo é o soberano, nele residindo a base de autoridade e legitimidade do poder político-estatal.

O poder emana do povo e em nome do povo deverá ser exercido, assim o sendo direta e/ou indiretamente (CF, art. 1º, §único). O poder é um dos elementos do Estado. Traduz-se em sua expressão dinâmica, pois, é por ele, que o governo põe em movimento as políticas públicas [...]. Por sua vez, o vocábulo soberania designa o poder mais alto, o superpoder, o supremo poder. O Poder, assim, é do povo, e o governo, na condução das políticas de Estado, deve nortear-se por tal premissa - pois que legitimado pelo próprio.¹⁶⁰

Os conceitos manejados são diversos. A palavra (democracia) é usada de maneiras diferentes. De fato, como se verifica, as terminologias são diversas. Distintas, de igual maneira, são as formas de exercício do poder pelos diversos povos do globo terrestre. Cumpre, portanto, reafirmar o que foi dito no início do capítulo: para além da definição clássica, conceituar o que seria, enfim, uma democracia, realmente não é tarefa das mais simples.

É assim que Robert Dahl, partindo do mesmo pressuposto, alerta para o fato de que ao começarmos a tarefa de conceituar o que seria uma democracia, “[...] descobre-se que diversas associações e organizações que se chamam ‘democráticas’ adotaram muitas constituições diferentes. Descobre-se que, mesmo entre países ‘democráticos’, as constituições diferem em pontos importantes”.¹⁶¹ Por exemplo, a Constituição dos Estados Unidos prevê um poderoso chefe executivo na presidência e, ao mesmo tempo, um poderoso legislativo no Congresso; cada um é bastante independente do outro. Em compensação, a maioria dos países europeus preferiu um sistema parlamentar, em que o chefe do Executivo, o primeiro-ministro, é escolhido pelo Parlamento. Pode-se facilmente apontar muitas outras diferenças importantes.¹⁶²

¹⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 7.

¹⁵⁹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 19.

¹⁶⁰ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 42.

¹⁶¹ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001. p. 48.

¹⁶² DAHL, loc. cit.

No Brasil, inclusive, pelo que se tem visto nenhuma das alternativas citadas se fazem presentes. Por aqui o que prepondera, nas palavras de Ricardo Giuliani Neto, que rememoram termo criado por Sérgio Abranches¹⁶³, é um chamado *presidencialismo de coalizão orçamentária* denotando, pois, não raro, relações promíscuas entre Poder Executivo e Poder Legislativo.¹⁶⁴

A propósito, na mesma toada, não nos esqueçamos do *presidencialismo de coalizão judicial*, termo cunhado por Lenio Streck ao criticar o *ativismo judicial à brasileira* – isto é: enredado em atendimentos de pleitos políticos *ad hoc*, circunstância que causa enormes problemas para a assim denominada “governabilidade” (por que precisa de um ministério da Pesca?), também o STF acaba ingressando perigosamente nesse terreno de (atendimento a) demandas de grupos. E — e isso precisa ser dito — demandas provenientes da falta de resolução dos problemas das liberdades públicas no plano dos demais tribunais do país. Eles falham e tudo acaba no STF.¹⁶⁵ O Supremo Tribunal deve cuidar para não ingressar mais e mais nesse terreno movediço chamado “jurisdição de coalizão”, como que fazendo uma *imitatio* do fracassado presidencialismo.¹⁶⁶

Volvendo, então, às lições de Dahl, começamos a nos perguntar se essas diferentes constituições “têm algo em comum que justifique intitularem-se “democráticas”. Talvez algumas sejam mais “democráticas” do que outras? O que significa “democracia”? Logo os leitores aprenderão que a palavra é usada de maneiras pasmosamente diferentes. Sabiamente, você decidirá ignorar essa infinita variedade de definições, pois a tarefa que tem pela frente é mais específica: *criar um conjunto de regras e princípios, uma constituição, que determinará como serão tomadas as decisões da associação*. Além disso, a sua associação deverá estar de acordo com um princípio elementar: todos os membros deverão ser tratados (sob a constituição) como se estivessem igualmente qualificados para participar do processo de tomar decisões

¹⁶³ “[...]. No presidencialismo, a instabilidade da coalizão pode atingir diretamente a presidência. É menor o grau de liberdade de recomposição de forças, através da reforma do gabinete, sem que se ameace as bases de sustentação da coalizão governante. No Congresso, a polarização tende a transformar “coalizões secundárias” e “facções partidárias” em “coalizões de veto”, elevando perigosamente a probabilidade de paralisia decisória e conseqüente ruptura da ordem política” (ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. **Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro**. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro. vol. 31, n. 1, 1988, pp. 5-34).

¹⁶⁴ GIULIANI NETO, Ricardo. **Nas coxias do poder**. Porto Alegre: Dublinense, 2012.

¹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. O controle nosso de cada dia e o velho presidencialismo: o que têm a ver? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 abr. 2017b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-25/observatorio-constitucional-controle-nosso-cada-dia-velho-presidencialismo>>. Acesso em: 9 out. 2018.

¹⁶⁶ Ibid.

sobre as políticas que a associação seguirá. Sejam quais forem às outras questões, no governo desta associação todos os membros serão considerados politicamente iguais.¹⁶⁷⁻¹⁶⁸

O que queremos dizer, então, é que o conceito em voga se afiguraria como um conceito histórico. Não sendo por si um fim, mas meio e instrumento de realização de fins essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes o envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do envolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.¹⁶⁹ Sabiamente, devemos ignorar essa infinita variedade de definições, pois a tarefa que temos pela frente é mais específica: “[...] criar um conjunto de regras e princípios, uma Constituição, que determinará como serão tomadas as decisões da associação.”¹⁷⁰

Nas constituições atuais, o conceito de democracia vai além de ser um método de tomada de decisão de decisões coletivas, ou seja, as decisões da maioria não devem reduzir os direitos fundamentais, dada a sua rigidez natural. Além disso, esse paradigma é caracterizado por ser aberto, o pluralismo político faz-se presente, isto é, grupos políticos dentro de um quadro de instituições estão sujeitos a regras fixas e estabelecidas, eles possuem o direito de expressar suas ideologias para a cidadania para obter sua adesão e alcançar o poder; as eleições periódicas e a rotação de funcionários públicos que atuam em nome do povo são os elementos substanciais do Estado democrático, porque o poder é legitimado pela aceitação dos membros da comunidade, que, por meio de seu voto, elegem aqueles que os representarão no exercício do poder público por um determinado tempo.¹⁷¹

¹⁶⁷ DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001. p. 48-49.

¹⁶⁸ Não é muito distinta a visão adotada por Friedrich Muller, para quem “[...] a ideia fundamental da democracia é a determinação normativa de um tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo. Já que não se pode ter o autogoverno na prática quase inexequível, pretende-se ter ao menos a auto codificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de sancionamento político.” MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. Revisão de Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 57.

¹⁶⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 126-127.

¹⁷⁰ DAHL, op. cit., p. 48-49.

¹⁷¹ MAGALHÃES, José Luiz. Quadros de Democracia e Constituição: tensão histórica no paradigma da democracia representativa e majoritária a alternativa plurinacional boliviana. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros (Coords.). **Constitucionalismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

A democracia, mais do que um conceito estanque e canônico, é um processo de convivência e organização social em que o poder emana do povo e, direta ou indiretamente, há de ser exercido pelo povo, sob a égide de uma Constituição que a todos submete.

Desta ideia, conseqüentemente, exurgem alguns pilares nodais, sem os quais determinado regime dito democrático não passaria de uma *mera caricatura de si mesmo*, como a submissão indistinta a uma Constituição, a legalidade, a igualdade, a liberdade (de manifestação, pensamento, associação e reunião, crença, política) o reconhecimento e o respeito incondicional pelos direitos e garantias fundamentais, o respeito às minorias, a transitoriedade no exercício do poder político, a realização de eleições livres e autênticas (*free and fair elections*), mediante sufrágio universal e igual para todos e pelo voto secreto, o controle do poder constituído (seja em face do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário) e, sobretudo, a soberania popular, no sentido de que o poder emana do povo e em seu nome será exercido.¹⁷²⁻¹⁷³

Nesse ínterim, é impositivo referir específica e destacadamente que, dentre outras diretrizes, é marca acentuada de um lídimo regime democrático o respeito incondicional pelos direitos fundamentais (incluindo-se aqui, evidentemente, em primeira linha de grandeza, os direitos e as garantias individuais). Este atributo da democracia, por sua feita, está vinculado indissociavelmente à noção do Estado Democrático de Direito, merecendo, pois, acurada atenção, sobretudo nos dias de hoje, nos quais as viragens discursivas são cada vez mais frequentes.

Assim, na esteira da doutrina de Gilmar Ferreira Mendes, os direitos fundamentais, que antes buscavam proteger reivindicações comuns a todos os homens,

[...] passaram a, igualmente, proteger seres humanos que se singularizavam pela influência de certas situações específicas em que apanhados. Alguns

¹⁷² Javier Camarena, através de edificação intelectual similar, apresenta como substrato mínimo da democracia os seguintes requisitos: a) Soberania do Povo (El principio da soberania del pueblo); b) Separação de poderes (El principio de la separación del poderes); c) Sistema Representativo (La estructuración de un sistema representativo); d) Regime de partidos políticos (El establecimiento de un régimen de partidos políticos); e) O reconhecimento e o respeito dos direitos tanto de maiorias quanto das minorias (Reconocimiento y respeto de los derechos tanto de la mayoría como de las minorias); f) Reconhecimento e respeito dos direitos e das garantias individuais (Reconocimiento y respeto de los derechos del hombre o garantías individuales); g) Reconhecimento e respeito dos direitos sociais (Reconocimiento y respeto de los derechos sociales o garantías sociales); h) Supremacia Constitucional (El principio de la supremacia constitucional). Mais em: CAMARENA, Javier Patino. **Nuevo Derecho Electoral Mexicano**. 8. ed. [S.l.: s.n], 2006. p. 6-13.

¹⁷³ Também, por oportuno, é a lição de Elías Díaz: “a) Imperio de la ley; [...]; b) División de poderes, legislativo, ejecutivo y judicial; [...]; c) Fiscalización de la Administración; [...]; d) Protección del derechos y libertades fundamentales; [...]”. Sobre o tema, ver: DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Democracia**. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, [2000]. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831255.pdf>>. Acesso em: 7 out. 2018.

indivíduos, por conta de certas peculiaridades, tornaram-se merecedores de atenção especial, exigida pelo princípio do respeito à dignidade humana.¹⁷⁴

A partir deste mesmo ideário, Canotilho ensina que "[...] tal como são elemento constitutivo do Estado de Direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático".¹⁷⁵ A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissociável que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tal como igualdade, justiça social e garantia dos direitos humanos fundamentais.¹⁷⁶

Logo, a Constituição de um Estado democrático tem por missão:

[...] veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais. Esses consensos elementares, embora possam variar em função das circunstâncias políticas, sociais e históricas de cada país, envolvem a garantia de direitos fundamentais, a separação e a organização dos poderes constituídos e a fixação de determinados fins de natureza política.¹⁷⁷

Nesse percorrer, apresenta pertinente ponderação no sentido de que “[...] quanto mais arraigados forem os princípios democráticos no imaginário coletivo da sociedade, maior será o papel dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico e maior será seu respeito”.¹⁷⁸ Citando Friedrich Muller, pode-se assentar, finalmente, que não somente as liberdades civis, mas também “[...] os direitos humanos enquanto realizados são imprescindíveis para uma democracia legítima”.¹⁷⁹

¹⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 254.

¹⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 280.

¹⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c. p. 54.

¹⁷⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 90.

¹⁷⁸ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 21.

¹⁷⁹ VELLOSO; AGRA, loc. cit.

Os direitos fundamentais e a democracia se encontram em um condicionamento recíproco, formando uma simbiose, em que um se constitui pré-requisito do outro.¹⁸⁰ A democracia pressupõe respeito aos direitos fundamentais, tanto no concernente aos de primeira dimensão, quanto aos demais. Os direitos fundamentais, enfim, “[...] são importante vetor para a interpretação do regime democrático”.¹⁸¹ Na democracia de direito¹⁸², pautada que é por uma Constituição, os direitos fundamentais – incluindo-se aí os direitos políticos –, vistos na sua característica intersubjetiva, despontam como pilares, sendo a devida tutela o sustentáculo do próprio regime.¹⁸³

Assim, naquilo que se entende por democracia, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, conforme percuciente análise de Lenio Streck, o próprio Judiciário, através do controle de constitucionalidade das leis, *pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais* (também aqui pode ser usado o princípio da proibição de proteção insuficiente – a *Untermassverbot*). Dito de outro modo, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que, legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade.¹⁸⁴

A democracia é, no entanto, uma relação sempre instável, sujeita a avanços e retrocessos, a continuidades ou rupturas, estando sempre sujeita aos ataques de eventuais predadores de conveniência.¹⁸⁵ A democracia, na dicção de Streck, precisa ser vista, ao fim e ao cabo, numa perspectiva histórica e de lutas políticas. As lutas históricas em prol da

¹⁸⁰ KRIELE, Martin. **Introducción a la teoría del Estado**: fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático. Buenos Aires: Depalma, 1980. p. 470.

¹⁸¹ VELLOSO; AGRA, op. cit., p. 21.

¹⁸² CF, 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; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

¹⁸³ “Lo central de las nuevas democracias, está en la edificación de una nueva estructura de derechos fundamentales, cuya garantía es el sistema democrático que también han adoptado.” VALADÉS, Diego. **Constitución y democracia**. México: Unam, 2002. p. 13.

¹⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c. p. 68.

¹⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. O Supremo não é o guardião da moral da Nação. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 set. 2013e. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>>. Acesso em: 8 out. 2018.

democracia mostram quão duro é alcançá-la e, muito mais do que isto, conservá-la.¹⁸⁶ A democracia - seguimos com Streck – é um processo sempre inconcluso. É, antes de tudo, uma jornada, uma grande caminhada. Pede uma atenção e um cuidado constante.¹⁸⁷ A democracia exige, ao fim e ao cabo, um alerta constante de todos. E, como conceito histórico e resultado de lutas políticas que é, deverá ser consolidado dia após dia.

3.2 Democracia direta, indireta e semidireta

A forma pela qual o povo participa do poder dá origem a três tipos de democracia, qualificadas como direta indireta (ou representativa) e semidireta.¹⁸⁸

Na democracia direta, consoante à sugestiva terminologia, o povo participa diretamente da vida política do Estado, exercendo os poderes governamentais, fazendo leis e administrando a *res pública*. É, portanto, aquela democracia “[...] em que o povo exerce de modo imediato e direto as funções públicas”.¹⁸⁹

Para Gándara, a democracia direta pode ser compreendida como “[...] o regime político em que os cidadãos exercem por si mesmos os poderes do Estado, sem intermediários ou representantes”.¹⁹⁰ Ou seja, neste modelo de exercício do poder político, é o povo quem exerce diretamente às funções estatais, sem qualquer representação eleita para tanto, por conseguinte.

Frente às acentuadas características desse modelo de democracia, não há como descurar, porém, do seu caráter basicamente impraticável, notadamente em razão da pluralidade e da complexidade das relações sociais que norteiam os tempos hodiernos. Sendo o Estado Democrático aquele em que o próprio povo governa, é evidente que se coloca o problema de estabelecimento dos meios para que o povo possa externar sua vontade. Sobretudo atualmente, em que a regra é colégios eleitorais numerosíssimos e decisões de interesse público muito frequentes, exigindo uma intensa atividade legislativa, é difícil, quase absurdo mesmo, pensar na hipótese de constantes manifestações do povo, para que se saiba rapidamente qual a sua vontade.

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 136.

¹⁸⁹ GÁRCIA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza, 1984. p. 183.

¹⁹⁰ PÉREZ GÁNDARA, Raymundo. Democracia y representación como presupuestos del Derecho Electoral. In: APUNTES de Derecho Electoral: una contribución institucional para el conocimiento de la ley como valor fundamental de la democracia. Tribunal Electoral de Poder Judicial de la Federación. México: El Tribunal, 2000. p. 55.

Entretanto, embora com amplitude bastante reduzida (quase inexistente), não desapareceu de todo a prática de pronunciamento direto do povo, existindo alguns institutos que são classificados como expressões de democracia direta. Referindo-se a essas práticas, por oportuno, Burdeau qualifica-as de mera *curiosidade histórica*, entendendo que só existe mesmo a democracia direta na *Landsgemeinde*, que ainda se encontra em alguns cantões suíços: *Glaris, Unterwalden e Appenzell*.¹⁹¹ É basicamente impossível que se desempenhe tal modelo de democracia, o qual, segundo o autor, somente poderia se verificar em comunidades deveras diminutas e, mesmo assim, no que toca à função legislativa, tão somente. A impossibilidade prática de utilização dos processos da democracia direta tornou, conseqüentemente, inevitável o recurso à *democracia representativa* ou *indireta*, apesar de eventuais dificuldades (crises) de representação ou representatividade que daí possam surgir.

Sobre o sistema representativo, Bonavides elucida que tal sistema, na mais ampla acepção, “[...] refere-se sempre a um conjunto de instituições que definem certa maneira de ser ou de organização do Estado”.¹⁹² Na democracia representativa o povo concede um mandato a alguns cidadãos, para, na condição de representantes, externarem a vontade popular e tomarem decisões em seu nome, como se o próprio povo estivesse governando.¹⁹³

A democracia indireta, chamada representativa,

[...] é aquela na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do Estado diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente.¹⁹⁴

E a representação, mediante eleições, permite aos cidadãos designar os seus governantes para um período (*pré*) determinado e, posteriormente, dependendo do ordenamento jurídico interno, reelegê-los ou não, ou eleger a outros dentre outros candidatos. Nesta hipótese de representação, o povo não exerce o poder de modo direto ou imediato, mas sim por meio de representantes eleitos para tanto. A democracia representativa reza, ao final e ao cabo, um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político, que vêm a formar os direitos políticos que qualificam a cidadania (soberania popular), tais como as eleições, o sistema eleitoral, o regime de inelegibilidades, os partidos políticos, dentre outros,

¹⁹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 152.

¹⁹² BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 216.

¹⁹³ DALLARI, op. cit., p. 157.

¹⁹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 136.

ou seja, mecanismos disciplinadores da escolha dos representantes do povo, ou ainda, de outro modo, as *regras do jogo eleitoral*.

Uma democracia semidireta, conclusivamente, nada mais é do que a democracia representativa com peculiaridades pontuais que indicam a participação direta da sociedade nos assuntos do Estado, podendo, assim, ser considerada como mista. Noutras palavras, é uma *democracia representativa semidireta ou mista*.

A democracia semidireta é, na verdade, democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo, institutos que, entre outros, integram a *democracia participativa*. A democracia não teme, antes requer a participação ampla do povo e de suas organizações de base no processo político e na ação governamental. Nela, as restrições a essa participação não de limitar-se tão só às situações de possível influência antidemocrática, como as irreelegibilidades e inelegibilidades por exercício de funções, empregos ou cargos, ou de atividades econômicas, que possam impedir a liberdade do voto, a normalidade e legitimidade das eleições (art. 14 §§ 5º a 9º).¹⁹⁵ Por outro lado, é sabido que o povo há de ser concebido como o conjunto de indivíduos concretos, situados, com suas qualidades e defeitos, e não como entes abstratos. Embora os tempos atuais não permitam, dada a complexidade da organização social, que se retorne ao mandato imperativo, é certo que há mecanismos capazes de dar à representação política certa concreção. Tais mecanismos são a atuação partidária livre, a possibilidade de participação permanente do povo no processo político e na ação governamental por meio de institutos de democracia direta, que veremos. Não se há de pretender eliminar a representação política para substituí-la por representação orgânica ou profissional antidemocrática, mas se deverá possibilitar a atuação das organizações populares de base na ação política.¹⁹⁶

Por certo, se é verdade que, diante da complexidade das relações sociais, a democracia direta se afigura como basicamente impraticável (e a história bem nos demonstra isso), não há como negar, porém, que uma democracia, ainda que representativa, pode – e deve – albergar meios de participação popular direta, desde que a própria participação e o fruto dela estejam em conformidade com a CF.

Dessa forma, poderíamos assentar, de fato, que os multiformes dispositivos formais e informais da democracia semidireta são a tentativa de realizar o “*quantum possibile*” de

¹⁹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 137.

¹⁹⁶ Ibid.

democracia, para utilizar as palavras de Friedrich Muller.¹⁹⁷ Não existe nenhuma democracia viva sem espaço público, diz o autor alemão. Ele é o espaço do povo, quer dizer, da população. A praça é do povo, como o céu é do condor (Castro Alves). Nele oscilam os processos informais da sua participação política, na qual se podem apoiar aqueles formais de participação: para tornar o povo identificável, abrindo-lhe espaço para que ele se crie – atuando em situações concretas, diante de problemas concretos. Eis a direção, na qual um Estado democraticamente constituído poderia tornar-se uma *república* no sentido enfático da palavra: uma *res publica* - coisa pública – quer dizer, segundo a etimologia do Latim arcaico, uma *res populica*: uma coisa do povo.¹⁹⁸

Dito isso, cumpre assinalar que o sistema constitucional brasileiro, apesar de assentar-se precipuamente em uma democracia representativa, adota clarividente nuance de participação popular. E isto, aliás, em matéria eleitoral, resta deveras cristalino, bastando lembrar que, recentemente, a temática das inelegibilidades sofreu profunda reforma tudo por meio de uma lei complementar de iniciativa popular, a LC n.º. 135/2010 (conhecida como a lei da “Ficha Limpa”).

Este diploma legal, por sua feita, como se sabe, veio a modificar o texto original da LC n.º. 64/90 (Lei das Inelegibilidades), trazendo novas causas de inelegibilidade, novos parâmetros e novos prazos. Veja-se, portanto, à luz de todo o processo que culminou com o advento da lei da “Ficha Limpa” (*sic*), um exemplo claro do que representa o sistema jurídico-político brasileiro, o qual, como dito, vem a pregar mecanismos de participação direta do povo nos assuntos de Estado, não obstante a sua matriz repouse sobre a participação indireta (representação).

Diante dos conceitos relativos às modalidades de democracia direta, indireta e semidireta, pode-se dizer, razoavelmente, e com exemplos, que o Brasil optou por adotar um sistema relativamente misto, ou seja, de representação ou representatividade política, mas com nuance de participação direta do povo nos assuntos do Estado, ainda que tal participação, na espécie, não se afigure como um reclame intensamente praticado.¹⁹⁹ Tal afirmação, ou seja, a de que o Brasil adota um sistema (relativamente) misto ou uma democracia semidireta, pensamos, resta evidente. E basta, para tanto, atentar para as disposições contidas no §único do

¹⁹⁷ MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. Revisão de Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 132.

¹⁹⁸ MULLER, loc. cit.

¹⁹⁹ No mesmo sentido: “Portanto, nosso sistema político é preponderantemente uma democracia indireta, com eleições diretas, composto de alguns instrumentos de democracia participativa que são pouco utilizados.” VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 26.

art. 1º da CF, pelo que o poder será exercido pelo povo por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Carta²⁰⁰; e, ao fim e ao cabo, pelo também disposto no artigo 14 da Lei Maior da República.²⁰¹

3.3 Soberania Popular – o povo soberano na democracia representativa

A noção de soberania popular remete-nos, precipuamente, ao seguinte provérbio: “todo poder emana do povo e em seu nome será exercido”. Essa ideia, isto é, a ideia de que o poder emana do povo, devendo em seu nome ser exercido, é, por seu turno, atributo indissociável de um regime democrático. Isso, por sua vez, nos faz compreender que a soberania popular pode ser concebida como a *soberania política do povo*. E que, ademais, não há regime democrático que não sufrague tal pregação.

Na democracia o povo é o soberano, nele residindo à base de autoridade e legitimidade do poder político-estatal. O poder emana do povo e em nome do povo deverá ser exercido, assim o sendo direta e/ou indiretamente (CF, art. 1º, §único). A noção de soberania popular (ou soberania política dos cidadãos) tem, dessa maneira, um caráter eminentemente normativo: é um ideal que vai servir como princípio orientador ou regulador de nossa prática política e, particularmente, de nosso esforço de construção institucional.²⁰² O que nos interessa precipuamente, porém, é a noção de soberania do povo no que toca à relação entre governantes e governados. Ideia esta que, sem dúvidas, se encontra intimamente vinculada à concepção de democracia representativa, característica do Estado moderno.

De tudo, pois, que pode conter o ideário de soberania do povo, há, natural e obviamente, uma relação entre a ideia de soberania popular e a ideia democrática. Entre os traços que compõem a ideia de soberania popular, tal como aparece nas constituições modernas, podemos claramente identificar as promessas associadas com o ideal do autogoverno. Embora não seja

²⁰⁰ **CF, Art. 1º.** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui -seem Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

²⁰¹ **CF, Art. 14.** A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular. BRASIL, op. cit.

²⁰² REIS, Cláudio A. Todo o poder emana do povo: o exercício da soberania popular e a Constituição de 1988. In: BRASIL. Senado Federal. **Estudos legislativos.** [S.l.: s.n.], 2008. v. 1: Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. Os alicerces da redemocratização. p. 2.

possível afirmar uma identidade necessária entre a afirmação da soberania popular e a afirmação da democracia – tudo depende de como, em cada caso, vai-se pensar a relação entre o povo e aqueles que “autorizam” –, todas as versões da ideia democrática incluem a crença na soberania popular: todas se comprometem com a ideia de que a autoridade mais alta encontra-se consubstanciada no povo, que jamais aliena completamente essa autoridade, e, portanto, governa a si mesmo.²⁰³

A impossibilidade prática de utilização dos processos da democracia direta tornou inevitável o recurso à democracia representativa. A democracia representativa, então, será promovida através de eleições, de modo a permitir aos cidadãos o designar dos seus governantes para um período (pré) determinado e, posteriormente, reelegê-los ou não ou eleger a outros dentre outros candidatos.

Já o protagonismo no cerne desse processo, indelevelmente, é do povo, e só do povo, cabendo, afinal, a ele, a escolha dos seus representantes. O exercício dessa prerrogativa fundamental, por sua vez, se dará de maneira livre e periódica, por meio do sufrágio universal, direto e igual para todos, a ser materializado pelo voto secreto (CF, art. 14) – o direito de voto, sufrágio ativo ou capacidade eleitoral ativa. O povo, de igual maneira, tem direito de tomar parte dos negócios de Estado, despontando, aí, o direito de ser votado – sufrágio passivo ou capacidade eleitoral passiva.

E o povo, aqui, no dizer de Canotilho, deve ser entendido como “grandeza pluralística”, isto é, como uma “[...] pluralidade de forças culturais sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de ‘opiniões’, ‘vontades’, ‘correntes’ ou ‘sensibilidades’”.²⁰⁴ Com efeito, o povo não é apenas a facção revolucionária capaz de levar a revolução até ao fim como pensavam os jacobinos. Tão pouco é o conjunto de “cidadãos proprietários” como pretendiam os liberais defensores do sufrágio censitário.²⁰⁵ Povo não é também a “classe do proletariado”, ou seja, a classe autoproclamada em maioria revolucionária dotada da missão histórica de transformação da sociedade numa sociedade de classes.²⁰⁶ O povo concebe-se como *povo em sentido político*,

²⁰³ REIS, Cláudio A. Todo o poder emana do povo: o exercício da soberania popular e a Constituição de 1988. In: BRASIL. Senado Federal. **Estudos legislativos**. [S.l.: s.n.], 2008. v. 1: Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. Os alicerces da redemocratização. p. 2.

²⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 75.

²⁰⁵ CANOTILHO, loc. cit.

²⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 75.

isto é, (como) grupos de pessoas que agem segundo ideias, interesses e representações de natureza política.²⁰⁷

Numa acepção estrita, a soberania popular representa o vínculo jurídico-político mantido entre Estado e sociedade, que acaba por pregar a participação política dos cidadãos nos rumos políticos da Nação. Está, pois, intimamente relacionada à noção de cidadania. Por sua vez, este princípio basilar do Estado Democrático, à luz do arcabouço normativo posto, resta concretizado, na forma ativa, pelo sufrágio universal, pelo voto direto e secreto, plebiscito, referendo e iniciativa popular (CF, art. 1º, §único c/c art. 14, *caput*); e, na forma passiva, pelo direito de elegibilidade, ou seja, pelo direito de ser votado, de modo a possibilitar a ocupação dos Cargos Eletivos do país. Tal participação se dá, portanto, por meio do exercício dos direitos políticos, seja ativa, seja passivamente.

Trata-se, pois, do exercício da *soberania popular* por intermédio dos *direitos políticos ativos* (votar, plebiscito, referendo e iniciativa popular) e *passivos* (ser votado). Assim, o direito democrático de participação do povo no governo, por seus representantes, acaba exigindo a formação de um conjunto de normas legais permanentes, que receberá a denominação de *direitos políticos*.²⁰⁸

Os direitos políticos, como serão expostos em seguida, são condições de existência de um Estado democrático e constitucional; são os únicos direitos que permitem ao conjunto dos cidadãos não apenas o direito de falar, de manifestar a sua vontade, “[...] mas também o direito de ser ouvido, e de subordinar o funcionamento do Estado, à vontade de uma pluralidade de pessoas titulares desses direitos”.²⁰⁹

3.4 Os direitos políticos como condições de possibilidade para o regime democrático

A construção dos direitos políticos pode ser traduzida em exigência na formação dos outros direitos e até mesmo do direito à vida. A criação das regras de convivência determina o modo e a forma por meio dos quais os indivíduos conviveram em sociedades mais simples e convivem nas sociedades complexas, incluindo a sociedade mundial. A luta pelos direitos

²⁰⁷ CANOTILHO, loc. cit.

²⁰⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 329.

²⁰⁹ SILVA, Daniela Romanelli da. Os direitos políticos no Estado democrático de direito. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 28., 2004, Caxambu. **Anais...** São Paulo: ANPOCS, 2004. Disponível em: <<https://www.anpocs.com/index.php/papers-28-encontro/st-5/st24-2/4083-dsilva-os-direitos/file>>. Acesso em: 9 out. 2018.

políticos é, em última instância, a luta pelo direito à liberdade. A política é, então, a ação do homem em sociedade, é a práxis dos homens.²¹⁰

Segundo Hannah Arendt, a política é a pluralidade de homens. Para a autora, para a pergunta sobre o sentido da política “[...] existe uma resposta tão simples e tão concludente em si que se poderiam achar outras respostas dispensáveis por completo. Tal resposta seria: o sentido da política é a liberdade”.²¹¹

Com efeito, pode-se dizer, no entanto, que a história da humanidade, em grande parte, não vinculou a noção de política ou do exercício do poder político a um ideal de liberdade. E muito menos de igualdade ou a condições de igual acesso ao poder. A atividade política, por muito tempo, foi privilégio de poucos, quedando-se restrita apenas a uma parcela de “iluminados” (há quem diga que isso ainda não desapareceu, se me permite a ironia). Conseqüentemente – e não poderia deixar de ser –, a ideia da consagração de direitos políticos indistintos partiu do povo, tudo por meio de movimentos revolucionários cujo mote mor foi o questionamento dos privilégios destinados às classes dominantes. Os direitos políticos, enfim, caminham de mãos dadas com o ideário republicano. E, nesse caminho, o marco de transição ou a revolução copernicana havida em relação à matéria residiu, inexoravelmente, na promulgação da aclamada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), fruto da Revolução Francesa.

Inspirada nos mesmos ideais iluministas compartilhados com a Revolução estadunidense (1776), a Assembleia Nacional Constituinte da França revolucionária, em exatos 26 de agosto de 1789, aprovou o texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que, em 02 de outubro do mesmo ano, acabou sendo votado e promulgado para nunca mais ser esquecido. E, dentre os dezessete artigos que compuseram o emblemático documento, lá esteve o artigo 6º.²¹²

²¹⁰ PIACENTIN, Antônio Isidoro. **Os direitos políticos nas Constituições dos países do MERCOSUL à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2006. 295 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp012439.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

²¹¹ ARENDT, Hannah. **O que é política**. Tradução de Reinaldo Guarany. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999. p. 38.

²¹² “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais aos seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”. DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão – 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 10 out. 2018.

Seguindo esse raciocínio, Arendt²¹³ apontou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como um marco decisivo na história, pois significava, pela primeira vez, o reconhecimento do homem como fonte da lei, independentemente dos comandos de Deus. Arendt chamou atenção, contudo, para o fato de que os direitos inalienáveis elencados pela Declaração dependiam de nenhuma autoridade para estabelecê-los, vez que o homem abstrato era a origem e o objetivo último desses direitos. Em face disso, constatava o seguinte paradoxo presente na Declaração: ela se referia a um ser humano abstrato e isolado, que não existia em lugar nenhum, já que todos viviam imersos em uma ordem social. Por isso, os direitos humanos só podiam ser gozados e reconhecidos por aqueles que pertenciam à sociedade política:

Os Direitos do Homem, afinal, haviam sido definidos como ‘inalienáveis’ porque se supunha serem independentes de todos os governos; mas sucedia que, no momento em que seres humanos deixavam de ter um governo próprio, não restava nenhuma autoridade para protegê-los e nenhuma instituição a garanti-los.²¹⁴

Ficou patente o condicionamento entre direitos humanos e a pertença a uma sociedade política só a partir de meados do século XX, em face das atrocidades cometidas durante as duas guerras mundiais. Reconheceu-se que os Estados nacionais eram fundamentais para a proteção dos direitos humanos a partir do momento em que grandes contingentes humanos perderam a sua nacionalidade, a sua cidadania e, por isso, viram-se completamente destituídos de todos os seus direitos humanos. Reconheceu-se também a necessidade de uma ordem internacional protetiva dos direitos humanos.²¹⁵

Conseqüentemente, com o término da Segunda Guerra, foi criada a Organização das Nações Unidas – ONU – (1945), cujos objetivos residiram precipuamente na promoção, estímulo e respeito aos direitos humanos fundamentais. Desse momento histórico, por sua vez, despontou no universo jurídico-político a DUDH, de modo a assegurar, em esfera mundial (vale dizer: sem fronteiras), o discurso de proteção dos direitos civis e políticos, econômicos e sociais.

Reconhecendo a dignidade de toda pessoa, considerada como tal um sujeito de direitos, na dicção de Silva:

[...] a Declaração Universal trata os direitos nela contidos como um ideal comum a ser atingido por todos os povos e nações. Proclama a universalidade

²¹³ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Companhia de Bolso: São Paulo, 2013. p. 32.

²¹⁴ SILVA, Daniela Romanelli da. Os direitos políticos no Estado democrático de direito. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 28., 2004, Caxambu. **Anais...** São Paulo: ANPOCS, 2004. Disponível em: <<https://www.anpocs.com/index.php/papers-28-encontro/st-5/st24-2/4083-dsilva-os-direitos/file>>. Acesso em: 9 out. 2018.

²¹⁵ Ibid.

e a indivisibilidade dos direitos humanos. Por universalidade entende-se que os direitos ali proclamados são inerentes a todos os seres humanos, independentemente do Estado ou da Nação a que pertençam. A indivisibilidade se refere negação de qualquer cisão entre direitos civis, direitos políticos, direitos econômicos, direitos sociais e direitos culturais. Cada um desses conjuntos de direitos proclamados é condição para a existência e efetivação dos demais direitos.²¹⁶

Com a Declaração Universal, pela primeira vez, colocava-se em evidência a necessidade de criação de uma ordem internacional capaz de proteger os direitos humanos de modo integral. Também pela primeira vez reconhecia-se em um Documento Internacional que todos têm o direito de tomar parte na direção dos negócios públicos, na formação da lei, seja direta ou indiretamente, enfim, que a vontade do povo deveria ser a base do governo. Ao lado desse direito, proclamava-se o dever do Estado de se adequar à vontade do povo. A Declaração traz implícita a ideia de que é condição de dignidade a participação do homem no governo de seu país e que esse direito é indissociável dos demais direitos humanos ali elencados.²¹⁷

Todavia, não obstante fosse um padrão ideal a ser sustentado e seguido, ocorreu que a Declaração, por si, não possuía nenhuma força normativa. Desse modo, a missão da Comissão de Direitos Humanos da ONU era criar um sistema normativo hábil a dar eficácia plena aos dispositivos constantes da Declaração Universal. E assim foi feito. Despontaram, portanto, dois documentos principais: o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e, no mais, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Especialmente quanto ao último, reafirmado restou o ideário de que todo homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos; todo homem tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país; a vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade do voto. Nesse viés, o artigo 25 do Pacto é categórico.²¹⁸

²¹⁶ SILVA, Daniela Romanelli da. Os direitos políticos no Estado democrático de direito. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 28., 2004, Caxambu. **Anais...** São Paulo: ANPOCS, 2004. Disponível em: <<https://www.anpocs.com/index.php/papers-28-encontro/st-5/st24-2/4083-dsilva-os-direitos/file>>. Acesso em: 9 out. 2018.

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ “Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no art.2º e sem restrições infundadas: a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos; b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores; c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país”. BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

Verifica-se, aliás, à luz da assertiva firmada acima, que este Pacto consagra generosa atenção aos direitos políticos, alinhavando, segundo doutrina de Marcelo Peregrino, “[...] o direito expresso de participação na condução dos assuntos públicos, de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto que garantam a manifestação da vontade dos eleitores”.²¹⁹

No sistema europeu, a Comissão de Veneza (Convenção Europeia pela Democracia e pela Lei) produziu o Código de Boas Práticas em Temas Eleitorais (2002), sob os auspícios da Convenção Europeia de Direitos Humanos.²²⁰

No que tange ao continente americano desponta como relevante a matéria afeta à CADH (Pacto de San Jose da Costa Rica). O Brasil, conforme lição de Marcelo Peregrino Ferreira,

[...] se filia ao sistema regional americano de direitos humanos cujo marco normativo é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Na Costa Rica, situa-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos (art. 33) e, em Washington, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, os órgãos primordiais previstos na Convenção.²²¹

E não é só isso, registre-se. Recorrendo novamente às lições de Marcelo Peregrino Ferreira, importante consignar que:

Ao ter se tornado ‘parte’ deste tratado, o Estado brasileiro sujeitou-se à jurisdição da Corte, cláusula facultativa, bem assim aos procedimentos e meios de atuação do sistema regional, com as comunicações individuais (art. 44), as comunicações interestatais (art. 45) e as vistorias in loco. Verifica-se, na mesma medida, obviamente, o dever de respeito aos direitos protegidos pela Convenção Americana e de implementação dos direitos e liberdades consagrados pela alteração, inclusive da sua legislação interna.²²²

Em terras brasileiras, mais especificamente, a disciplina dos direitos políticos evoluiu paulatinamente. A primeira Constituição brasileira foi outorgada por D. Pedro I em 1824. Tratou-se, pois, da Constituição do império, outorgada logo após a Declaração da Independência ocorrida às margens do riacho do Ipiranga em 1822. O regime político de então previa o voto e a separação dos poderes. Com viés liberal, a Constituição imperial regulamentou os direitos políticos de maneira demasiado liberal para época, instituindo o voto censitário e

²¹⁹ FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa: direitos políticos e inelegibilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015a. p. 101.

²²⁰ Id. O controle de convencionalidade da Ficha Limpa. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 55-103, jul./dez. 2014.

²²¹ FERREIRA, op. cit., p. 101.

²²² FERREIRA, loc. cit.

limitando tal direito àqueles maiores de 25 anos que detivessem, igualmente, renda superior a cem mil réis anuais, fator que atingia boa parte da classe trabalhadora. O limite de idade, contudo, era variável, sendo menor em alguns casos, como para aqueles que se encontrassem na condição de chefes de família, oficiais militares, clérigos, bacharéis etc. Era assegurado o voto para os analfabetos. E, na esfera local, votava-se para os cargos de juiz de paz e vereadores. Em âmbito geral, para Assembleia Provincial, Câmara dos Deputados e Senado. As eleições para os cargos locais eram diretas. Para os demais, indiretas. Ainda no âmbito do Império, e sob a égide da Constituição de 1824 sobreveio, em 1881, a Lei Saraiva, que, na dicção de Alves,

[...] introduziu severas mudanças no processo eleitoral, a qual cerceou o acesso ao voto a um número muito grande de brasileiros. A exigência de renda subiu para 200 mil-réis, excluiu os analfabetos e extinguiu as juntas paroquiais de qualificação, deixando a cargo da magistratura a formação das listas de votantes.²²³

A Constituição Republicana de 1891, como dito anteriormente, previu eleições por “[...] ‘sufrágio direto da nação e maioria absoluta de votos’ para Presidente e Vice-Presidente da República”²²⁴. A primeira Constituição da era republicana brasileira:

Exigia maioria absoluta entre os votados; isso não ocorrendo, o Congresso elegia um entre os dois mais votados, por maioria de votos dos presentes. Previu, também, inelegibilidades para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, deixando para a lei ordinária regular o processo de eleição e de apuração.²²⁵

Sem embargo, nos termos do escólio de Alves,

[...] a Constituição republicana não avançou no campo dos direitos políticos à época porque, equivocadamente, pensava-se³³⁶: 1) a população, que saíra do domínio colonial português, não tinha experiência de soberania popular, por isso o voto era restrito, excluindo, por exemplo, os analfabetos e as mulheres; 2) as práticas políticas de compra de votos, atas de eleições falsificadas, coerção moral e física eram perpetradas pelos coronéis e grandes proprietários, que não admitiam derrotas; 3) as eleições eram fraudulentas; 4) a população, como não possuía experiência anterior, deveria em primeiro lugar adquirir educação primária para depois exercer a soberania popular, mas a educação não era massificada.²²⁶

²²³ ALVES, Fernando de Brito. Cidadania e direitos políticos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 877, 27 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7628>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

²²⁴ CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**. Bauru: Edipro, 2008. p. 25-26.

²²⁵ *Ibid.*, p. 26.

²²⁶ ALVES, Fernando de Brito. Cidadania e direitos políticos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 877, 27 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7628>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

A Carta Constitucional de 1934, segunda Constituição republicana, por seu turno, inaugurou, pode-se dizer, uma nova era na prática política nacional. Com efeito, esta Carta:

[...] teve o grande mérito de criar, no seio da Constituição – porquanto já havia sido criada pelo Código Eleitoral (Decreto nº 21.076, de 24.2.1932) – a Justiça Eleitoral como órgão do Poder Judiciário (art. 63, d). 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 de 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).²²⁷ (grifo do autor).

Na contramão da Constituição de 1934, com o advento do Estado Novo, a Constituição de 1937 (conhecida como a “Polaca”, devido a influência direta da Constituição polonesa), dentre outras medidas, extinguiu a Justiça Eleitoral, os partidos políticos e impôs um verdadeiro torniquete no que se refere à matéria afeta aos direitos políticos. O Estado Novo perduraria até 1945, oportunidade na qual sobreveio o Decreto-Lei nº 7586/45, que recriou a Justiça Eleitoral como órgão do Poder Judiciário nacional.

A Constituição de 1946 manteve a Justiça Eleitoral, dispondo sobre sua competência (arts. 108 a 121), assim como sobre o alistamento, inelegibilidades e direitos políticos (arts. 131 a 140). Atribuiu à União a competência privativa para legislar sobre Direito Eleitoral.²²⁸ A Constituição de 1946, importa frisar,

[...] ao contrário das outras, não foi elaborada com base em um projeto preordenado, que se oferecesse à discussão da Assembleia Constituinte. Serviu-se, para a sua formação, das Constituições de 1891 e 1934. Voltou-se, assim, às fontes formais do passado, que nem sempre estiveram conformes com a história real, o que constituiu o maior erro daquela Carta Magna, que nasceu de costas para o futuro, fitando saudosamente os regimes anteriores, que provaram mal. Talvez isso explique o fato de não ter conseguido realizar-se plenamente. Mas, assim mesmo, não deixou de cumprir sua tarefa de redemocratização, propiciando condições para o desenvolvimento do país durante os vinte anos em que o regeu.²²⁹

Com o golpe militar de 1964, toma o poder um comando militar “[...] que efetua prisões políticas de todos quantos seguiram o Presidente deposto (o gaúcho João Goulart) ou

²²⁷ CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**. Bauru: Edipro, 2008. p. 26.

²²⁸ CÂNDIDO, loc. cit.

²²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 86.

simplesmente com ele simpatizavam, ou com as ideias de esquerda, ou apenas protestavam contra o autoritarismo implantado”.²³⁰

Expediu-se, em 09 de abril de 1964, um AI “[...] mantendo a ordem constitucional vigente, mas impondo várias cassações de mandatos e suspensões de direitos políticos”.²³¹ Nova crise culminou com o AI 2, de 27.10.65, e outros atos complementares. Vieram ainda o AI 3 e 4. Este regulando o procedimento a ser obedecido pelo Congresso Nacional, para votar nova Constituição, cujo projeto o governo apresentou. A 24.1.67, fora ela promulgada, o que veio a resumir as alterações institucionais operadas na Constituição de 1946, que findava após sofrer vinte e uma emendas regularmente aprovadas pelo Congresso Nacional com base em seu art. 217, e o impacto de quatro atos institucionais e trinta e sete atos complementares, que tornara incompulsável o Direito Constitucional positivo.²³² Por sua vez, o AI 5, de 13.12.68, instalou o que poderíamos chamar de “golpe dentro do golpe”, rompendo com a “ordem constitucional” então vigente e autorizando o Presidente a fechar o Congresso, cassar mandatos e cassar e suspender (mais uma gama de) direitos políticos. O ato seguiu-se de diversos atos complementares, até a promulgação da EC n.º. 1 de 30.10.69 pelo triunvirato militar que sucedeu o então presidente Costa e Silva. Esta manteve a Justiça Eleitoral dentro dos órgãos do Poder Judiciário e dispôs sobre direitos políticos e partidos políticos (arts. 130 a 140 e 147 a 152), vigorando até 1985, com a convocação da Assembleia Nacional Constituinte através da EC n. 26, de 27.11.85.²³³

A atual Constituição regulou os direitos políticos (arts. 14 a 16) e dispôs sobre os Partidos Políticos (art. 17), mantendo a Justiça Eleitoral dentro do Poder Judiciário, como um dos seus órgãos (arts. 92, V e 118 a 121). Regulou amplamente a eleição para Presidente e Vice-Presidente da República, indicando as substituições e seu processo, nos casos de impedimento e vacância. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias contém vários artigos referentes ao Direito Eleitoral, mormente sobre plebiscito, mandatos e eleições (arts. 2º, 4º, 5º. etc.).²³⁴

A Constituição traz um capítulo sobre os direitos políticos, no sentido indicado acima, como conjunto de normas que regulam a atuação da soberania popular (arts. 14 a 16). Tais normas constituem o desdobramento do princípio democrático inscrito no art. 1º, parágrafo

²³⁰ Ibid., p. 87.

²³¹ Ibid., p. 86.

²³² Ibid., p. 88.

²³³ Ibid., p. 87.

²³⁴ CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**. Bauru: Edipro, 2008. p. 27.

único, quando diz que o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.²³⁵

Em seu artigo 1º, parágrafo único, aponta o povo como sendo a origem e a fonte do poder. Consagra-se, assim, diz o eminente jurista, “[...] o princípio da soberania popular, que se viabiliza, regular e especialmente, através do voto”.²³⁶ Por sua vez, este princípio basilar do Estado Democrático, à luz do arcabouço normativo posto, resta concretizado, na forma ativa, pelo sufrágio universal, pelo voto direto e secreto, plebiscito, referendo e iniciativa popular (CF, art. 1º, §único c/c art. 14, *caput*); e, na forma passiva, pelo direito de elegibilidade, ou seja, pelo direito de ser votado, de modo a possibilitar a ocupação dos Cargos Eletivos do país. Tal participação se dá, portanto, por meio do *exercício dos direitos políticos*.

Os Direitos Políticos, nesse desiderato, podem ser conceituados como *direitos fundamentais de participação política*, a serem materializados, *de forma ativa*, pelo direito de votar (sufrágio²³⁷) – e também pelos mecanismos de democracia direta, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, e de *maneira passiva*, pelo direito de ser votado (elegibilidade²³⁸). Trata-se, enfim, de um conjunto de mecanismos que preceituam as relações sócio-políticas de uma sociedade democrática.

Direitos políticos são direitos de participação dos cidadãos no governo, na administração e na justiça. Ou, simplesmente, direitos que facultam a participação dos cidadãos no poder do Estado. Participar significa tomar parte. Tal sentido do vocábulo, porém,

[...] não esclarece a essência dos direitos políticos, pois que não informa exatamente qual é a importância da vontade do titular do direito político para o funcionamento do Estado. A expressão participar só começa a dar conta do conteúdo dos direitos políticos se significar aquele processo em que cada pessoa dispõe do mesmo poder que as outras de determinar o resultado final das decisões. Em uma democracia, os direitos políticos se referem sempre ao poder igual atribuído aos membros de uma comunidade política de formar periodicamente a sua vontade coletiva e impô-la ao Estado, de tal modo que essa vontade seja indispensável para o funcionamento do Estado.²³⁹

²³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 329.

²³⁶ CÂNDIDO, op. cit., p. 80.

²³⁷ O direito de sufrágio compreende precipuamente o direito de escolha periódica dos representantes populares, algo que se perfectibilizará por intermédio do voto secreto.

²³⁸ O direito de elegibilidade compreende a prerrogativa de o cidadão buscar a ocupação de um Cargo eletivo pela via do processo eleitoral, desde que venha a cumprir as condições ou pressupostos de elegibilidade previamente estabelecidos e não incorra em causa de inelegibilidade inserta no ordenamento jurídico posto. Esta prerrogativa, enfim, compreende o direito de ser votado, o direito de ser eleito (*derecho a ser elegido*) como mandatário do povo.

²³⁹ SILVA, Daniela Romanelli da. Os direitos políticos no Estado democrático de direito. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 28., 2004, Caxambu. **Anais...** São Paulo: ANPOCS, 2004. Disponível em:

A ideia de democracia possui centros gravitacionais, como o império da Constituição, a soberania popular, a imposição de limites/controles aos poderes constituídos, o respeito aos direitos fundamentais, o reconhecimento e respeito às minorias etc. Se a vontade do povo é a base da autoridade e legitimidade do poder político democrático, esta vontade se expressará, primordialmente, mediante eleições autênticas que se realizarão periodicamente, assegurando-se o sufrágio universal, direto, livre, periódico e igual para todos, a ser exercido pelo voto secreto.

Os cidadãos, assim sendo, têm o direito de participar do governo de seu país, por meio de representantes livremente escolhidos, consolidando-se, dessa maneira, o modelo de democracia representativa característico do Estado Moderno. De mais a mais, os mesmos cidadãos possuem o direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas eletivas de seu país, ou seja, o direito de, em pé de igualdade, lançarem-se como candidatos, não só escolhendo os representantes, mas disputando também o voto dos seus pares.²⁴⁰ E é por intermédio (do pleno exercício) dos direitos políticos, definitivamente, que tudo isso se fará possível.

O regime representativo desenvolveu técnicas destinadas a efetivar a designação dos representantes do povo nos órgãos governamentais. A princípio, essas técnicas aplicavam-se empiricamente nas épocas em que o povo deveria proceder à escolha dos seus representantes. Aos poucos, porém, certos modos de proceder foram transformando-se em regras, que o direito positivo sancionara como normas de agir. Assim, o direito democrático de participação do povo no governo, por seus representantes, acaba exigindo a formação de um conjunto de normas legais permanentes, que receberá a denominação de *direitos políticos*.²⁴¹ Os direitos políticos, como *direitos fundamentais* que são, manifestam-se como frutos diretos de um salto civilizatório, cujo resguardo é, ao final e ao cabo, tarefa indissociável de um regime

<<https://www.anpocs.com/index.php/papers-28-encontro/st-5/st24-2/4083-dsilva-os-direitos/file>>. Acesso em: 9 out. 2018.

²⁴⁰ Não ignoramos, pois bem, que, notadamente nos dias de hoje, votar e ser votado não resumem as formas de participação política do povo nos temas de Estado ou, como muito bem diz Rodolfo Viana Pereira, “[...] todas as facetas da realização democrática”. “Por certo, os direitos ao voto e à candidatura não resumem todas as facetas da realização democrática. As teorias contemporâneas, com maior ou menor acento, postulam a complementaridade entre participação e representação, ademais de ressaltarem formas outras de inserção política para além do voto. Um conceito-chave, nesse contexto, é o de esfera pública, isto é, a realização política na democracia constitucional dá-se na esfera de formação pública e não coagida da opinião e vontade dos membros de uma comunidade política e democrática sobre a regulação dos assuntos públicos, o que inclui novas arenas (audiências públicas e orçamento participativo, p. ex.) e novos atores (terceiro setor, p. ex.)” PEREIRA, Rodolfo Viana. Condições de registrabilidade e condições implícitas de elegibilidade: esses obscuros objetos do desejo. In: SANTANO, Ana Cláudia; SALGADO, Eneida Desiree (Orgs.). **Direito Eleitoral: debates ibero-americanos**. Curitiba: Ithala, 2014. p. 280.

²⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 329.

democrático. Daí que os direitos políticos, vale reiterar, são condições de existência de um Estado democrático constitucional,

[...] visto que são os únicos direitos que permitem ao conjunto dos cidadãos não apenas o direito de falar, de manifestar a sua vontade, mas também o direito de ser ouvido, e de subordinar o funcionamento do Estado, à vontade de uma pluralidade de pessoas titulares desses direitos.²⁴²

Logo, importa questionar: *qual a natureza jurídica dos direitos políticos? E mais: qual a relação existente entre direitos políticos e democracia, no final das contas? Os direitos políticos são direitos fundamentais* e encontram total respaldo na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Convenção Interamericana de Direitos Humanos e na Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Democracia e direitos fundamentais se encontram em um *condicionamento recíproco*. Por sua vez, especificamente, os direitos políticos, como *direitos fundamentais de participação política* que são, representam verdadeiras *condições de possibilidade* para o regime democrático. Dito de outra forma, *não há democracia sem direitos políticos. E sem direitos políticos, igualmente, não haverá democracia.*

As ideias de “democracia representativa” e de “democracia constitucional”, nas quais se assentam os direitos políticos, compõe-se de requisitos basilares (Estado de Direito e império da Constituição, separação de poderes, soberania popular, limites constitucionais aos poderes constituídos, respeito às minorias, eleições livres, autênticas e periódicas, direitos fundamentais e sociais, etc.), que são essencialmente os mesmos na cultura do constitucionalismo pós-segunda guerra e, por oportuno, nos sistemas de proteção internacional.

Os direitos políticos, por sua feita, carregam em si dois aspectos demasiado acentuados: o direito ao exercício do poder político constituído e o direito a eleger quem deve exercê-lo. Daí que os direitos políticos são direitos fundamentais de importância salutar, fazendo possível o jogo democrático. Não há democracia sem eleições livres, autênticas e periódicas. No regime democrático o poder emana do povo, que o exerce principalmente de maneira indireta, através de representantes eleitos para tanto. Se a soberania política recai sobre o povo, há de haver meios para que essa supremacia popular reste materializada. E é nesse percurso que adentram os direitos políticos, como direitos fundamentais de participação política do povo, materializados, notadamente, pelo votar e ser votado. Trata-se, portanto, de condições de

²⁴² SILVA, Daniela Romanelli da. Os direitos políticos no Estado democrático de direito. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 28., 2004, Caxambu. *Anais...* São Paulo: ANPOCS, 2004. Disponível em: <<https://www.anpocs.com/index.php/papers-28-encontro/st-5/st24-2/4083-dsilva-os-direitos/file>>. Acesso em: 9 out. 2018.

existência da democracia. Assim sendo, registre-se: é salutar ter em conta que qualquer tentativa de menoscabo destes direitos (fundamentais), algo tão recorrente na história recente do Direito Constitucional e Eleitoral brasileiro, é atentar contra o próprio regime democrático.

Ocorre que no Brasil “[...] sempre buscamos uma boa razão para limitar o direito do cidadão de exercer o seu direito ao sufrágio (e de elegibilidade, digo eu). Por aqui, a raça, o sexo, ou a falta de dinheiro, já foram fatores que limitaram o exercício pleno da cidadania”.²⁴³ Contudo, já vão longe os tempos em que o negro, a mulher, ou o pobre não podiam exercer seus direitos políticos. Contemporaneamente, sufrágio geral, ou princípio da universalidade, ou da generalidade, em matéria eleitoral quer significar, em primeiro lugar, que o simples fato de o indivíduo *pertencer ao povo de um Estado* já lhe confere o direito de votar e ser votado, de eleger e ser eleito.²⁴⁴ Com eleições gerais, ou universais, quer-se dizer, pois, que o direito de votar compete a todos os cidadãos, excluindo-se, de regra, aqueles que não detenham a cidadania do país em que as eleições se verificam.²⁴⁵

Nada obstante, sustentados num forte apelo midiático contra a política, não são poucos os que festejam qualquer espécie de inovação legislativa tendente a restringir o número de candidatos. Como não se pode restringir o direito político de ser candidato sem comprometer o direito político de votar, aqueles que tomam a sério o direito fundamental de participação política do cidadão, facilmente, compreenderão que, ainda que uma ou outra restrição se mostre necessária, ela apenas se justificará em situações e diante de motivos de considerável relevância constitucional.²⁴⁶ Em resumo qualquer restrição ao sufrágio, seja no que diga respeito à capacidade política ativa, seja no que respeite à capacidade política passiva, deve submeter-se ao que a teoria constitucional, contemporaneamente, designa como “limites dos limites”, entre os quais sobressaem o princípio da proporcionalidade e a garantia do conteúdo essencial do direito fundamental. No caso do sufrágio, tenho séria e honesta dúvida se a legislação do chamado “fichalimpismo” no Brasil alcançou respeitar esses limites.²⁴⁷

Com efeito, é demasiado temerário que, cada vez mais, movimentos repressivistas coloquem a crista em evidência objetivando, a todo o momento, imporem restrições ao

²⁴³ GUEDES, Néviton. O poder de limitar a cidadania também encontra limites. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-16/constituicao-poder-poder-limitar-cidadania-tambem-encontra-limites>>. Acesso em: 10 out. 2018.

²⁴⁴ Ibid.

²⁴⁵ DEGENHART apud Ibid.

²⁴⁶ GUEDES, Néviton. O poder de limitar a cidadania também encontra limites. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-16/constituicao-poder-poder-limitar-cidadania-tambem-encontra-limites>>. Acesso em: 10 out. 2018.

²⁴⁷ Ibid.

exercício destas prerrogativas genuinamente democráticas, tudo com base em discursos demagógicos, populistas e/ou moralistas ou de moralidade (subjéctiva, evidentemente).

Nos termos das lições de Marcelo Peregrino, a recente história do Direito Eleitoral tem sido “[...] a história do amesquinamento dos direitos políticos”.²⁴⁸ Segundo o autor, a pretexto de dar “pureza ao sistema político, de combater a corrupção,

[...] está-se diante de um ‘direito eleitoral do inimigo’, sendo força populista tanto quanto equivocada, em paralelo ao movimento da Lei e da Ordem de recrudescimento do direito penal e da persecução penal, com retrocessos na efetividade dos direitos e garantias individuais, cujos marcos mais assustadores estão na relativização da presunção de inocência e na diminuição da imputabilidade penal. Esse movimento, se por um lado é inútil no incremento da qualidade da política ou da diminuição da corrupção, por outro pode causar abalos sistêmicos no regime democrático brasileiro.²⁴⁹

Também, nesse campo, não há como ignorar a crescente investida da Justiça Eleitoral contra registros de candidatura, diplomas e mandatos eletivos, considerado o gigantesco número de cassações impostas, as quais, não raramente, advém de uma vontade de poder que ignora, primeiramente, que qualquer investida descriteriosa desta estirpe afasta da cena política o protagonismo do eleitorado e, em segundo lugar, vai de encontro, sem dúvidas, à soberania do povo, relegando-a, ao fim e ao cabo, ao alvedrio dos Tribunais.

Na dicção de Néviton Guedes “[...] vivemos tempos bastante interessantes” (ênfase na ironia).²⁵⁰ Segundo o autor quanto mais o voto popular é exaltado por todos – imprensa, tribunais, intelectualidade e grupos de interesses – “[...] mais vão lhe subtraindo a substância. Não se cuida de um juízo de valor, mas de mera constatação de fato. Já não ousa criticar, apenas testemunho”.²⁵¹ Aliás, diz Guedes, “[...] em tempos do ‘politicamente correto’, a simples constatação de um fato pode revelar-se extremamente perigosa”.²⁵² Nesse temerário quadro, vale sempre “[...] a lembrança – hoje já bem diluída entre nós – da importância e natureza dos direitos políticos dos cidadãos e dos seus representantes – o que, no actual contexto, tenho que admitir, pode parecer impertinente”.²⁵³

²⁴⁸ FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. O direito eleitoral do inimigo. **Empório do Direito**, Florianópolis, 11 abr. 2015b. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/direito-eleitoral-do-inimigo>>. Acesso em: 10 out. 2018.

²⁴⁹ Ibid.

²⁵⁰ GUEDES, Néviton. **Para que servem os direitos políticos de participação?** [S.l.], 18 maio 2013. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/para-que-servem-os-direitos-politicos-de-participacao>>. Acesso em: 10 out. 2018. Blog: Os Constitucionalistas: um blog para pensar, desconstruir e revolucionar o Direito Constitucional.

²⁵¹ Ibid.

²⁵² Ibid.

²⁵³ Ibid.

Ocorre que os Direitos Políticos são direitos fundamentais de importância salutar para a democracia. Gostem ou não, trata-se de prerrogativas que não podem ser sacrificadas. Limitadas sim, mas em situações demasiado excepcionais e legitimadas pelo todo da principiologia constitucional. Não se pode, porém, tomar-lhes de assalto, seja na esfera ativa, seja na esfera passiva, por meio de acríticas e descriteriosas manipulações discursivas calcadas em nuances demagógicas e, por vezes, populistas, e por álibis retóricos assentados em moralismos irracionais que ignoram que o cerceio da participação política não contribui em nada para a consolidação do ideário democrático, pelo contrário, podendo alcançar, inclusive, o extremo de infantilizar/alienar a sociedade, impondo um grave retrocesso ao curso de evolução democrática brasileira.²⁵⁴

Segundo Jorge Miranda, a eleição política é uma força de seleção, ou seja, uma atividade pluripessoal, que envolve também destinatários plurais e a possibilidade de opção entre os eleitores. Dito de outro modo, as eleições representariam um “[...] ato coletivo, no âmbito do qual há a soma de vontades direcionadas num mesmo sentido para a produção de um efeito de direito, ou seja, a designação dos governantes”.²⁵⁵ Não há democracia sem eleições livres, autênticas e periódicas. No regime democrático o poder emana do povo, que o exerce principalmente de maneira indireta, através de representantes eleitos para tanto. Se a soberania política recai sobre o povo, há de haver meios para que essa supremacia popular reste materializada. E é nesse percurso que adentram os direitos políticos, como direitos fundamentais de participação política do povo, materializados, notadamente, pelo votar e ser votado. Consequentemente, *os direitos políticos são condições de possibilidade para a democracia.*

²⁵⁴ São hipóteses de limitação global dos direitos políticos a perda e a suspensão dos direitos políticos, vedada à cassação (CF, art. 15), além, pensamos, do cancelamento (ainda que temporário) do alistamento eleitoral (artigo 71 e seguintes do Código Eleitoral). E, pode-se dizer, hipóteses de limitações parciais dos direitos políticos (restrições à capacidade eleitoral passiva) a ausência de cumprimento das condições de elegibilidade (CF, art. 14, §3º) e a incidência em causas de inelegibilidade. De maneira geral, por seu turno, as causas de inelegibilidade poderiam ser classificadas como próprias, tais e quais aquelas provenientes de fatos jurídicos desabonadores (LC 64/90, art. 1º, inc. I, alínea ‘b’ e seguintes); e impróprias, quando não dependem de fatos jurídicos tidos como ilícitos pela legislação posta, mas sim em decorrência de reeleição (CF, art. 14, §5º) parentesco (CF, art. 14, §7º), inalistabilidade (CF, art. 14º, §§ 1º e 2º c/c LC 64/90, art. 1º, inc. I, ‘a’), analfabetismo (LC 64/90, art. 1º, inc. I, ‘a’), ausência de desincompatibilização (LC 64/90, art. 1º, II, e seguintes) ou não cumprimento das condições de elegibilidade taxativamente previstas no artigo 14, §3º, da CF, quais sejam, nacionalidade brasileira, pleno exercício dos direitos políticos, alistamento eleitoral, o domicílio eleitoral na circunscrição do pleito e a filiação partidária, além da idade mínima para os respectivos cargos (35 anos para Presidente, Vice-Presidente e Senador, 30 anos para Governador e Vice-Governador, 21 anos para Deputados, Prefeito e Vice-Prefeito e Juiz de Paz e 18 anos para Vereador).

²⁵⁵ MIRANDA, Jorge. **Direito Constitucional III**. Direito Eleitoral. Direito Parlamentar. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2003. p. 38.

3.5 Democracia representativa, soberania popular e Justiça Eleitoral: desnudando um aparente antagonismo – qual o cerne da questão, o decidir ou o como decidir?

Qual o papel do Judiciário Eleitoral, uma vez imerso em uma democracia – como a brasileira? Afinal, como compreender a atuação do Poder Judiciário Eleitoral “[...] a partir de uma concepção de constitucionalismo que tem como elemento base um aprofundamento democrático cada vez maior?”.²⁵⁶

O resultado das eleições é uma das principais manifestações da soberania popular. É um evento único na democracia, em que o poder do povo transparece no resultado de uma disputa eleitoral para a escolha dos próximos governantes. É essa soberania que os legitima a tomarem a frente do povo, representando-o.²⁵⁷

Mesmo assim, conforme o oportuno alerta de Fernando de Castro Faria, cada vez mais a Justiça Eleitoral tem sido chamada a se manifestar sobre as condutas praticadas por determinados candidatos a mandatos eletivos, “[...] muitas delas voltadas à captação ilícita de sufrágio, de forma direta ou indireta (estas expressadas em abusos de poder político ou econômico)”.²⁵⁸

A Constituição da República promete que o Poder pertence ao Povo e que este o exerce diretamente, porém mais amiúde, por meio de representantes eleitos. É o bastante para que se perceba a grave importância da escolha dos mandatários. E, como tudo que se faz no Estado de Direito, essa escolha não é aleatória, nem arbitrária, nem informal. Ela segue padrões pré-determinados que, levados à última potência – provavelmente demasiada e imprópria, mas praticamente sensível –, legitimam a própria escolha: os Sistemas Eleitorais.²⁵⁹

A mudança do papel da Justiça Eleitoral também foi observada pelo ex-ministro do TSE, Sálvio de Figueiredo Teixeira, que descreveu diversos avanços ocorridos nos últimos anos, entre eles a introdução do art. 41-A na Lei n. 9.504/1997 com a consequente jurisprudência formada no TSE, que deu firme aplicação à regra ao cassar mandatos. Asseverou, ainda, que:

²⁵⁶ TASSINARI, Clarissa. A atuação do Judiciário em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 32, jul./dez. 2012.

²⁵⁷ SILVA, Rodrigo Moreira da. A soberania popular e o resultado das eleições. **Revista Eletrônica da EJE**, Brasília, ano 5, n. 1, ago./set. 2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-1-ano-5/ilegitimidade-do-comite-financeiro-para-interpor-recurso-eleitoral>>. Acesso em: 10 out. 2018.

²⁵⁸ FARIA, Fernando de Castro. O Estado Democrático de Direito e a decisão judicial eleitoral que impõe a perda do mandato eletivo. **Resenha Eleitoral**, Florianópolis, v. 18, 2010. Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/edicoes-impressas/integra/2012/06/o-estado-democratico-de-direito-e-a-decisao-judicial-eleitoral-que-impoe-a-perda-do-mandato-eletivo>>. Acesso em: 9 out. 2018.

²⁵⁹ Ibid.

“De outro lado, vários exemplos estão a sinalizar a mudança de orientação do TSE, hoje com uma visão indubitavelmente mais ativista, efetiva e eficaz”.²⁶⁰

De fato, conforme o alerta de Faria, “[...] a mudança é visível nos tempos atuais, basta lembrar que o TSE, em 2009, cassou o mandato de alguns governadores de Estado, o que havia ocorrido anteriormente, em 2001, com o então governador do Piauí”.²⁶¹ Já em 2017 houve a cassação, pelo TSE, do governador e da vice-governadora do Amazonas, eleitos em 2014. E em 2018 o TSE chancelou a cassação do governador e da vice-governadora do Tocantins, também eleitos em 2014.

Sobre o tema, como assevera Ruy Samuel Espíndola, cassar um registro, um diploma, um mandato, “[...] é cassar o conjunto de vontades que convergiram para que pudéssemos falar em vontade popular, em soberania popular [...]”.²⁶² Trata-se, portanto, de um ato gravíssimo. A esse respeito, há vários estudos contemporâneos questionando essa interferência da Justiça Eleitoral no resultado das urnas – o que também propomos aqui, mas por outra via.²⁶³ Dessa maneira, indaga-se: *há antagonismo entre a democracia e a Justiça Eleitoral? Seria a Justiça Eleitoral uma instituição antidemocrática?*

Não há antagonismo entre a Justiça Eleitoral e a Democracia, *ao menos não aprioristicamente*. Na esteira do escólio de Clarissa Tassinari, não se busca, com esta afirmação,

[...] resgatar a contradição (ou a oposição) há algum tempo colocada e incitada entre democracia e Judiciário, mas provocar a reflexão sobre como entender a já reconhecida e legítima intervenção judiciária no interior de uma democracia substancial sem que haja prejuízos – em outras palavras, significa discutir limites à intervenção do Judiciário.²⁶⁴

Impende referir, assim, que a Justiça Eleitoral ou, por que não, a jurisdição eleitoral, por si, não é incompatível com esse sistema. Ou seja: *a democracia e a Justiça Eleitoral não são*

²⁶⁰ Ibid.

²⁶¹ Ibid.

²⁶² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Justiça Eleitoral contramajoritária e soberania popular: a democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica. **Revista Ballot**, Rio de Janeiro, v. 1 n. 1, p. 275, maio/ago. 2015.

²⁶³ Cite-se, p. ex., a rica dissertação de mestrado de Margarete Coelho, defendida perante a Unisinos sob o título “A democracia na Encruzilhada”, *verbis*: “[...]. 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.” (grifo nosso). COELHO, Margarete de Castro. **A democracia na encruzilhada**: reflexões acerca da legitimidade democrática da justiça eleitoral brasileira para a cassação de mandatos eletivos. 2014. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Mestrado Interinstitucional-Minter UNISINOS/FACID, São Leopoldo, RS, Teresina, PI, 2014. p. 140.

²⁶⁴ TASSINARI, Clarissa. A atuação do Judiciário em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 32, jul./dez. 2012.

antagônicas, sobretudo, por oportuno, se a atividade desta estiver estritamente alinhada aos preceitos basilares daquela.

A Justiça Eleitoral, em linhas gerais, tem por função constitucional organizar, gerir e fiscalizar o processo eleitoral, e tal função, vale dizer, é tão importante quanto ter em mente que não há democracia sem eleições. Noutras palavras, tão relevante quanto termos eleições livres e periódicas, é que tais escrutínios transcorram com a normalidade, a lisura e a legitimidade que se requer de um pleito eleitoral realmente democrático, de modo a compatibilizar, verdadeiramente, a manifestação popular desencadeada neste processo com o resultado colhido nas urnas.

Entretanto, a Justiça Eleitoral tem sido chamada cada vez mais a se manifestar sobre:

[...] as condutas praticadas por determinados candidatos a mandatos eletivos, muitas delas voltadas à captação ilícita de sufrágio, de forma direta ou indireta (estas expressadas em abusos de poder político ou econômico). Além disso, há, também, em número significativo, as impugnações aos pedidos de registro de candidatura. Tais fatos têm resultado em inúmeras cassações de registros (diplomas) e mandatos, tanto de vereadores, como de prefeitos e até de governadores. Em muitos casos, o eleito havia conquistado ampla maioria de votos, conferindo-lhe, em princípio, grande legitimidade popular.²⁶⁵

Diante desse cenário, de onde desponta a marcante *juridicização* dos processos eleitorais hodiernos, cumpre-nos (re)discutir o papel da Justiça Eleitoral brasileira, dando enfoque primordial à questão envolta ao conteúdo das respectivas decisões, de modo a compatibilizá-las ao (novo) modelo advindo do Estado Democrático de Direito, a partir do qual ocorreu “[...] certo deslocamento do centro das decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional”.²⁶⁶

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

²⁶⁵ FARIA, Fernando de Castro. O Estado Democrático de Direito e a decisão judicial eleitoral que impõe a perda do mandato eletivo. **Resenha Eleitoral**, Florianópolis, v. 18, 2010. Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/edicoes-impressas/integra/2012/06/o-estado-democratico-de-direito-e-a-decisao-judicial-eleitoral-que-impoe-a-perda-do-mandato-eletivo>>. Acesso em: 9 out. 2018.

²⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c. p. 64.

Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.²⁶⁷ Isso, enfim, a toda evidência, na dicção de Streck:

[...] exigirá um rigoroso controle das decisões judiciais e dos julgadores. Afinal, se é inexorável que alguém tenha que decidir e se é inexorável o crescimento das demandas por direitos (fundamentais-sociais, principalmente) e com isso aumente o poder da justiça constitucional, parece evidente que isso não pode vir a comprometer um dos pilares sustentadores do paradigma Constitucionalista: a democracia.²⁶⁸

A Justiça Eleitoral, por seu turno, a partir do momento em que se encontra imersa nesse paradigma, porquanto disciplinada (e legitimada) pela Constituição de 1988, não escapa e não poderá escapar desse controle, ainda mais ao considerarmos a grande juridicização dos processos eleitorais dos tempos de hoje. Por isso, uma teoria da decisão é importante para nos assegurar dos *limites desse espaço* não alcançado pelo Judiciário; um espaço democraticamente garantido, para que nossa democracia não se transforme em uma juristocracia.²⁶⁹

No que tange à seara político-eleitoral, esse espaço é, pois, a vontade popular e o protagonismo do povo no processo de sufrágio dos mandatários políticos, que, a despeito do fenômeno da judicialização das eleições, não pode (ria) restar a mercê de posturas apegadas a uma espécie de aposta (acrítica) no ativismo ou no protagonismo judicial. Necessário, portanto, preservar a Constituição e a democracia, sendo que o poder emana do povo e ao povo incumbe a escolha dos seus representantes. Vivemos, pois bem, sob o pálio de um Estado Democrático de Direito (1988) e não em um Estado *Juristocrático* de Direito.

Cada vez mais se torna necessário discutir as condições de possibilidade da validade do direito em um contexto em que os discursos predatórios dessa validade, advindos do campo da política, da economia e da moral, buscam fragilizá-la.²⁷⁰ Nesse sentido, tal e qual a doutrina de Lenio Streck, “[...] o direito deve ser preservado naquilo que é a sua principal conquista a partir do segundo pós-guerra: o seu elevado grau de autonomia”.²⁷¹

Com efeito, o direito constitucional brasileiro contemporâneo traz como uma das suas principais características a relevância atribuída ao Poder Judiciário. Cada vez mais, questões que anteriormente eram demandas políticas transformam-se em contendas judiciais,

²⁶⁷ Ibid., p. 65.

²⁶⁸ STRECK, loc. cit.

²⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c. p. 67.

²⁷⁰ Id. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasiliis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 4, jul./dez. 2011a.

²⁷¹ Ibid., p. 4-5.

consolidando o fenômeno que ficou conhecido como judicialização da política. Na medida em que aumenta a interferência judicial, maior também deveria ser o comprometimento de juízes e tribunais em respeitar a tradição jurídica (legislação, Constituições e entendimentos jurisprudenciais anteriores) que, ao longo dos anos, possibilitou conquistas importantes.²⁷²

Leva-se em conta aqui que *o poder emana do povo*, que o exerce indiretamente por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos da Constituição (CF, art. 1º, §único). Na democracia a soberania recai sobre povo, sendo que, desta premissa, não podemos nos furtar. A ideia de que o poder emana do povo e em seu nome deverá ser exercido, é, por seu turno, atributo indissociável de um regime democrático. Isto, por sua vez, nos faz compreender que a soberania popular pode ser concebida como a *soberania política do povo*. E que, ademais, não há regime democrático que não sufrague tal pregação.

Nas modernas democracias, conseqüentemente, esta noção de soberania se perfaz, precipuamente, por meio das eleições. O artigo 14 da CF é muito claro no sentido de que a cidadania (soberania popular) será exercida por meio do sufrágio universal e do voto direito, secreto e igual para todos. Dela, por sua vez, serão constituídas as autoridades político-eletivas da Nação que, em contrapartida, uma vez que legitimadas pelo povo, deverão para ele governar, representando-o. Parece-nos, portanto, que, tão importante quanto ter essa visão, é garantir a liberdade e a autenticidade da manifestação popular, desencadeada por meio do processo eleitoral.

Nesse caminho, vale dizer, a Justiça Eleitoral tem grande relevância, tudo ao organizar, fiscalizar e gerir o processo e ao deslindar os feitos que lhe são submetidos, de modo a zelar para que ele transcorra com a normalidade, com a lisura e com a legitimidade que um processo eleitoral realmente democrático requer.

Ocorre, no entanto, que nos últimos tempos pôde-se verificar um fenômeno através do qual as eleições vêm sendo sistemicamente decididas nos Tribunais, configurando, pois, aquilo que parte da doutrina convencionou chamar de “terceiro turno eleitoral”.²⁷³ Nesse ínterim, surge, então, a nossa preocupação com a atuação hodierna da Justiça Eleitoral que, se de um lado, tem por missão zelar pelo transcurso de um processo eleitoral livre, autêntico e genuinamente democrático, de outro, não pode exercer uma postura ativista a ponto de interferir

²⁷² TASSINARI, Clarissa. A atuação do Judiciário em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 33, jul./dez. 2012.

²⁷³ COSTA, Adriano Soares da. **Democracia, judicialização das eleições e terceiro turno**. [S.l.], 20 fev. 2009. Disponível em: <<http://adrianosoaresdacosta.blogspot.com.br/2009/02/democracia-judicializacao-das-eleicoes.html>>. Acesso em: 9 out. 2018. Blog: Direito Eleitoral.

no processo de escolha dos mandatários do povo, tomando, para si, um protagonismo que por força constitucional não lhe assiste.

É inegável que, a partir da redemocratização do país, houve uma profunda reforma do arcabouço normativo e a evolução da regulamentação legal sobre o processo eleitoral, principalmente a partir da tipificação de vários ilícitos eleitorais (como abuso de poder, condutas vedadas, captação ilícita de sufrágio e arrecadação e gastos ilícitos de recursos, propaganda eleitoral irregular etc.). Este fator, atrelado ao aumento dos partidos políticos e, conseqüentemente, dos candidatos, fez com que a atuação da Justiça Eleitoral também se intensificasse. Os próprios movimentos contemporâneos em prol da moralização da política cada vez mais têm dado azo à criação de leis ou torniquetes legais, cujas matérias, evidentemente, acabam por desaguar no Judiciário.

Ademais, há no Brasil (e no Mundo) uma série de discussões bastante atuais acerca da temática do ativismo ou protagonismo judicial, do controle das decisões judiciais, da teoria da decisão etc. Nesse prisma, por mais paradoxal que possa parecer, ao menos superficialmente, pode-se dizer que o Direito Eleitoral e, frise-se, a jurisdição eleitoral, carece de um robusto ideário democrático. Isto, por sua vez, poderia restar verificado em situações cuja aposta no protagonismo/decisionismo/discricionariedade judicial é demasiado marcante.

Atrelado a isso, poderíamos citar também os incessantes discursos calcados numa espécie de cruzada pela moralização da política, que, por consequência, dão azo a posturas apegadas a uma espécie de pragmatismo, pois que calcadas em pretensos clamores sociais e assentadas à margem da ordem constitucional. O grande relevo da questão, conseqüentemente, reside no fato de que não podemos, em pleno século XXI, e na era do constitucionalismo democrático, conviver com decisórios apegados a acrílicos e descriteriosos argumentos tão recorrentes no exercício da judicatura eleitoral, como: (I) verdade real²⁷⁴; (II) livre convencimento (motivado ou não, não importa)²⁷⁵; (III) livre apreciação da prova²⁷⁶; (IV) ritos

²⁷⁴ “[...]. **O princípio do livre convencimento autoriza o juiz a dispensar a prova que não se demonstre necessária para a aferição da verdade real.** 10. Agravos regimentais desprovidos.” (grifo nosso). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 1622602. Relator: Ministro Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. Brasília, DF, 1 de dezembro de 2011. **DJE**, Brasília, DF, v. 29, p. 43, 9 fev. 2012a.

²⁷⁵ “[...] 3. O sistema processual brasileiro está calcado no princípio do **livre convencimento motivado** (art. 131 do CPC), de sorte que é lícito ao magistrado ponderar sobre a qualidade e força probante das provas produzidas, desde que o faça motivadamente. [...]” (grifo nosso). BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Agrado de Instrumento nº 75824**. Relator: Ministro Marcelo Ribeiro. Brasília, DF, 8 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudInteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=75824&processoClasse=AI&decisaoData=20110208&decisaoNumero=>>>. Acesso em: 18 out. 2018.

²⁷⁶ “[...]. Nos termos da jurisprudência mais recente desta Corte, a inelegibilidade que surge após o pedido de registro de candidatura pode ser apreciada nas instâncias ordinárias, desde que garantidos o contraditório e a

processuais (que são garantias contra o (ab)uso de poder) massacrados a partir de posturas voluntaristas²⁷⁷; (IV) provas colhidas e acolhidas ao arrepio do contraditório²⁷⁸; (V) direitos fundamentais submetidos a argumentos vagos e meramente retóricos como o “interesse público” ou o “bem comum”²⁷⁹; (VI) decisões judiciais carecedoras de fundamentação idônea e, por certo, desprovidas de um agir constitucional; (VII) tentativas de subordinação do direito (ou da sua autonomia) a argumentos de moral ou de política; (VIII) a moral subjetiva como predadora ou adjudicadora do direito; (IX) provas ilícitas acolhidas com lastro em argumentos discricionários e abstratos e, como tais, facilmente manipuláveis, como o já mencionado “interesse público” (*sic*), mesmo que a Constituição impeça que qualquer indivíduo seja investigado, denunciado, processado e condenado com base em elementos probatórios obtidos por meios ilícitos²⁸⁰; (X) a marcante figura do juiz-ator ou juiz-inquisidor²⁸¹; (XI) o *panprincipiologismo* (Streck); (XII) o instrumentalismo ou, até mesmo, o inquisitivismo; (XIII)

ampla defesa, não havendo falar em colisão com o disposto no art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/97, tendo em vista o disposto no art. 7º, parágrafo único, da LC nº 64/90, segundo o qual, ‘o Juiz, ou Tribunal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento’.” Id. Recurso Ordinário nº 15429. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. Brasília, DF, 26 de agosto de 2014. **RJTSE**, Brasília, DF, v. 25, n. 3, p. 556, 26 ago. 2014f.

²⁷⁷ “[...]. Alegação de cerceamento de defesa. Juntada intempestiva do rol de testemunhas. A nulidade relativa à não juntada do rol de testemunhas no momento do oferecimento da inicial de ação de investigação judicial eleitoral ou no da apresentação da defesa é meramente relativa e está sujeita à preclusão. Precedente. [...]” Id. Recurso Especial Eleitoral nº 38332. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. Brasília, DF, 26 de maio de 2015. **DJE**, Brasília, DF, v. 120, p. 248-249, 26 jun. 2015b.

²⁷⁸ Vide gravações ambientais clandestinas, produzidas mediante engodo para que, após, terceiro que não o interlocutor as utilize em juízo como elemento acusatório.

²⁷⁹ Basta rememorar o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 29 e 30, que trataram da (in)constitucionalidade da “Lei da Ficha Limpa”.

²⁸⁰ Por exemplo, foi a decisão do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia nos autos do Recurso Eleitoral nº. 13653-50: “[...] mesmo que prova tivesse sido obtida por meio pouco recomendável, de qualquer sorte deve ser imperiosamente valorada por conta da **natureza dos interesses defendidos**, com a aplicação do **princípio da proporcionalidade, invocado para salvaguardar valores maiores**, in casu, a **supremacia do interesse público**. Trilhando nesse entendimento, gizo o fato de que nos sistemas jurídicos em geral, **os valores por eles protegidos encontram-se escalonados conforme o grau de importância atribuído pela sociedade**. Assim, a materialização dos **valores** e direitos que se mostram **mais importantes**, em casos específicos, pode-se dar através da aceitabilidade processual de provas colhidas, mesmo que logradas mediante meios não previstos em lei. Nessa esteira de intelecção, a incidência da **Teoria da proporcionalidade amaina a vedação ao uso da prova obtida por meio impróprio para admiti-la excepcionalmente em casos de extrema gravidade, dando abrigo, destarte, a outros valores fundamentais, considerados mais urgentes na concreta avaliação do caso**. Nesse passo, a proibição da prova adquirida por meio distinto daquele corriqueiramente admitido, não se afigura absoluta, **podendo ceder quando em conflito com outro direito fundamental, de maior peso**, isso em decorrência da isenção ao respeito que se deve a outras garantias de igual ou superior relevância, como ocorre na vertente, pois aqui os bens jurídicos tutelados, quais sejam, o Estado Democrático de Direito, a soberania popular, **a lisura e transparência das eleições** suplantam – e muito – o bem jurídico hipoteticamente violado: a privacidade da empresa pertencente ao acionado. [...]”. (grifo nosso). BAHIA. Tribunal Regional Eleitoral. **Recurso Eleitoral nº. 13653-50**. Salvador, 24 de maio de 2011.

²⁸¹ “ELEIÇÕES 2008. Agravo regimental no recurso especial. Registro de candidatura ao cargo de vereador. Preliminar. Cerceamento de defesa. Ausência. Prejuízo não demonstrado (art. 219 do Código Eleitoral). **Produção de prova pelo Juízo Eleitoral. Possibilidade**. Matéria de ordem pública. Precedentes. [...]” (grifo nosso). BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 34097**. Relator: Ministro Joaquim Benedito Barbosa Gomes. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2008.

o apego a mitos interpretativos desconectados do paradigma do Estado Democrático de Direito, como os tais fatos públicos e notórios (a quem?), a analogia (a quê) e os princípios gerais de direito (e os princípios constitucionais, como ficam?); (XIV) a aposta em indícios e presunções (?) como elementos hábeis à desconstituir um registro de candidatura, um diploma ou até mesmo um mandato eletivo²⁸²⁻²⁸³; (XV) inversão do ônus da prova²⁸⁴; (XVI) a sustentação de construções voluntaristas-axiologistas como a tese que princípios são valores, que dá azo à malsinada ponderação (sic) de valores (sic); (XVII) interpretações teleológicas ou finalísticas; e aquelas outras pregações que acabam por descambar numa cena na qual impera o apego ao protagonismo/decisionismo/solipsismo judicial eleitoral, para citar estas, apenas. Qual a razão dessas posturas? O que as sustenta? Por que isso é tão presente? E por que não se trata de uma atitude a ser desencadeada no campo democrático?

Por outro lado, é de bom alvitre citar que a própria doutrina especializada não vem se ajudando muito.²⁸⁵ Por exemplo, Djalma Pinto sustenta que: "Os valores éticos devem pautar o comportamento também daqueles que se propõem a disputar mandato. Afinal, tornar-se-ão, após eleitos, agentes do poder estatal"²⁸⁶. Com isso, o autor defende, mesmo hoje, e em plena democracia de direito, que caberia ao Poder Judiciário Eleitoral desempenhar este "crivo de moralidade", de modo a afastar da disputa eleitoral candidatos não condizentes com tais "valores" (sic) de moral(idade). Edson Resende de Castro defende postura similar, para quem "[...] inevitável concluir, a partir de uma construção sistêmica do raciocínio constitucional, que

²⁸² LC 64/90, art. 23: "O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral." 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: 10 out. 2018.

²⁸³ "[...] 3. **A circunstância de a compra de voto ter sido confirmada por uma única testemunha não retira a credibilidade, nem a validade da prova, que deve ser aferida pelo julgador.** Precedentes. 4. A convicção do julgador quanto à anuência do candidato ao ilícito do art. 41-A da Lei das Eleições será formada não apenas relevando a prova produzida, **mas fatos públicos e notórios, bem como indícios e presunções.** Precedente. 5. Agravo regimental a que se nega provimento". (grifo nosso). BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 399403104. Relator: Ministro José Antônio Dias Toffoli. Brasília, DF, 14 de novembro de 2013. **DJE**, Brasília, DF, v. 31, p. 98-99, 13 fev. 2014b.

²⁸⁴ "[...] De acordo com o art. 333, I, do CPC, o ônus da prova incumbe a quem alega o fato. Na hipótese dos autos, **o Tribunal de origem inverteu indevidamente o onus probandi ao considerar que os representados não lograram êxito em apresentar provas de que não captaram votos de maneira ilícita.** 4. Agravo regimental não provido." (grifo nosso). Id. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 958152967. Relator: Ministra Fátima Nancy Andrighi. Brasília, DF, 6 de março de 2012. **DJE**, Brasília, DF, v. 66, p. 20, 10 abr. 2012b.

²⁸⁵ Há exceções, evidentemente. Cite-se, por oportuno, autores como Rodolfo Viana Pereira, Adriano Soares da Costa, Ruy Samuel Espíndola, Roberta Leal, Marcelo Peregrino, Walber Agra e, dentre outros, Margarete Coelho e Alexandre de Castro Nogueira, estes últimos provenientes dos bancos desta Pós-Graduação.

²⁸⁶ PINTO JÚNIOR, Nilo Ferreira. **Direito Eleitoral e moralidade**: a vida pregressa do candidato como condição autônoma de elegibilidade. Curitiba: Juruá, 2014. p. 58.

tais valores/princípios (moralidade e probidade) são também, e com mais razão, condições – ou pressupostos – de acesso ao mandato eletivo”.²⁸⁷ Diante disso, a defesa é de que o Judiciário deveria controlar tais “pressupostos”, impondo, por consequência inevitável, a sua visão (subjetiva) de moral e probidade para o fito de vedar o trâmite de candidaturas ou até mesmo a diplomação ou posse de candidatos já eleitos. Já Nilo Ferreira Pinto Júnior²⁸⁸, à luz do “princípio” (?) da moralidade eleitoral, chega ao extremo de sustentar que a “moralidade” e a “vida pregressa” deveriam representar uma “condição de elegibilidade autônoma implícita” (?). Para o autor, ao tratar-se da moralidade e a vida pregressa do candidato “como uma condição autônoma de elegibilidade implícita, conforme dito alhures, há uma imersão no campo da axiologia e da ética”. Segundo este:

A moralidade em ética indica sempre uma virtude com a qual se deve enfrentar as grandes realizações e valores da nossa vida. Outrossim, o valor, seja pessoal, ou não, exprime uma qualidade pela qual se identifica com a dignidade, portanto, merecedora de estima e de respeito.²⁸⁹

Assim, mediante um juízo de “ponderação de valores”, o escritor sustenta que caberia ao Poder Judiciário, como se este representasse o guardião da moral nacional, cotejar (ponderar) o direito de elegibilidade frente ao (dito) princípio da moralidade eleitoral, de modo a indeferir registros de candidatura de potenciais candidatos que, na visão do órgão judicante, viessem a estar em desalinho para com este “valor” de “moralidade”. Para finalizar, o que dizer, então, da tese defendida por Dias, segundo a qual:

Tanto como dever-se-ia negar ao alcoólatra a CNH diante da nova lei seca, deve-se negar o registro de candidatura àquele que não preenche a condição implícita de moralidade diante a nova era pós-positivista das ciências jurídicas e o panorama aviltante da política nacional e seus reflexos na sociedade, institucionalizando a ‘malandragem’ e o ‘jeitinho’ e acabando por fazer do Brasil um campo de batalha ainda mais sangrento e sem tréguas que grande parte dos países que vivem em guerra declarada.²⁹⁰

²⁸⁷ CASTRO, Edson de Rezende. A vida pregressa como impedimento constitucional à candidatura. **Revista Jurídica UNIARAXÁ**, Araxá, v. 13, n. 12, p. 87, 2009.

²⁸⁸ PINTO JÚNIOR, Nilo Ferreira. **Direito Eleitoral e moralidade**: a vida pregressa do candidato como condição autônoma de elegibilidade. Curitiba: Juruá, 2014. p. 108.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 112.

²⁹⁰ DIAS, 2011 apud PEREIRA, Rodolfo Viana. Condições de registrabilidade e condições implícitas de elegibilidade: esses obscuros objetos do desejo. In: SANTANO, Ana Cláudia; SALGADO, Eneida Desiree (Orgs.). **Direito Eleitoral**: debates ibero-americanos. Curitiba: Ithala, 2014. p. 278.

O fundamento central da tese em voga, portanto, não é distinto, sendo que a descriteriosa aposta no protagonismo judicial é cristalina, alcançando, inclusive, o extremo de alçar o Poder Judiciário à condição de impor critérios ou condições de moral (subjetiva, por evidente), que funcionariam como “requisitos” à validação do registro de candidatura dos “puros”, em detrimento dos nem tanto assim. Caberia, então, ao Judiciário, a criação (discricionária e, como tal, arbitrária) de uma verdadeira “cartilha de moralidade”, sobre a qual candidatos – e, ao menos indiretamente, o próprio eleitorado - estariam subordinados. O mais curioso, ademais, não fosse o bastante, é o fato de o autor intitular tamanha aposta na discricionariedade como algo passível de se afigurar como *pós-positivista*. Será, contudo, que o incessante apego ao ativismo/protagonismo/decisionismo/solipsismo judicial poderia ser alcunhado como tal? A resposta, enfim, é indubitavelmente negativa.²⁹¹

Tudo, pois, denota certo descompasso no âmbito do dogmatismo jurídico. Em todos os casos, enfim, há direitos fundamentais de primeira grandeza sob a mira deste problema, tratando-se de algo, portanto, que contribui significativamente para o arrefecimento do Estado Democrático de Direito, substituindo-se, pois, o pilar da democracia representativa, por uma espécie de *juristocracia*.²⁹² Assim, com o marcante apoio do dogmatismo jurídico, o poder do voto vai dando espaço ao solipsismo tribunalício²⁹³, problema que é grave e que, como tal, merece ser tempestivamente enfrentado.

²⁹¹ Necessário, então, afirmar a partir da obra de Lenio Streck que “[...] para superar o positivismo é preciso superar também aquilo que o sustenta: o primado epistemológico do sujeito (da subjetividade assujeitadora) e o solipsismo teórico da filosofia da consciência (sem desconsiderar a importância das pretensões objetivistas do modo-de-fazer direito contemporâneo, que recupera, dia a dia, a partir de enunciados assertóricos, o ‘mito do dado’). Não há como escapar disso. Apenas com a superação dessas teorias que ainda apostam no esquema sujeito-objeto é que poderemos escapar das armadilhas positivistas”. STRECK, Lenio Luiz. O que é isto, o ativismo judicial, em números? Observatório Constitucional. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 out. 2013c. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Acesso em: 10 out. 2018.

²⁹² Segundo estudo encomendado pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), de 2000 a 2006, a Justiça Eleitoral “cassou” 623 políticos no Brasil, algo que, proporcionalmente, representa um número superior ao verificado nos tempos da ditadura militar. Nesse interregno, igualmente, outros 1.100 processos que poderiam levar à cassação de registros ou diplomas se encontravam pendentes de julgamento. De 2010 em diante, considerando o advento da chamada “Lei da Ficha Limpa” e, no mais, o imaginário social calcado numa espécie de filosofia da “caça às bruxas”, esse temerário enredo seguramente se intensificou. MOVIMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO ELEITORAL. **Dossiê: políticos cassados por corrupção eleitoral**. Brasília, 2007. Disponível em <<http://www.prpa.mpf.mp.br/institucional/prpa/campanhas/politicoscassadosdossie.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

²⁹³ É, por exemplificativo, a visão adotada por Daniel Carvalho de Oliveira: “[...]. Projeta-se como fundamental para o futuro do processo democrático brasileiro que a Justiça Eleitoral exerça de forma ampla o ativismo judicial como medida para garantir e potencializar a efetivação das suas missões constitucionais e dos valores democráticos. [...]”. OLIVEIRA, Daniel Carvalho de. 80 anos da Justiça Eleitoral: perspectivas históricas e desafios democráticos futuros. **Paraná Eleitoral**, Curitiba, v. 1 n. 1, p. 22, 2012.

Desse modo, concordamos que a democracia e a Justiça Eleitoral não são antagônicas, ao menos não *a priori*. A própria CF, em seu artigo 118 ss., legitima constitucionalmente a instituição, atribuindo-lhe suas diversas competências. Porém, deve-se ter muito cuidado com o exercício da jurisdição eleitoral, de modo que a própria Justiça Eleitoral, se valendo do fato da marcante e sistemática judicialização dos escrutínios, não desempenhe uma postura ativista (no sentido de protagonista ou solipsista), algo a ser verificado a partir do conteúdo das respectivas decisões.

É preciso ter em mente que a atuação da Justiça Eleitoral deve ser amena, ponderada, ou, como diz o ex-ministro Presidente do TSE, Gilmar Mendes, “minimalista”, não havendo, por oportuno, campo para a imposição de cassações a granel, como temos visto, sobretudo nas instâncias inferiores. Cassações (ou indeferimentos) de registros, diplomas e mandatos eletivos são medidas extremas, demasiado extremas. Trata-se de algo grave que, além de desconstituir a possibilidade de escolha do eleitorado sobre determinada candidatura ou, até mesmo, a vontade popular já depositada nas urnas, repercute, de maneira profunda, no pleno exercício dos direitos políticos, considerada a restrição da capacidade eleitoral passiva por via reflexa (ou até mesmo direta sanção de inelegibilidade, como no caso do inciso XIV o artigo 22 da LC nº 64/90). Como tal, devem ser vistas, então, como a exceção. E, de mais a mais, como algo a ser justificado/legitimado em respeito a todos os princípios constitucionais e aos direitos fundamentais e às garantias individuais, como a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, a fundamentação das decisões judiciais etc. E essa legitimação, ou a sua demonstração, diga-se de passagem, é incumbência do órgão julgante que deve, necessariamente, demonstrar que a respectiva decisão se encontra alinhada aos pré-compromissos e ao paradigma da intersubjetividade (e não ao solipsismo do intérprete).

Parafrazeando Néviton Guedes, “[...] o poder de limitar a cidadania também encontra limites”.²⁹⁴ E eles são vários: o princípio democrático, a legalidade, os direitos fundamentais, as garantias individuais, os direitos políticos ativos e passivos, ou, noutras palavras, a própria cidadania etc. E não é distinto com relação à jurisdição eleitoral que deve, sobremaneira, ser exercida a partir de uma teoria hermenêutico-constitucional robusta, a ponto, aliás, de vedar quaisquer viragens discursivas tendentes a fragilizar a estrutura do regime. Tratando-se, enfim,

²⁹⁴ GUEDES, Néviton. O poder de limitar a cidadania também encontra limites. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-16/constituicao-poder-poder-limitar-cidadania-tambem-encontra-limites>>. Acesso em: 10 out. 2018. Consultar a obra para ver mais sobre o tema.

de uma atividade jurisdicional que lida diretamente com o processo de composição da representação popular, não há como descurar que a sua má prestação (considerada como tal aquela calcada em posturas voluntaristas, axiologistas, realistas²⁹⁵, pragmati(ci)stas, convencionalistas, teleológicas/finalísticas, e afins) acabará por interferir no regime democrático a ponto de macular a própria representação, direta ou indiretamente.

Em um Estado Democrático de Direito, comprometido, portanto, com a ordem constitucional, compete ao Judiciário Eleitoral, como bem afirma Fernando de Castro Faria, “[...] quando provocado, e *observado o devido processo legal*, decidir pela perda do mandato eletivo de candidato declarado inelegível ou que tenha incorrido em abuso, corrupção ou fraude”.²⁹⁶ Porém, na esteira da própria lição de Fernando Faria, deve-se, para tanto, observar-se o devido processo legal em todo seu espectro e sua densidade normativa.

Pode-se falar aqui em um *contramajoritarismo de dupla face*: de um lado, o *restabelecimento da legitimidade dos processos eleitorais* maculados por ilicitudes em sentido amplo; de outro, *o respeito aos direitos fundamentais dos envolvidos e a própria consideração da soberania popular e da democracia como importantes vetores de interpretação a evitar abusos* – agora da Justiça Eleitoral mesma.

A afirmativa que aqui aquilatamos representa, no fim das contas, uma advertência para que haja um casamento da atividade jurisdicional que lida diretamente com o processo de composição da representação popular com um agir hermeneuticamente constitucional, não havendo como descurar que a sua má prestação acabará por interferir a ponto de macular a própria representação, direta ou indiretamente.

Noutras palavras: deve-se promover a compatibilização da jurisdição eleitoral com o paradigma do Estado Democrático de Direito, da democracia constitucional e do constitucionalismo contemporâneo. A uma democracia, ao final e ao cabo, deve corresponder, inexoravelmente, uma jurisdição democrática. Ao Judiciário Eleitoral, por sua vez, nesse ínterim, caberá decidir através de respostas constitucionalmente adequadas. Em argumentos de

²⁹⁵ O termo - “realistas” – se refere a decisões caudatárias do realismo jurídico, especialmente o realismo jurídico norte-americano, que nada mais é do que um positivismo fático. Logo, lembrando Dworkin e a sua metáfora do “romance em cadeia”, cumpre frisar que o realismo jurídico produz apenas contos, de onde exsurtem decisões que, em grande parte, advêm de um grau zero de sentido e que só fazem efetivo sentido se analisadas isoladamente. Ou seja, não há compromisso algum com a intersubjetividade característica de uma comunidade política regida por princípios.

²⁹⁶ FARIA, Fernando de Castro. *O Estado Democrático de Direito e a decisão judicial eleitoral que impõe a perda do mandato eletivo. Resenha Eleitoral*, Florianópolis, v. 18, 2010. Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/edicoes-impresas/integra/2012/06/o-estado-democratico-de-direito-e-a-decisao-judicial-eleitoral-que-impoe-a-perda-do-mandato-eletivo>>. Acesso em: 9 out. 2018.

princípio e não através da moral ou da política; ou, ainda, em posturas objetivistas e/ou solipsistas absolutamente *aparadigmáticas*.²⁹⁷

Trata-se, então, de conciliar a atividade jurisdicional eleitoral com o constitucionalismo contemporâneo, de modo a evitar que a atividade judicante advinda desta justiça especializada, por meio de posturas absolutamente descompassadas, avance contra os preceitos inatos à democracia de direito. O contrário seria *paradoxal*: um poder imiscuído da defesa da legitimidade dos processos eleitorais atacando a democracia a partir das suas decisões.

A CHD de Lenio Streck, tal e qual será sustentado nos capítulos seguintes, representará, enfim, verdadeira condição de possibilidade para um agir constitucional(izado) e democratizado no *decidir* da Justiça Eleitoral. E, como recorte, o estudo levantará o caso da cassação da Chapa Dilma-Temer julgado definitivamente pelo TSE em meados de junho de 2017. A razão deste recorte reside no fato de o referido julgamento, o da chapa presidencial eleita no pleito eleitoral de 2014, ter sido reconhecido como o “julgamento do século” no âmbito da Justiça Eleitoral, servindo, pois, de um grande parâmetro a explicitar como a jurisdição eleitoral brasileira vem caminhando.

²⁹⁷ Quando fazemos referência a “posturas objetivistas” ou “posturas solipsistas”, estamos e estaremos nos referindo a posturas descompassadas paradigmaticamente que, mesmo após o advento do *giro ontológico linguístico* (Streck), e da invasão da filosofia pela linguagem, portanto, se mantêm atreladas a uma mixagem paradigmática que, de um lado, apegada à metafísica clássica, sufraga posturas segundo as quais o sujeito seria refém do objeto (no caso, do texto legal), e, de outro, noutra vertente, nas quais o sujeito assujeitaria o objeto, posição apegada à metafísica moderna e ao paradigma filosófico da filosofia da consciência. E isso, em que pese tenha sido absolutamente ignorado pela dogmática jurídica, tem tudo a ver com direito (eleitoral, no caso), ou com a sua interpretação.

4 O JULGAMENTO DA “CHAPA DILMA-TEMER” PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

O caso do pedido de cassação da Chapa Dilma-Temer, eleita nas eleições presidenciais de 2014, foi julgado definitivamente pelo TSE em meados de junho de 2017. Este julgamento, o da chapa presidencial eleita no pleito eleitoral de 2014, tem sido reconhecido desde então como o “julgamento do século” pela Justiça Eleitoral, e não poderia deixar de ser assim.

Pela vez primeira na história questionou-se, com profundidade, o exercício do mandato presidencial no âmbito da jurisdição eleitoral, ocasião na qual foram imputados aos eleitos delitos graves, como “abuso de poder econômico” e “captação ilícita de recursos para fins eleitorais” (o vulgo “caixa dois”), tudo mediante a suposta utilização de recursos públicos desviados de estatais.

O contexto do julgamento se deu também em um cenário no qual a política constituída nacional se encontrava (e ainda se encontra) na “berlinda” (*sic*), tendo em vista os acontecimentos permeados pela operação popularmente conhecida como “lava-jato”. “Provas” originárias desta operação (delações premiadas, documentos etc.), aliás, foram acostadas ao processo, o que gerou intenso debate entre acusação e defesas e entre Ministros do TSE.

Rememora-se que em dezembro de 2014 as contas da campanha da então Presidente da República Dilma Rousseff, e de seu vice, o ex-Presidente da República Michel Temer, foram aprovadas com ressalvas pelo TSE. No entanto, considerado o aspecto formal das contas de campanha, as ressalvas desencadearam três ações judiciais patrocinadas pelo PSDB e pela Coligação “Muda Brasil”, ocasião na qual foram denunciadas diversas irregularidades, dentre as quais citamos: a prática de condutas vedadas (grosso modo, a utilização da estrutura da Presidência para a promoção da campanha, em afronta ao princípio republicano e à igualdade de oportunidades entre os candidatos), abusos de poder econômico e político (grosso modo, a utilização do poderio econômico e político-estrutural do Estado, cristalizado no desvio de recursos públicos e de recursos originários de propinas destinados à campanha) e, ainda, “caixa dois” de campanha, tendo em vista a existência de recursos não contabilizados e também na existência de fraudes nas transferências de recursos e no pagamento de serviços pretensamente contratados e prestados aos candidatos.

Foram propostas, para tanto, *quatro ações judiciais eleitorais*, a saber: duas AIJE, com escopo no artigo 22 da LC n° 64/90; uma Representação Eleitoral (RP), com assento no artigo 30-A da Lei n° 9.504/97; e uma AIME, a partir do artigo 14, §10, da CF. Postulou-se, com isso, a cassação dos diplomas dos candidatos majoritários eleitos no pleito de 2014 e a cassação dos

respectivos mandatos eletivos. As ações mais relevantes foram a primeira a última. E o julgamento seria conjunto.

Em data de 17 de junho de 2017 sobreveio julgamento de mérito, ocasião na qual, por quatro votos a três, as ações foram julgadas totalmente *improcedentes*. Votaram pela cassação os Ministros Herman Benjamin, Rosa Weber e Luiz Fux. Votaram pela absolvição os Ministros Admar Gonzaga, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto e Napoleão Nunes Maia. O voto de minerva foi exarado pelo presidente da Corte, o ministro Gilmar Mendes. Em seu voto, Mendes afirmou, dentre outras coisas, que: “A Constituição valoriza a soberania popular, apesar do valor de nossas decisões”.²⁹⁸ (grifo nosso). Por apertada maioria de quatro votos a três, portanto, as ações foram julgadas *improcedentes*, negando-se, dessa maneira, a cassação dos diplomas – e dos mandatos – outorgados aos candidatos majoritários eleitos em 2014.

Neste capítulo, conseqüentemente, reproduziremos todas as etapas deste célebre *case*, delimitando a acusação, as defesas, a posição do MPE, o *iter* processual e o julgamento de mérito, encerrando, ao final, o estudo pormenorizado do caso, a partir da reprodução e da análise dos principais fundamentos constantes dos votos vencedores e dos votos vencidos.

4.1 Considerações inaugurais: compreendendo o trajeto da eleição presidencial de 2014, do resultado das urnas aos tribunais

Em 26 de outubro de 2014, em segundo turno de votação, Dilma Rousseff seria reeleita Presidente da República para mais um mandato eletivo na Chefia de Estado e de Governo da Nação brasileira (2015/2018). A chapa majoritária eleita, composta por Rousseff (“cabeça” da chapa) e Michel Temer (candidato a Vice), obteve, à época, cinquenta e quatro milhões, quinhentos e um mil, cento e dezoito votos (51,64% dos votos válidos), enquanto Aécio Neves (candidato a Presidente da República) e Aloysio Nunes (candidato a Vice-Presidente), seus adversários no segundo-turno daquele pleito, obtiveram cinquenta e um milhões, quarenta e um mil, cento e cinquenta e cinco votos (48,36% dos votos válidos). As abstenções foram de trinta milhões, cento e trinta e sete mil, quatrocentos e setenta e nove votos (21,1% do total). Angariou-se, pois, a maioria absoluta dos votos (CF, art. 77, §§ 1º a 4º), o resultado da eleição ficou-se proclamado no dia 09 de dezembro de 2014, já em data de 18 de dezembro de 2014

²⁹⁸ VEJA as principais frases do julgamento da chapa Dilma-Temer no TSE. **G1**, Rio de Janeiro, 6 jun. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/veja-as-principais-frases-do-julgamento-da-chapa-dilma-temer-no-tse.ghtml>>. Acesso em: 10 out. 2018.

os eleitos foram diplomados e, em 01 de janeiro de 2015, acabaram empossados nos Cargos eletivos para os quais foram eleitos no processo eleitoral de 2014.²⁹⁹

O processo eleitoral em comento, como se verifica pelo respectivo resultado, foi extremamente acirrado. E o seu curso acabou por expor fissuras em nossa democracia, tudo a partir do radicalismo que a disputa germinou, de lado a lado. O processo se encerraria. Mas a eleição não terminaria. Das urnas seria levada aos Tribunais. Veríamos e viveríamos, então, aquilo que Adriano Soares da Costa, em tom de crítica, costuma chamar de “terceiro-turno eleitoral”³⁰⁰. Nada de novo. Contudo, envolvendo agora o Palácio do Planalto.

Em dezembro de 2014 as contas da campanha da então Presidente da República Dilma Rousseff, e de seu vice, o ex-Presidente da República Michel Temer, foram aprovadas com ressalvas pelo TSE. Tratou-se, pois, das Prestações de Contas n.ºs. 97613 e 98135 (candidatos e comitê financeiro da candidatura, respectivamente). A relatoria dos procedimentos ficou a cargo, à época, do Ministro Gilmar Mendes, então Vice-Presidente da Corte. Por unanimidade, os ministros do Tribunal consideraram que as impropriedades e irregularidades encontradas nas prestações apresentadas não eram suficientes para a desaprovação das contas. A Assessoria de Exame de Contas Eleitorais e Partidárias (ASEPA) do TSE havia recomendado a desaprovação das contas de Dilma Rousseff e de seu vice Michel Temer após apontar graves irregularidades que teriam sido verificadas em parcelas dos recursos arrecadados e gastos durante a campanha.³⁰¹

Na ocasião, o voto condutor do julgado, prolatado pelo Min. Mendes, concluiu no seguinte sentido, *literis*: “Estou me manifestando pela aprovação [com ressalvas] das contas da candidata Dilma Rousseff, considerando o percentual das irregularidades no contexto da campanha”.³⁰² Determinou-se, no mais, o envio de cópias das prestações de Dilma e do comitê partidário para órgãos federais e tribunais competentes, além do Ministério Público. Em seu longo voto de mais de duas horas, o ministro Gilmar Mendes elogiou e parabenizou a equipe da Asepa pelo trabalho de análise das contas de Dilma e do Comitê Financeiro em um

²⁹⁹ A esse respeito, ver: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Plenário do TSE proclama resultado definitivo do segundo turno da eleição presidencial**. Brasília, 9 dez. 2014e. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Dezembro/plenario-do-tse-proclama-resultado-definitivo-do-segundo-turno-da-eleicao-presidencial>>. Acesso em: 11 out. 2018.

³⁰⁰ COSTA, Adriano Soares da. **Democracia, judicialização das eleições e terceiro turno**. [S.l.], 20 fev. 2009. Disponível em: <<http://adrianosoaresdacosta.blogspot.com.br/2009/02/democracia-judicializacao-das-eleicoes.html>>. Acesso em: 9 out. 2018. Blog: Direito Eleitoral.

³⁰¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **TSE aprova com ressalvas contas de Dilma e de Comitê Financeiro para presidente da República**. Brasília, 11 dez. 2014g. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Dezembro/tse-aprova-com-ressalvas-contas-de-dilma-e-de-comite-financeiro-para-presidente-da-republica>>. Acesso em: 12 out. 2018.

³⁰² Ibid.

curtíssimo espaço de tempo, pouco mais de dez dias. O ministro agradeceu o auxílio prestado pelos técnicos do Tribunal de Contas da União (TCU), da Receita Federal, do Banco Central e do Conselho Federal de Contabilidade (CFC) no exame das receitas e despesas. No final do voto, Gilmar Mendes elencou diversas propostas para aprimorar o controle, a celeridade no exame e a transparência das contas de campanha nas futuras eleições.³⁰³

O relator não acolheu as impugnações apresentadas pelo PSDB e pela coligação Muda Brasil (PSDB / PMN / SD / DEM / PEN / PTN / PTB / PTC / PT do B) contra tópicos das contas de Dilma. Ele informou que a ministra Maria Thereza de Assis Moura autorizou, a pedido da candidata, a elevação da estimativa de gastos da campanha de Dilma para R\$ 383 milhões durante as eleições. O PSDB alegou que Dilma havia ultrapassado o teto original de gastos, de R\$ 295 milhões, na segunda quinzena de outubro. O ministro também rejeitou o pedido de impugnação que tratava de suposta divergência de mercado no valor ressarcido (R\$ 5.099.542,00) pela campanha de Dilma por uso de avião oficial nos deslocamentos da candidata pelo país.³⁰⁴

Ao votar, o (então) presidente do TSE, ministro Dias Toffoli, elogiou o voto do ministro relator e o trabalho da Asepa. Sustentou seu ponto de vista de que as campanhas eleitorais no Brasil estão cada vez mais caras. Disse que, com relação ao que foi gasto na última campanha presidencial, em 2010, o custo da campanha em 2014 foi 70% mais caro. A isso, o ministro juntou outras sugestões que, a seu ver, devem ser levadas em consideração no futuro, como a diminuição do tempo de campanha no horário eleitoral gratuito, limite de teto de gastos, prestação de contas on-line e transparência na arrecadação e destinação desses recursos.³⁰⁵

As contas da campanha majoritária eleita nas eleições presidenciais de 2014, dessa maneira, foram aprovadas, mesmo com ressalvas. E assim o foram à unanimidade. Irregularidades, contudo, foram indicadas. E, a partir delas, investigações seriam desencadeadas, o que acabaria por desaguar em processos judiciais que questionariam a própria legitimidade da eleição em comento.

Considerado, então, o aspecto formal das contas de campanha, as ressalvas denunciadas desencadeariam quatro ações judiciais patrocinadas pelo PSDB, ocasião na qual seriam denunciadas diversas irregularidades, dentre as quais citamos: a prática de condutas vedadas

³⁰³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **TSE aprova com ressalvas contas de Dilma e de Comitê Financeiro para presidente da República**. Brasília, 11 dez. 2014g. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Dezembro/tse-aprova-com-ressalvas-contas-de-dilma-e-de-comite-financeiro-para-presidente-da-republica>>. Acesso em: 12 out. 2018.

³⁰⁴ Ibid.

³⁰⁵ Ibid.

(grosso modo, a utilização da estrutura da Presidência para a promoção da campanha, em afronta ao princípio republicano e à igualdade de oportunidades entre os candidatos), abusos de poder econômico e político (utilização do poderio econômico do Estado, cristalizado no desvio de recursos públicos e de recursos originários de propinas destinados à campanha) e, ainda, “caixa dois” de campanha, tendo em vista a existência de recursos não contabilizados e também na existência de fraudes nas transferências de recursos e no pagamento de serviços pretensamente contratados e prestados aos candidatos.

Arelado a isso, o cenário em muito se agravaria tendo em vista os acontecimentos permeados pela operação popularmente conhecida como “lava-jato”. “Provas” originárias desta operação (delações etc.), aliás, seriam acostadas ao processo, fornecendo todo um caldo de cultura a influenciar a atuação da Justiça Eleitoral.

Ao longo de 2015 e início de 2016 as ações no TSE seriam uma das principais ameaças contra o governo Dilma, junto com o processo de *impeachment*. No fim das contas, o *impeachment* acabaria se concretizando antes e levaria à queda de Dilma. A acusação no TSE, contudo, prosseguiria, e passaria a ser um problema para o substituto de Dilma, o ex-Presidente Michel Temer, que corria o risco de ser afastado da Presidência da República por conta dessas ações, considerada a *indivisibilidade* da chapa. Quanto à ex-presidente, o interesse jurídico remanesceria quanto às demais sanções, como inelegibilidade. E, na hipótese de procedência, *novas eleições* também deveriam ser convocadas, tendo em vista a anulação do pleito eleitoral correspondente. Os processos prosseguiriam e seriam levados a termo.

Pela vez primeira na história seria questionado, com profundidade, o exercício do mandato presidencial no âmbito da jurisdição eleitoral, ocasião na qual seriam imputados aos eleitos em 2014 delitos graves, como “abuso de poder econômico” e “captação ilícita de recursos para fins eleitorais” (o vulgo “caixa dois”), tudo mediante a suposta utilização de recursos públicos desviados de estatais.

Despontariam daí, portanto, as seguintes demandas judiciais eleitorais: duas AIJE, com escopo no artigo 22 da LC n° 64/90; uma RP, com assento no artigo 30-A da Lei n° 9.504/97; e uma AIME, a partir do artigo 14, §10, da CF. Postular-se-ia, com isso, enfim, a cassação dos diplomas dos candidatos majoritários eleitos no pleito de 2014 e a cassação dos respectivos mandatos eletivos. As ações mais relevantes seriam a primeira a última. E o julgamento seria conjunto. As eleições presidenciais de 2014, considerada a (i) legitimidade do respectivo resultado, seriam efetivamente transpassadas das urnas aos Tribunais.

4.2 As acusações propostas pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB nacional) e pela Coligação “Muda Brasil” (PSDB/PMN/SD/DEM/PEN/PTN/PTB/PTC/PT do B) perante o TSE – AIJE n° 194358 (18-12-2014), AIJE n° 1547-81 (02-10-2014), AIME n° 761 (02-01-2015) e RP n° 846 (02-01-2015)

As quatro ações judiciais propostas perante o TSE pelo PSDB e pela Coligação “Muda Brasil”, derrotados no pleito eleitoral de 2014, foram as seguintes: a AIJE n° 1943-58, proposta em 18-12-2014, a AIJE n° 1547-81, proposta em 02-10-2014, além da AIME n° 7-61 e da RP n° 8-46, ambas de 02-01-2015. O julgamento seria conjunto.

Na *AIJE n° 1943-58* e na *AIME n° 7-61*, os representantes deduziram como causa de pedir fundamentos relacionados à prática, pelos representados, na campanha presidencial de 2014, de condutas configuradoras de *abuso de poder político*, por força do uso da máquina administrativa federal claramente posta "a serviço das pretensões políticas dos ora investigados"; de *abuso de poder econômico*, "pela realização de uma campanha milionária, cujo custo superou a soma das despesas de todos os demais candidatos"; e de *uso indevido de meios de comunicação social*, por terem-se valido do "[...] horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão para veicular deslavadas mentiras contra os candidatos adversários".³⁰⁶

Os fatos apontados, quanto ao alegado *abuso de poder político*, foram os seguintes: (i) desviar a finalidade de pronunciamentos oficiais em cadeia nacional, "eminente utilizado para exclusiva promoção pessoal da futura candidata", descrevendo, especificadamente, as condutas do dia 8 de março de 2014 (Dia Internacional da Mulher) e 1° de maio de 2014 (Dia do Trabalhador); (ii) manipular a divulgação de indicadores socioeconômicos, uma vez que o "Governo Federal estava a impedir a divulgação de informações socioeconômicas que desmentiam ou fragilizavam a propaganda eleitoral dos ora investigados", apontando, expressamente, a conduta do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) de não publicar pesquisa indicando que, entre 2012 e 2013, a quantidade de pessoas em estado de miséria no País teria aumentado; (iii) usar indevidamente prédios e equipamentos públicos para a realização de atos próprios de campanha, pelo fato de a primeira investigada ter participado de um "bate-papo virtual (face to face), respondendo a perguntas dos internautas acerca do programa 'Mais Médicos', em que foi feita clara referência à eleição

³⁰⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Por 4 votos a 3, Plenário do TSE nega pedido de cassação da chapa Dilma e Temer**. Brasília, 9 jun. 2017c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/por-4-votos-a-3-plenario-do-tse-decide-pela-nao-cassacao-da-chapa-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

que se avizinhava, e, também, pelo fato de o servidor Fábio Pires, assessor da Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República, ter solicitado à assessoria de imprensa do Diretório do PMDB do Estado do Rio de Janeiro, no dia 12 de junho, a lista de presença dos prefeitos que compareceram ao almoço de formalização de apoio do candidato do partido ao movimento "Aezão"; (iv) veicular publicidade institucional em período vedado, por força de propagandas da Petrobras e do Banco do Brasil produzidas em "proveito da candidatura dos investigados", bem como de matérias no Portal Brasil, vinculado ao Ministério do Planejamento, que "representaram vigorosa propaganda eleitoral em prol da candidata à reeleição".

Quanto ao suposto *abuso de poder econômico*, os representantes denunciaram os seguintes fatos delituosos: (i) realização de gastos de campanha em valor que extrapola o limite informado, já que os candidatos representados pleitearam o aumento do limite dos gastos de campanha somente no dia 24 de outubro de 2014, no encerramento da campanha eleitoral do segundo turno; (ii) financiamento de campanha mediante doações oficiais de empreiteiras contratadas pela Petrobras como parte da distribuição de propinas, alegando que um "sofisticado esquema de arrecadação ilegal de dinheiro público foi montado para obter, a partir de contratos mantidos com a Petrobras, cifras milionárias em favor das agremiações partidárias, cujos recursos permitiram a captação de votos em favor dos candidatos e dos partidos"; (iii) massiva propaganda eleitoral levada a efeito por meio de recursos geridos por entidades sindicais, citando, especialmente, a distribuição de panfletos via mala-direta pela APEOESP em 15 de outubro de 2014, a utilização de diversas plataformas de mídia e fixação de outdoors pelo Sindicato Único dos Trabalhadores em Educação de Minas Gerais (Sind-UTE/MG), a veiculação de vídeos na internet, YouTube e televisão pelo Sind-UTE, Federação Única dos Petroleiros (FUP) e Sindicato dos Petroleiros (Sindipetro); (iv) transporte de eleitores por meio de organização supostamente não governamental, que recebe verba pública, para participação em comício na cidade de Petrolina/PE, relatando o transporte de eleitores por suposta Organização Não Governamental (ONG) de nome ASA, com a utilização de 129 ônibus, no dia 21 de outubro de 2014, em comício na referida cidade. Em relação a esse tópico, sustentam que "[...] a campanha eleitoral de 2010 da requerida Dilma Rousseff foi financiada, em parte, por dinheiro oriundo de corrupção da Petrobras. Essa afirmação foi feita peremptoriamente por Paulo Roberto Costa em depoimento prestado à Justiça Federal".³⁰⁷ Diz (em) ainda a petição – ou as petições – que:

³⁰⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Por 4 votos a 3, Plenário do TSE nega pedido de cassação da chapa Dilma e Temer**. Brasília, 9 jun. 2017c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias->

[...] pessoas indicadas por políticos e nomeados pela requerida organizavam um grupo de grandes empreiteiras para, em um processo de cartelização, direcionar contratos superfaturados a empresas específicas, através dos quais se desviavam recursos públicos para o PT, o Partido Progressista – PP e o PMDB, com pagamento de propina que variava entre 1% e 3% do valor dos contratos.³⁰⁸

Tudo isso retirado da petição inicial. Várias dessas petições apresentam quadro com as doações efetuadas por diversas empreiteiras ao PT, PMDB e PP, incluindo a Andrade Gutierrez, a UTC, a OAS, a Camargo Corrêa, a Odebrecht e outras – tudo isso nas petições iniciais. Prosseguem dizendo que:

[...] resta evidente, portanto, que o dinheiro desviado da Petrobras financiou direta e indiretamente a campanha dos requeridos, não se podendo olvidar que os dois partidos que mais receberam recursos das empreiteiras envolvidas com o escândalo da Petrobras foram o da candidata a Presidente da República, o PT, e o do candidato a Vice-presidente da República, o PMDB. [...]. Ora, diante desses fatos, não restam dúvidas de que as candidaturas dos requeridos foram beneficiadas por abuso de poder econômico, na medida em que o sofisticado esquema de arrecadação ilegal de dinheiro público foi montado para obter, a partir de contratos mantidos com a Petrobras, cifras milionárias em favor das agremiações partidárias, cujos recursos permitiram a captação de votos em favor dos candidatos e dos partidos.³⁰⁹

Concluem da seguinte forma:

[...] seja como for, o certo é que os representados foram beneficiados por essa ação espúria dos agentes públicos da Petrobras, recebendo em favor de sua campanha montantes obtidos de forma ilícita, com grave desequilíbrio de oportunidades entre os concorrentes da disputa eleitoral.³¹⁰

Por fim, quanto ao *uso indevido dos meios de comunicação social*, afirmaram que os representados se valeram do horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão para a veiculação de "mentiras" contra os candidatos adversários.³¹¹

De mais a mais, com relação à *AIME n° 7-61* e a *RP n° 8-76*, os representantes denunciaram que teria havido *abuso de poder econômico* entrelaçado com *abuso de poder*

tse/2017/Junho/por-4-votos-a-3-plenario-do-tse-decide-pela-nao-cassacao-da-chapa-dilma-e-temer>. Acesso em: 12 out. 2018.

³⁰⁸ Ibid.

³⁰⁹ Ibid.

³¹⁰ Ibid.

³¹¹ Ibid.

político, citando uma série de fatos que caracterizariam o *uso da máquina política*.³¹² Em determinadas situações as causas de pedir apresentadas nestas demandas confundiram-se com as causas de pedir apresentadas nas demandas precitadas. Não obstante isso, fatos novos e novas causas de pedir também foram deduzidos aqui pelos autores – extravasou-se a causa de pedir das duas primeiras ações os itens “a” a “f”, “h”, “t” a “v”, todos citados abaixo. Em todos eles, pois, os representados se manifestaram nos autos, formulando as correspondentes teses defensivas.

Os fatos delituosos apontados, por sua vez, foram os seguintes: a) uso dos Correios para envio de 4,8 milhões de folders sem chancela/estampa de franqueamento e criação de embaraços para impedir a propaganda eleitoral do – adversário em MG; b) outdoors e propaganda da candidata mediante projeção de imagens na fachada de bens públicos e particulares e acima de 4m², em pontos turísticos de intenso fluxo; c) utilização de ministros na campanha – entrevista concedida pelo Ministro Mercadante no Palácio do Planalto, em 14.6.2014; d) utilização de bens, servidores e serviços públicos na campanha em visita, em 4.8.2014, da candidata e do Ministro da Saúde, à Unidade Básica de Saúde (UBS) de Jardim Jacy - Guarulhos/SP, que recebera profissionais do Programa "Mais Médicos", divulgada na propaganda eleitoral gratuita de 28.8.2014; e) utilização de programa social, reforma de um fogão a lenha e doação de uma prótese dentária a uma eleitora, beneficiária do Programa "Água para Todos", que participou de filmagens para a propaganda eleitoral 'após pedido do governo federal à Prefeitura de Paulo Afonso, BA"; e) veiculação de propaganda eleitoral, na página da Central Única dos Trabalhadores (CUT) – na internet, com conteúdo de apoio à candidata; f) Publicidade institucional em período vedado – Petrobrás; g) propaganda extemporânea por meio de publicidade – institucional da Caixa Econômica Federal; h) Pronunciamento da candidata – Dilma Rousseff – em cadeia nacional de rádio e televisão no "Dia do Trabalho"; i) pronunciamento da candidata em cadeia nacional de rádio e televisão no "Dia Internacional da Mulher"; j) veiculação de propaganda institucional em período vedado – Banco do Brasil; l) veiculação de propaganda institucional em período vedado – sítio do Ministério do Planejamento; m) manipulação de indicadores socioeconômicos pelo Ipea, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e Ministério do Meio Ambiente; n) uso indevido de bens públicos – bate-papo virtual com o Ministro da Saúde em 18.7.2014; o) uso indevido de bens

³¹² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Por 4 votos a 3, Plenário do TSE nega pedido de cassação da chapa Dilma e Temer**. Brasília, 9 jun. 2017c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/por-4-votos-a-3-plenario-do-tse-decide-pela-nao-cassacao-da-chapa-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

públicos – uso de telefone e e-mail por servidor da Presidência da República, em 12.6.2014, para obter lista de prefeitos que compareceram a almoço – de apoio político; p) gasto acima do limite inicialmente informado à Justiça Eleitoral; q) recebimento de doações oficiais de empreiteiras contratadas pela Petrobras como parte de alegada distribuição de propinas; r) abuso praticado por terceiros mediante campanhas promovidas por entidades sindicais; s) transporte de eleitores por ONG em comício de Petrolina, PE, no dia 21.10.2014; t) uso indevido de meio de comunicação social no horário eleitoral para veiculação de fatos negativos do adversário; t) despesas irregulares - falta de comprovantes idôneos – de parcela das despesas da campanha; u) fraude – disseminação de falsas informações a respeito da extinção de programas sociais; v) publicidade institucional em período vedado – sítio Portal Brasil.³¹³

À luz destes fatos supostamente delituosos, portanto, uma vez assentadas as causas de pedir relativas às *quatro* demandas judiciais eleitorais em comento, foram, enfim, formulados os seguintes *pedidos*: a *cassação* da chapa majoritária formada pelos representados Dilma Vana Rousseff e Michel Miguel Elias Temer Lulia e sua *inelegibilidade*. A AIJE 1547-81 pediu ainda a inelegibilidade dos demais representados nela arrolados – os demais agentes públicos pretensamente responsáveis diretos pela prática dos ilícitos lá narrados. Tais pedidos, ademais, se encontraram fundamentados no *artigo 14, §10, da CF* (quanto à AIME) e no *inciso XIV do artigo 22 da LC n° 64/90* (quanto às demais ações, AIJE e RP).

Eis as *acusações* propostas pelo PSDB e pela Coligação “Muda Brasil” perante o TSE.

4.3 As defesas da chapa majoritária eleita no processo eleitoral de 2014 – Dilma Rousseff (PT) e Michel Temer (MDB)

Uma vez notificados, os candidatos representados formulam contestação conjunta, defesa às fls. 784/807 do "processo-mãe" (a AIJE n° 154781, proposta primeiramente), apresentando os seguintes argumentos: (i) quanto à alegação de "desvio de finalidade na convocação de rede nacional de emissoras de radiodifusão", afirmaram que o fato concernente ao Dia Internacional da Mulher (8.3.2014) já foi objeto da Representação 16.383, julgada improcedente pelo TSE, e o relativo ao Dia do Trabalhador (10.5.2014), objeto da Representação 32.663, embora ela tenha sido julgada procedente, é insuficiente para configurar

³¹³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Por 4 votos a 3, Plenário do TSE nega pedido de cassação da chapa Dilma e Temer**. Brasília, 9 jun. 2017c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/por-4-votos-a-3-plenario-do-tse-decide-pela-nao-cassacao-da-chapa-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

abuso de poder; (ii) quanto à "manipulação na divulgação de indicadores socioeconômicos", indicaram que o fato já foi objeto da Representação 177.471, à qual foi negado seguimento; sustentam, ainda, a absoluta ausência de provas da alegação e a irrelevância da pesquisa para o resultado das eleições; (iii) no que se refere ao "uso indevido de prédios e equipamentos públicos para a realização de atos próprios de campanha", argumentaram que se trata de fatos já apreciados nas Representações 84.890 e 66.522, julgadas improcedentes por não caracterizarem condutas vedadas aos agentes públicos, razão pela qual não podem servir para configuração de abuso de poder político; (iv) relativamente à "veiculação de publicidade institucional em período vedado", afirmaram que, nas representações julgadas por este Tribunal, os representados não foram considerados beneficiários de conduta vedada, e a mesma questão é objeto da AIJE 154.781, configurando litispendência; (v) quanto à "realização de gastos de campanha em valor que extrapola o limite informado", alegaram que os representantes pretendem rever a decisão deste Tribunal que aprovou as contas dos representados, que é questão já acobertada pela coisa julgada; (vi) com relação ao "financiamento de campanha mediante doações oficiais de empreiteiras contratadas pela Petrobras como parte da distribuição de propinas", sustentaram que os fatos alegados não se referem à campanha eleitoral de 2014 e que as empreiteiras doaram recursos para a maior parte das campanhas eleitorais, inclusive a da chapa dos representantes; defendem, ainda, a licitude dos recursos, não sendo responsabilidade dos donatários investigar se o produto da doação constitui qualquer espécie de ilícito; (vii) quanto à "[...] massiva propaganda levada a efeito por meio de recursos geridos por entidades sindicais"³¹⁴, indicaram a absoluta falta de prova da alegação, bem como a irrelevância dos fatos para desequilibrar o pleito eleitoral; (viii) no que diz respeito ao "[...] transporte de eleitores por meio de organização supostamente não governamental, que recebe verba pública, para participação em comício na cidade de Petrolina/PE, sustentaram a irrelevância do fato para a campanha eleitoral e a ausência de provas"³¹⁵; (ix) quanto ao "[...] uso indevido dos meios de comunicação social consistente na utilização do horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão para veicular deslavadas mentiras"³¹⁶, argumentaram que o horário eleitoral gratuito não se encaixa no conceito de "veículos ou meios de comunicação

³¹⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Por 4 votos a 3, Plenário do TSE nega pedido de cassação da chapa Dilma e Temer**. Brasília, 9 jun. 2017c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/por-4-votos-a-3-plenario-do-tse-decide-pela-nao-cassacao-da-chapa-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

³¹⁵ Ibid.

³¹⁶ Ibid.

social", de modo que caberia aos representantes recorrer ao mecanismo do direito de resposta, caso ficasse caracterizada afirmação sabidamente inverídica.³¹⁷

A defesa conjunta se apartaria no curso dos feitos judiciais, isso em vista das tensões existentes na relação entre a Presidente e o Vice-Presidente da República, o que culminaria, posteriormente, com o *impeachment* daquela. Seriam constituídos, conseqüentemente, novos advogados. Novas questões, então, seriam trazidas por ambas as defesas, especialmente em sede de alegações finais, dentre elas as seguintes preliminares: incompetência do TSE para cassar diploma de Presidente da República; perda superveniente do objeto, em virtude da cassação do mandato da Presidente Dilma Rousseff em virtude de processo de *impeachment*; violação à ordem de inquirição das testemunhas, prevista no artigo 400 do Código de Processo Penal (CPP); cerceamento de defesa e ofensa aos poderes instrutórios do juiz; ilicitude da prova referente às delações premiadas da Odebrecht, ampliação objetiva (inovação) da demanda em relação a ilícitos narrados por executivos da Odebrecht.

No mérito, seriam sustentadas por ambas as partes demandadas (Dilma e Temer), a inexistência de provas a embasar a condenação pretendida pelos representantes, isso com relação a todos os ilícitos imputados, a saber: abuso de poder econômico e abuso de poder político (art. 22 da LC nº 64/90 c/c art. 14, §10, da CF) e arrecadação e gastos ilícitos de recursos para fins eleitorais – o vulgo “caixa dois” (art. 30-A da Lei nº 9.504/97). Alegou-se, de igual maneira, na hipótese de comprovados os ilícitos apontados, a inexistência de gravidade das circunstâncias, suficiente a macular a legitimidade do processo eleitoral (inciso XVI do artigo 22 da LC nº 64/90). Com isso, os representados postularam a *improcedência* de todas as ações, mantendo-se hígido, conseqüentemente, o resultado do pleito eleitoral de 2014.³¹⁸

A defesa da ex-presidente Dilma Rousseff negou quaisquer irregularidades e argumentou que todo o processo de contratação de empresas e distribuição de produtos foi documentado e monitorado. A defesa do ex-Presidente da República, Michel Temer, disse por sua vez que a campanha eleitoral do PMDB não tinha relação com pagamentos suspeitos. Postulou a “divisão” da chapa majoritária eleita. Sustentou a intempestividade desses elementos de prova, os quais teriam sido acostados ao processo de maneira inconstitucional e ilegal em sentido estrito – em afronta ao rito processual correspondente, consagrado no artigo 22 e seguintes da LC nº. 64/90. Juntaram-se pareceres de processualistas consagrados no país.

³¹⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Por 4 votos a 3, Plenário do TSE nega pedido de cassação da chapa Dilma e Temer**. Brasília, 9 jun. 2017c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/por-4-votos-a-3-plenario-do-tse-decide-pela-nao-cassacao-da-chapa-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

³¹⁸ Ver: *Ibid.*

No mérito, afirmaram a inexistência das indigitadas irregularidades e, no mais, que o contexto em voga daria conta das relações do partido da ex-presidente cabeça de chapa, nada tendo ele a ver com o enredo.

Assim sendo: a candidata representada, como tese defensiva, apresentou *preliminares*, e, no mérito, requereu a *improcedência* das ações, diante da comprovação da inocorrência de ato de abuso de poder político ou econômico e da absoluta regularidade na arrecadação e nas despesas da campanha presidencial da chapa Dilma-Temer e da demonstração inequívoca de que não restaram provados os fatos alegados pelos autores. Já o candidato representado, como tese de defesa, requereu a *anulação* dos depoimentos que teriam extrapolado a causa de pedir, não foram requeridos pelas partes ou se teriam dado de forma ilegal na instrução, sobretudo os da Odebrecht, julgando-se totalmente *improcedentes* as demandas; não sendo esse o entendimento, defendeu *não ter havido gravidade suficiente nas condutas*, especialmente para a desconstituição de mandato presidencial, devendo, por igual, haver a *improcedência* das demandas, ressalvada extração de ofícios para apuração dos indícios criminais verificados; sustentou, no mais, a “separação da chapa”, tendo em vista, segundo o alegado, que as condutas imputadas aos representados seriam de responsabilidade da candidata Rousseff e não dele.

Foram, pois, em resumo, as defesas apresentadas pelos candidatos majoritários eleitos no escrutínio de 2014, Dilma Vana Rousseff e Michel Miguel Elias Temer Lulia, o que se deu em conjunto, na aurora dos processos, e, após, separadamente.

4.4 A marcha processual, do recebimento das ações às sessões de julgamento

Ao ingressar no TSE, os processos foram autuados e distribuídos para o relator, o então ministro da Corte e corregedor-geral da Justiça Eleitoral, João Otávio de Noronha. Em junho de 2015, foram realizadas as primeiras oitivas de testemunhas.³¹⁹ Recebidas as ações, por meio da decisão de fls. 746/748, o Ministro João Otávio de Noronha, Relator originário, extinguiu o feito, sem resolução de mérito, em relação à Coligação Com A Força Do Povo, e em relação aos Diretórios Nacionais do PT e do PMDB, por ilegitimidade passiva. Sobreveio, conseqüentemente, a notificação dos representados Dilma Vana Rousseff e Michel Miguel

³¹⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **TSE terá quatro sessões para julgar AIJE 194358, que pede a cassação de Dilma e Temer**. Brasília, 5 jun. 2017e. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/tse-tera-quatro-sessoes-para-julgar-aije-194358-que-pede-a-cassacao-de-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

Elias Temes Lulia para apresentarem defesa. Os representados apresentaram defesa conjunta às fls. 784/807.

Encerrado o mandato do Min. João Otávio de Noronha, os processos foram redistribuídos a Ministra Maria Thereza de Assis Moura. A Ministra inicialmente rejeitou de plano as ações, por entender que inexistiam mínimos indícios de prova a ensejar o recebimento e o prosseguimento das ações. A decisão foi monocrática. Sobreveio Agravo Regimental. E o caso foi submetido ao Plenário da Corte, composto por sete magistrados. Por maioria, vencida a Relatora, as ações foram recebidas.

O caso foi levado ao plenário após o PSDB recorrer da decisão da relatora, ministra Maria Thereza de Assis Moura, que negou seguimento à ação alegando fragilidade do conjunto de provas. A ministra manteve seu entendimento ao levar o caso para análise do plenário. No entanto, o ministro Gilmar Mendes abriu divergência dando provimento ao recurso. O ministro afirmou que existia, no caso, “suporte de provas que justifica a instrução processual da ação de impugnação de mandato eletivo quanto ao suposto abuso do poder econômico decorrente do financiamento de campanha com dinheiro oriundo de corrupção/propina”. Além de Gilmar Mendes, os ministros João Otávio de Noronha (que já deixou a corte), Luiz Fux, Henrique Neves e Dias Toffoli também votaram pelo prosseguimento da ação. Votaram contra o prosseguimento da ação as ministras Maria Thereza e Luciana Lóssio.³²⁰

O contexto da decisão de recebimento das ações deu conta de várias denúncias surgidas no interregno, provenientes principalmente da chamada “operação lava-jato” – para tanto, foram consideradas capas de jornais de circulação nacional e fatos não constantes das acusações (em afronta ao princípio do contraditório e ao sistema acusatório). As ações, de qualquer maneira, foram recebidas e processadas, ao passo que encontrariam termo em junho de 2017.

Em manifestação de fls. 2.001/2.003, o MPE manifestou-se no sentido de não vislumbrar irregularidade quanto à juntada de documentos enviados pela 13ª vara Federal de Curitiba/PR, mas que por medida de racionalidade deveria ser procedido, primeiramente, à oitiva das testemunhas arroladas nos autos. Em manifestação de fls. 2.036/2.037, a Procuradoria Geral postulou o compartilhamento das provas produzidas na Petição nº 5.998, em trâmite no STF, concernentes aos acordos de delação premiada dos executivos da Andrade Gutierrez.³²¹

³²⁰ LEIA o acórdão da decisão do TSE pela abertura de ação contra Dilma. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 dez. 2015. <Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-04/leia-acordao-decisao-tse-abertura-acao-dilma>>. Acesso em: 12 out. 2018.

³²¹ Íntegra em: BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral Eleitoral. **Parecer ND Nº 7.236/2017**, de 11 de maio de 2017a. Ementa: investigação judicial eleitoral. Abuso de poder econômico. Gravidade. Cassação de diplomas. Unidade e incidibilidade de chapa em eleição majoritária. Inelegibilidade. Responsabilidade

No dia 17 de março de 2016, o então presidente do TSE, ministro Dias Toffoli, determinou a unificação da tramitação das quatro ações que pedem a cassação dos mandatos de Dilma Rousseff e Michel Temer (AIJE 194358, Aije 154781, AIME 761 e RP 846). Antes da decisão, a RP 846 era relatada pelo ministro Luiz Fux. O ministro Dias Toffoli entendeu que, por tratarem do mesmo tema, os processos deveriam ser reunidos, na Corregedoria-Geral da Justiça Eleitoral, por racionalidade e eficiência processual. O ministro levou em conta também a segurança jurídica, para evitar possíveis decisões conflitantes.³²²

Em decisão monocrática publicada no dia 22 de abril de 2016, a ministra Maria Thereza determinou a realização de perícia contábil nas empresas Focal Confecção e Comunicação Visual Ltda., Gráfica VTPB Ltda., Editora Atitude, Red Seg Gráfica e Editora e Focal Confecção e Comunicação Visual Ltda. A diligência se limitou aos fatos relacionados ou úteis à campanha eleitoral de 2014 de Dilma Rousseff e Michel Temer.³²³

Neste meio tempo, encerrou-se o mandato da Ministra Relatora (que é de até dois anos, renováveis por mais dois, mediante eleição). Assumiu a relatoria do feito o recém-empossado Ministro Herman Benjamin. Diante do caso, e das investidas da acusação, tendentes verdadeiramente a renovar o objeto do processo, no curso do feito o Relator decidiu por incluir no feito vários testemunhos (delações) daqueles delatores vinculados à construtora Odebrecht, investigada na conhecida “operação lava-jato”. Executivos da empresa (delatores) relataram que fizeram transferências ilegais para a campanha presidencial de 2014. Frise-se, novamente, que tais elementos inovaram a demanda, cuja inclusão por decisão da relatoria deu-se com base em argumentos como “verdade real”, “livre convencimento” e “livre apreciação das provas”. Os feitos tomariam novo rumo. A instrução seria tardiamente encerrada.

Por meio da decisão de fls. 2.047/2.056, determinou-se a realização da instrução conjunta da AIME nº 7-61, da representação nº 8-46 e desta AIJE, nos autos deste processo. Determinou-se, ainda, a realização de perícia contábil, a solicitação de documentos à 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, bem como a oitiva de testemunhas. O laudo pericial contábil produzido pelos Peritos Judiciais foi acostado às fls. 2.468/2.687.

peçoal. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2017/06/AIJE-1943-58_parecer-versa%CC%83o-final_2.pdf>. Acesso em: 12 maio 2017.

³²² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **TSE terá quatro sessões para julgar AIJE 194358, que pede a cassação de Dilma e Temer**. Brasília, 5 jun. 2017e. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/tse-tera-quatro-sessoes-para-julgar-aije-194358-que-pede-a-cassacao-de-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

³²³ Id. **Por 4 votos a 3, Plenário do TSE nega pedido de cassação da chapa Dilma e Temer**. Brasília, 9 jun. 2017c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/por-4-votos-a-3-plenario-do-tse-decide-pela-nao-cassacao-da-chapa-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

Realizou-se, no mais, a oitiva das seguintes testemunhas, todas vinculadas a empreiteiras e demais empresas contratantes com a União, tudo em um cenário envolto às investigações da operação “lava-jato”: Petrobras: PAULO ROBERTO COSTA (Diretor de Abastecimento); PEDRO JOSÉ BARUSCO FILHO; ALBERTO YOUSSEF; HERTON ELLERY ARAUJO (Diretor do Ipea). UTC Engenharia: RICARDO RIBEIRO PESSOA (Presidente); AUGUSTO RIBEIRO DE MENDONÇA NETO (Diretor da Toyo Setal); JULIO GUERIN DE ALMEIDA CAMARGO (Executivo da Toyo Setal). Camargo Corrêa: EDUARDO HERMELINO LEITE (Vice-Presidente); DALTON DOS SANTOS AVANCINI (Presidente); MARCELO STURLINI BISORDI (Vice-Presidente); LUIS CARLOS MARTINS (Diretor); VITOR SARQUIS HALLACK (Diretor e Presidente). Andrade Gutierrez: OTÁVIO MARQUES DE AZEVEDO (Presidente); FLÁVIO DAVID BARRA (Diretor); ELTON NEGRÃO DE AZEVEDO JÚNIOR (Diretor); ROGÉRIO NORA DE SÁ (Diretor). Keppel FeIs: ZWI SKORNICKI (representante); HAMYLTON PINHEIRO PADILHA JUNIOR (lobista). Outras empresas com negócios no setor de petróleo: CLÁUDIO AUGUSTO MENTE (Morro Agudo Serviços e Participações); MÁRIO FREDERICO DE MENDONÇA GÓES (Rio Marine). Gráficas: VIVALDO DIAS DA SILVA (Proprietário formal da Rede Seg); THIAGO MARTINS DA SILVA (recebeu depósito de R\$ 1.800,00 da VTPB); ISAC GOMES DA SILVA (pai de THIAGO MARTINS DA SILVA); ELIAS SILVA DE MATTOS (sócio formal da Focal); JONATHAN GOMES BASTOS (sócio formal da Focal); CARLOS ROBERTO CORTEGOSO (proprietário da Focal); BECKEMBAUER RIVELINO BRAGA (proprietário da VTPB). Todas as testemunhas listadas foram arroladas e os seus depoimentos requeridos pelos representantes. Listo agora as testemunhas arroladas pela defesa: Presidência da República: GILES AZEVEDO (Chefe de Gabinete). Na campanha: MINISTRO EDSON ANTÔNIO EDINHO SILVA (tesoureiro); JOSÉ ALENCAR DA CUNHA NETO (responsável pela fiscalização de material); PAULO FERNANDO PAES LANDIM (conferente de material); ROGÉRIO TEODORO (fiscal de materiais produzidos); CLÉRIA MARA DOS SANTOS (gerente do comitê financeiro); EDIELSON JOSÉ ROCHA (sócio de empresa de transporte de material); VICENTE JORDÃO JARDIM MENTONE (responsável por verificação em gráficas e eventos). Gráficas: RODRIGO ZANARDO (supostamente, sócio de fato da Rede Seg); ROGÉRIO ZANARDO (supostamente, sócio de fato da Rede Seg). Odebrecht: HILBERTO MASCARENHAS SILVA FILHO (Chefe do Departamento de Operações Estruturadas); LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES (Executivo do Departamento de Operações Estruturadas). Todas essas testemunhas ouvidas a pedido da defesa. Como testemunhas do juízo: FERNANDO ANTÔNIO FALCÃO SOARES

(lobista, conhecido como Fernando Baiano); EIKE BATISTA (Presidente do Grupo X); SENADOR DELCIDIO DO AMARAL GOMES; NESTOR CUISIATI CERVERÓ; MARCELO ODEBRECHT (Presidente da Odebrecht); CLAUDIO MELO FILHO (Diretor de Relações Institucionais da Odebrecht); ALEXANDRINO DE SALES RAMOS DE ALENCAR (Executivo da Odebrecht); BENEDITO BARBOSA DA SILVA JÚNIOR (Executivo da Odebrecht); FERNANDO LUIZ AYRES DA CUNHA SANTOS REIS, (Executivo da Odebrecht); JOSÉ DE CARVALHO FILHO (pessoa que teria feito entrega de recursos pessoalmente - alega-se); MARIA LUCIA GUIMARÃES TAVARES (funcionária do Departamento de Operações Estruturadas); FERNANDO MIGLIACCIO DA SILVA (responsável pelas entregas de dinheiro - novamente alega-se).³²⁴

Em 03-10-2016, foi determinada “transparência total” na tramitação do feito, disponibilizando na página inicial do sítio do TSE na internet os documentos que compõem a AIJE nº 1943-58, que foi chamada de "processo-mãe", ressaltando-se aqueles acobertados por segredo de justiça.³²⁵

No dia 21 de março de 2017, a Corregedoria-Geral da Justiça Eleitoral anunciaria o encerramento da fase de instrução da Aije.³²⁶

Os representantes apresentariam suas alegações finais, ocasião na qual afirmaram que, ao cabo da instrução dos processos reunidos, não se constatou em nenhum momento o envolvimento do candidato representado em qualquer prática ilícita, mas que, em relação à candidata representada, há comprovação cabal de sua responsabilidade pelos abusos ocorridos, justificando a procedência das ações. Os representantes, entenda-se, a Coligação Muda Brasil e o PSDB.³²⁷

A candidata representada, em suas alegações finais, requereria o acolhimento de suas matérias preliminares e, caso se chegasse ao mérito, a improcedência das ações, diante da comprovação da inocorrência de ato de abuso de poder político ou econômico e da absoluta regularidade na arrecadação e nas despesas da campanha presidencial da chapa Dilma-Temer e

³²⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Por 4 votos a 3, Plenário do TSE nega pedido de cassação da chapa Dilma e Temer**. Brasília, 9 jun. 2017c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/por-4-votos-a-3-plenario-do-tse-decide-pela-nao-cassacao-da-chapa-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

³²⁵ Ibid.

³²⁶ Id. **TSE terá quatro sessões para julgar AIJE 194358, que pede a cassação de Dilma e Temer**. Brasília, 5 jun. 2017e. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/tse-tera-quatro-sessoes-para-julgar-aije-194358-que-pede-a-cassacao-de-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

³²⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Por 4 votos a 3, Plenário do TSE nega pedido de cassação da chapa Dilma e Temer**. Brasília, 9 jun. 2017c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/por-4-votos-a-3-plenario-do-tse-decide-pela-nao-cassacao-da-chapa-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

da demonstração inequívoca de que não restaram provados os fatos alegados pelos autores. Finalmente, o candidato representado requereria: a anulação dos depoimentos que teriam extrapolado a causa de pedir, (porquanto) não requeridos pelas partes ou (porque) teriam se dado de forma ilegal na instrução, sobretudo os da Odebrecht, julgando-se totalmente improcedentes as demandas; não sendo esse o entendimento, defende não ter havido gravidade suficiente nas condutas, especialmente para a desconstituição de mandato presidencial, devendo, por igual, haver a improcedência das demandas, ressalvada extração de ofícios para apuração dos indícios criminais verificados.³²⁸

O Ministério Público Federal, por sua vez, opinaria pela procedência do pedido para cassar os diplomas da candidata e do candidato representados, declarando-se a primeira inelegível por oito anos.³²⁹

No dia 27 de março 2017, o corregedor-geral, ministro Herman Benjamin, encaminhou à Presidência do TSE e aos demais ministros da Corte o relatório complementar e final da Aije 194358. O processo da Aije foi pautado para o dia 4 de abril.³³⁰ Incluídos os processos na pauta de julgamento, o TSE resolveu a 1ª Questão de Ordem para fixar em cinco dias o prazo para apresentação das alegações finais e a 2ª Questão de Ordem para definir a oitiva do ex-ministro da Fazenda Guido Mantega, na qualidade de testemunha de defesa, e de Mônica Moura, João Santana e André Santana, os dois primeiros sócios e o último funcionário da empresa Polis Propaganda, como testemunhas do Juízo. Essas quatro novas testemunhas foram ouvidas com a maior brevidade possível. Em 6.4.2017, foi ouvido o ex-ministro Guido Mantega; e em 24.4.2017, as demais.³³¹

Em despacho de fls. 7.510/7.516, foi decidido sobre diversos requerimentos apresentados pela candidata representada, declarada encerrada a instrução processual e concedido prazo comum de cinco dias para apresentação de alegações finais, nos termos do que havia sido decidido pelo Colegiado em Questão de Ordem.³³²

As partes apresentaram novas alegações finais. Os representantes requereram a procedência das ações, reafirmando que não se constatou em nenhum momento o envolvimento

³²⁸ Ibid.

³²⁹ Ibid.

³³⁰ Id. **TSE terá quatro sessões para julgar AIJE 194358, que pede a cassação de Dilma e Temer**. Brasília, 5 jun. 2017e. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/tse-tera-quatro-sessoes-para-julgar-aije-194358-que-pede-a-cassacao-de-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

³³¹ BRASIL, op. cit.

³³² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Por 4 votos a 3, Plenário do TSE nega pedido de cassação da chapa Dilma e Temer**. Brasília, 9 jun. 2017c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/por-4-votos-a-3-plenario-do-tse-decide-pela-nao-cassacao-da-chapa-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

do candidato representado em qualquer prática ilícita, mas que, em relação à candidata representada, há comprovação cabal de sua responsabilidade pelos abusos ocorridos, justificando a procedência das ações.³³³

A defesa de Michel Temer, por sua vez, requereu: a) a anulação dos depoimentos que extrapolaram a causa de pedir, que não foram requeridos pelas partes ou que se deram de forma ilegal na instrução, retirando-os dos autos e julgando-se totalmente improcedentes as demandas; b) não sendo este o entendimento, tendo em conta não ter havido gravidade suficiente nas condutas, especialmente para a desconstituição de mandato presidencial, devem ser julgadas improcedentes as demandas, ressalvada a extração de ofícios para apuração dos indícios criminais verificados; c) a apreciação das condutas individualmente, por não haver rigorosamente nenhum apontamento em relação ao Presidente Michel Temer, devendo a demanda ser julgada improcedente quanto ao representado e mantido o seu mandato.³³⁴

E a defesa de Dilma Rousseff, a seu turno, requereu: a) o acolhimento das preliminares arguidas (perda superveniente do objeto em virtude da cassação de mandato em processo de impeachment; litispendência; impossibilidade de o TSE cassar diploma de Presidente da República; extrapolação ilegal do objeto da demanda; cerceamento de defesa); b) no mérito, a improcedência das ações, diante da comprovação da inocorrência de ato de abuso de poder político ou econômico e da absoluta regularidade na arrecadação e nas despesas da campanha presidencial da chapa Dilma-Temer e da demonstração inequívoca de que não restaram provados os fatos alegados pelos autores.³³⁵

Acostado, no mais, parecer do MPE – que concluiu no sentido da procedência da ação para o fim de cassar os diplomas dos representados Dilma Vana Rousseff e Michel Miguel Elias Temer Lulia, bem como para declarar a inelegibilidade da primeira representada pelo prazo de oito anos.³³⁶

Quatro sessões solenes seriam designadas pelo então Presidente do TSE, Min. Gilmar Mendes, para o julgamento de mérito do caso.³³⁷ Os brasileiros voltariam às atenções, em junho

³³³ Ibid.

³³⁴ Ibid.

³³⁵ Ibid.

³³⁶ Íntegra do Parecer em: BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral Eleitoral. **Parecer ND N° 7.236/2017**, de 11 de maio de 2017a. Ementa: investigação judicial eleitoral. Abuso de poder econômico. Gravidade. Cassação de diplomas. Unidade e incidibilidade de chapa em eleição majoritária. Inelegibilidade. Responsabilidade pessoal. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2017/06/AIJE-1943-58_parecer-versa%CC%83o-final_2.pdf>. Acesso em: 12 maio 2017.

³³⁷ “O presidente do TSE, ministro Gilmar Mendes, definiu quatro sessões plenárias – nos dias 6, 7 e 8 de junho – destinadas exclusivamente ao julgamento da ação. A sessão do dia 6 de junho ocorrerá às 19h. No dia 7, quarta-feira, a sessão será realizada às 9h. Já no dia 8 de junho, haverá duas sessões, às 9h e às 19h. Das quatro sessões definidas, duas serão extraordinárias (quarta de manhã e quinta-feira à noite)”. BRASIL. Tribunal Superior

de 2017, para o julgamento de quatro dias no qual o TSE decidiria manter ou não a higidez do resultado do processo eleitoral de 2014 e, conseqüentemente, Michel Temer (PMDB) na Presidência da República.³³⁸ O julgamento seria encerrado, finalmente, em data de 09 de junho de 2017. E ficaria para a posteridade como a “cassação da chapa Dilma-Temer”³³⁹, o “julgamento do século” na Justiça Eleitoral brasileira.

4.5 A posição adotada pelo Ministério Público Eleitoral

Em pareceres acostados aos autos, por intermédio do então Vice Procurador Geral Eleitoral, Nicolao Dino, o MPE manifestou-se no sentido da *procedência* das ações, com a conseqüentemente *cassação* dos diplomas e dos mandatos eletivos outorgados à chapa majoritária vitoriosa no processo eleitoral de 2014 e a imposição de *inelegibilidade* em face de Dilma Rousseff, apenas.

Segundo o *parquet* eleitoral, atuante no caso na condição de *fiscal da lei*, os representantes ajuizaram três ações em desfavor dos representados Dilma Vana Rousseff e Michel Miguel Elias Temer Lulia, imputando-lhes a prática de atos ilícitos relacionados ao pleito eleitoral de 2014: AIME nº 7-61, representação nº 8-46 e a AIJE nº 1943-58.

Em razão da identidade dos fatos relatados nesses três processos, por meio de decisão monocrática exarada pelo Ministro Dias Toffoli, em 25.2.2016, determinou-se a reunião das demandas, sob a relatoria da Corregedoria Geral Eleitoral. Por força de decisão exarada pela então Corregedora-Geral, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em 19.4.2016, nos autos deste processo, determinou-se a instrução probatória dos citados feitos exclusivamente na AIJE. Assim, em razão da quase absoluta identidade de fatos entre as três ações reportadas, bem como em virtude de sua instrução conjunta, os pareceres ministeriais optaram por abordar também em conjunto todos os fatos noticiados nas três demandas apontadas.³⁴⁰

Eleitoral. **TSE terá quatro sessões para julgar AIJE 194358, que pede a cassação de Dilma e Temer.** Brasília, 5 jun. 2017e. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/tse-tera-quatro-sessoes-para-julgar-aije-194358-que-pede-a-cassacao-de-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

³³⁸ JULGAMENTO do TSE que absolveu a chapa Dilma-Temer foi destaque em junho. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 dez. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-25/julgamento-absolveu-chapa-dilma-temer-foi-destaque-junho>>. Acesso em: 12 out. 2018.

³³⁹ P. ex.: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Quem venceu no TSE? A teoria do avestruz ou do cofrinho? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/diario-classe-quem-venceu-tse-teoria-avestruz-ou-cofrinho>>. Acesso em: 12 out. 2018.

³⁴⁰ Íntegra em: BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral Eleitoral. **Parecer ND Nº 7.236/2017**, de 11 de maio de 2017a. Ementa: investigação judicial eleitoral. Abuso de poder econômico. Gravidade. Cassação de diplomas. Unidade e incindibilidade de chapa em eleição majoritária. Inelegibilidade. Responsabilidade pessoal. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2017/06/AIJE-1943-58_parecer-versa%CC%83o-final_2.pdf>. Acesso em: 12 maio 2017.

Com relação às *preliminares* arguidas por ambos os representados, afirmou, pois, o MPE, que: a) não há que se falar em prova ilícita derivada de vazamentos. A colheita da prova questionada não teve origem em vazamentos, mas em pedido de compartilhamento dirigido ao STF; b) admitir-se eventual contaminação da produção de prova, em razão de odiosos vazamentos na imprensa, equivaleria ao estabelecimento de uma perigosa e indevida forma alternativa de nulificação de processos, a partir da proposital revelação de dados de procedimentos, por parte de quem eventualmente tenha espúrio interesse em sua invalidação; c) ademais, ainda que se tomasse como correta a versão de “contaminação” da prova, a análise dos financiamentos – regulares e irregulares – da empresa Odebrecht na campanha da chapa representada remete-nos às teorias da exceção da descoberta inevitável e da fonte independente. Vale dizer, os elementos referentes às doações de tal empresa à campanha presidencial em tela viriam ser, como de fato foram inevitavelmente investigados tendo em vista ser pública e notória – aliás, fato relatado na prestação de contas da representada – a relação dos principais doadores da campanha.³⁴¹

Já quanto ao *mérito* das ações judiciais eleitorais em voga, o parecer ministerial eleitoral caminhou no seguinte sentido, *verbis*: a) configura abuso de poder econômico, a movimentação de grande volume de dinheiro destinado à campanha eleitoral, oriundo de doações empresariais de forma ilícita, sem registro contábil (caixa 2), e doações por interposta pessoa (caixa 3), relativas a expectativa de obtenção de favorecimento ou vantagem econômica, troca de favores políticos, notadamente em face de celebração de contratos ou negócios com empresas estatais; b) configura abuso de poder econômico a “compra” de legendas partidárias para adesão à coligação e ampliação de horário destinado à propaganda eleitoral; c) evidencia abuso de econômico a indicação de gastos com produção de material gráfico, sem que tenha sido devidamente comprovada a efetiva realização dos serviços gráficos, ante a constatação de empresas “fantasmas”, destinatárias de elevada soma de recursos, tudo a evidenciar, inclusive, a prática de lavagem de dinheiro; d) para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam (Art. 22, XVI, da LC n.º 64/90). Considera-se abusivo o fato que, por sua gravidade, ostente objetivamente aptidão para comprometer a normalidade e a legitimidade do pleito; e) segundo o art. 77, § 1º, da Constituição da República, “[...] a eleição do Presidente da República importará a do Vice-Presidente com ele registrado”.³⁴² Vale dizer,

³⁴¹ Íntegra em: *Ibid.*

³⁴² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

a chapa, na eleição majoritária, é una e indivisível, sendo que, para fins de cassação de registro ou de diploma, a sorte do titular importa a sorte de seu vice. Assim, inviável é a cisão da chapa, no tocante à consequência jurídica de cassação de registro/diploma em AIJE, sendo incabível a cassação da titular, sem que tal medida atinja, também, o vice; f) nos termos do art. 22, XIV, da LC nº 64/90:

Julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subseqüentes à eleição em que se verificou [...].³⁴³

Aplicação da sanção de inelegibilidade pressupõe a demonstração da participação ou responsabilidade do(s) candidato(s) nos ilícitos apurados. Comprovado o conhecimento, o domínio dos fatos configuradores do abuso de poder econômico, curial é a imposição da sanção de inelegibilidade. Ausentes elementos que vinculem a figura do candidato à prática ou ao conhecimento dos fatos narrados nos autos, não se decreta inelegibilidade. Sem responsabilidade pessoal, não há que se falar em inelegibilidade.³⁴⁴

Segundo o parecer exarado pelo MPE, teria restado demonstrado nos autos “[...] *que a então candidata Dilma Vana Rousseff tinha conhecimento sobre a forma dos pagamentos realizados a João Santana, responsável por sua campanha, via Caixa 2*”³⁴⁵ (fls. 138 da peça) (grifo nosso). Além disso, seguiu o referido parecer,

[...] os depoimentos de Marcelo Odebrecht e de executivos de seu grupo deixaram claro que Guido Mantega tinha plena consciência dos ilícitos eleitorais perpetrados pela Odebrecht em favor da campanha dos representados, tendo sido dele a determinação, originalmente dada pela representada, para que Marcelo Odebrecht canalizasse seus recursos financeiros, a partir de maio de 2014, apenas à campanha dos representados.³⁴⁶ (fls. 138 do parecer)

³⁴³ Id. **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: 10 out. 2018.

³⁴⁴ Íntegra em: BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral Eleitoral. **Parecer ND Nº 7.236/2017**, de 11 de maio de 2017a. Ementa: investigação judicial eleitoral. Abuso de poder econômico. Gravidade. Cassação de diplomas. Unidade e incindibilidade de chapa em eleição majoritária. Inelegibilidade. Responsabilidade pessoal. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2017/06/AIJE-1943-58_parecer-versa%CC%83o-final_2.pdf>. Acesso em: 12 maio 2017.

³⁴⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral Eleitoral. **Parecer ND Nº 7.236/2017**, de 11 de maio de 2017a. Ementa: investigação judicial eleitoral. Abuso de poder econômico. Gravidade. Cassação de diplomas. Unidade e incindibilidade de chapa em eleição majoritária. Inelegibilidade. Responsabilidade pessoal. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2017/06/AIJE-1943-58_parecer-versa%CC%83o-final_2.pdf>. Acesso em: 12 maio 2017.

³⁴⁶ Ibid.

De mais a mais,

[...] a vinculação da planilha ‘Pós-Itália’ a Mantega era corriqueira entre os executivos e funcionários do Grupo, mormente daqueles ligados ao Setor de Operações Estruturadas. Ainda quanto a esse ponto, há que ser destacado que os documentos trazidos aos autos por Marcelo Odebrecht demonstram ter havido dezenas de reuniões entre ele e Guido Mantega, a revelar o nível de proximidade existente entre os dois. Além disso, Guido Mantega era não só Ministro da Fazenda da representada, como também um dos responsáveis diretos por sua campanha, ao lado de Edinho Silva. Ou seja, Guido Mantega era pessoa de sua mais estrita confiança. Tanto que Marcelo Odebrecht afirmou que Dilma Rousseff lhe falou que assuntos de contribuições deveriam ser tratados diretamente com Guido Mantega (fl. 36 de seu depoimento).³⁴⁷ (fls. 138-139)

Ademais, segundo a peça processual em comento, somem-se a isso os depoimentos prestados por João Santana e Mônica Moura, “[...] *que afirmaram, textualmente, que a representada tinha consciência de que uma parte do pagamento por seus serviços era oriunda de Caixa 2, de responsabilidade da Odebrecht*”³⁴⁸ (fls. 139-140) (grifo nosso).

À luz desse contexto, concluiria, pois, o MPE, no sentido de que:

[...] a representada tinha conhecimento da forma como a Odebrecht estava financiando sua campanha eleitoral, dos ilícitos praticados em benefício de sua candidatura, com eles anuindo. Tendo ciência dos acontecimentos, bastava à representada coibir ou censurar a prática de tais condutas. Omitiu-se, porém. Nada fazendo, chamou a si a responsabilidade direta pelos fatos. Tais circunstâncias atraem a responsabilidade direta para a representada pela forma como sua campanha foi financiada pelo Grupo Odebrecht, atraindo, com isso, a sanção de inelegibilidade prevista no art. 22, XIV, da LC nº 64/90.³⁴⁹ (fls. 140-141)

No mais, com relação ao representado Michel Temer, consignou-se, por oportuno, que:

[...] não há elementos nos autos que liguem o representado Michel Miguel Elias Temer Lulia aos fatos narrados pelos executivos da Odebrecht, referentes ao financiamento ilícito da campanha dos representados, ou que revelem que ele haja tomado conhecimento da prática das ilicitudes em curso. Também ausentes elementos que vinculem a figura do então candidato a Vice-Presidente à prática ou ao conhecimento dos demais fatos noticiados nos

³⁴⁷ Ibid.

³⁴⁸ Ibid.

³⁴⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral Eleitoral. **Parecer ND Nº 7.236/2017**, de 11 de maio de 2017a. Ementa: investigação judicial eleitoral. Abuso de poder econômico. Gravidade. Cassação de diplomas. Unidade e incindibilidade de chapa em eleição majoritária. Inelegibilidade. Responsabilidade pessoal. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2017/06/AIJE-1943-58_parecer-versa%CC%83o-final_2.pdf>. Acesso em: 12 maio 2017.

autos. Sem responsabilidade pessoal do segundo representado, não há que se falar em inelegibilidade.³⁵⁰ (fls. 142)

O parecer do MPE, por intermédio destes argumentos, foi, então, no sentido da *procedência* da ação, para o fim de *cassar os diplomas* dos representados, Dilma Vana Rousseff e Michel Miguel Elias Temer Lulia, bem como para declarar a *inelegibilidade da primeira representada*, pelo prazo de *oito anos*.

4.6 O julgamento

O presidente do TSE, Min. Gilmar Mendes, “[...] definiu quatro sessões plenárias – nos dias 6, 7 e 8 de junho – destinadas exclusivamente ao julgamento da ação”.³⁵¹ Das quatro sessões definidas, duas foram extraordinárias (quarta de manhã e quinta-feira à noite). A AIJE n° 194358 tramitou em conjunto com a AIJE n° 154781, a AIME n° 761 e a RP n° 846. Ambas seriam julgadas conjuntamente. A apresentação das ações iniciou em plenário no dia 04 de abril de 2017, mas ao analisar duas questões de ordem, antes do julgamento do caso,

[...] os ministros decidiram ouvir outras testemunhas no processo – o ex-ministro da Fazenda Guido Mantega, o publicitário João Santana, Mônica Moura e André Luiz Santana. Na ocasião, o Plenário fixou também o prazo de cinco dias, após a oitiva das testemunhas, para a apresentação das alegações finais.³⁵²

Naquela quadra histórica, compunham a Corte os seguintes Ministros: Gilmar Mendes (Presidente), Luiz Fux (Vice-Presidente), Rosa Weber, Herman Benjamin (Corregedor-Geral Eleitoral e Relator do caso), Napoleão Nunes Maia Filho, Admar Gonzaga e Tarcísio Vieira de Carvalho Neto.³⁵³ A Corte é composta por sete ministros: três são originários do STF, dois do

³⁵⁰ Ibid.

³⁵¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **TSE terá quatro sessões para julgar AIJE 194358, que pede a cassação de Dilma e Temer**. Brasília, 5 jun. 2017e. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/tse-tera-quatro-sessoes-para-julgar-aije-194358-que-pede-a-cassacao-de-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

³⁵² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **TSE terá quatro sessões para julgar AIJE 194358, que pede a cassação de Dilma e Temer**. Brasília, 5 jun. 2017e. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/tse-tera-quatro-sessoes-para-julgar-aije-194358-que-pede-a-cassacao-de-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

³⁵³ CONHEÇA o perfil dos ministros do TSE publicado pelo Anuário da Justiça. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 jun. 2017. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-06/veja-quem-sao-ministros-tse-julgarao-michel-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

STJ e dois representantes da classe dos juristas – advogados com notável saber jurídico e idoneidade.³⁵⁴

O julgamento destes processos no Plenário do TSE seguiu a mesma metodologia adotada nos demais processos julgados nas sessões do Tribunal. De acordo com o regimento interno, o relator da matéria, que também exerce a função de corregedor-geral da Justiça Eleitoral, Min. Herman Benjamin, deveria “[...] iniciar o julgamento com a leitura do relatório da ação, que traz um resumo das diligências feitas, dos depoimentos e provas coletados, das perícias, e das providências solicitadas pelo relator durante a fase de instrução processual”.³⁵⁵

Logo no início dos trabalhos, o Vice Procurador Geral Eleitoral, Nicolao Dino, apresentou arguição de suspeição, para que o ministro Admar Gonzaga “[...] fosse considerado impedido de participar do julgamento do processo, por ter atuado como advogado de Dilma Rousseff na campanha presidencial de 2010”.³⁵⁶ O requerimento, feito a destempo (o julgamento já havia se iniciado, diga-se) e sem maiores fundamentos fático-jurídicos (os fatos trazidos teriam ocorrido há mais de sete anos), gerou tensão e constrangimentos no Plenário. Considerada, então, a impertinência da investida, a “[...] proposta foi rejeitada por unanimidade pelos ministros do TSE”.³⁵⁷

Em seu relatório, previamente disponibilizado por escrito aos demais ministros integrantes do Colegiado, Herman Benjamin fez um resumo do caso, indicando, pois, os argumentos da acusação, da defesa, as fases processuais, as provas produzidas, o parecer do MPE e as alegações finais das partes. O relator citou trechos de depoimentos prestados por algumas delas, tanto de acusação como de defesa, para ressaltar argumentos trazidos por ambas às partes. De acordo com as ações contra Dilma e Temer,

[...] pessoas indicadas por políticos e nomeadas pela requerida [Dilma Rousseff] organizavam um grupo de grandes empreiteiras para, em um processo de cartelização, direcionar contratos superfaturados e empresas específicas, através dos quais se desviaram recursos públicos para o PT, o Partido Progressista (PP) e o PMDB, com o pagamento de propina, que variava entre 1% e 3% do valor dos contratos.³⁵⁸

³⁵⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **O TSE**. Brasília, 2018c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/o-tse/sobre-o-tse/apresentacao>>. Acesso em: 12 out. 2018.

³⁵⁵ BRASIL. op. cit.

³⁵⁶ Id. **Por 4 votos a 3, Plenário do TSE nega pedido de cassação da chapa Dilma e Temer**. Brasília, 9 jun. 2017c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/por-4-votos-a-3-plenario-do-tse-decide-pela-nao-cassacao-da-chapa-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

³⁵⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitora. **Por 4 votos a 3, Plenário do TSE nega pedido de cassação da chapa Dilma e Temer**. Brasília, 9 jun. 2017c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/por-4-votos-a-3-plenario-do-tse-decide-pela-nao-cassacao-da-chapa-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

³⁵⁸ Ibid.

Assim, o PSDB e a Coligação Muda Brasil ressaltaram que tais recursos, além de ilegais, permitiram que os adversários obtivessem vantagem desproporcional em relação aos demais candidatos na campanha de 2014. Nas alegações finais da instrução processual, a defesa da ex-presidente Dilma Rousseff afirmou que a candidata não praticou qualquer ato de abuso de poder político e econômico durante a eleição de 2014 e que os testemunhos coletados nas ações mostraram isso. Afirmou também que não houve qualquer ilegalidade de arrecadação na campanha da chapa Dilma-Temer naquele ano. A defesa pediu a exclusão nas ações dos depoimentos do ex-presidente da Odebrecht, Marcelo Odebrecht, João Santana e Mônica Moura. Já a defesa de Michel Temer pediu a anulação dos depoimentos que “teriam extrapolado a causa de pedir” das ações do PSDB e da Coligação Muda Brasil, pois não teriam sido requeridos pelas partes ou ocorreram de forma ilegal, sobretudo os de executivos da construtora Odebrecht. Por fim, as defesas de Dilma Rousseff e Michel Temer solicitaram que o TSE julgasse totalmente improcedentes as ações, por absoluta falta de provas.³⁵⁹

Em seguida, o presidente do TSE, ministro Gilmar Mendes, “[...] concedeu a palavra, da tribuna, aos advogados de acusação e aos de defesa das partes envolvidas, nessa ordem”.³⁶⁰ Depois, o MPE faria suas considerações. Conforme a Resolução TSE nº 23.478/2016, em seu artigo 16, inciso I, o prazo para as partes fazerem sustentação oral é de 15 minutos nos feitos originais. No entanto, considerados os casos omissos, na forma do artigo 94 do Regimento Interno do TSE (RITSE), aplica-se, subsidiariamente, o Regimento Interno do STF, o qual, no parágrafo 2º do artigo 132, assevera: “§ 2º Se houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, o prazo, que se contará em dobro, será dividido igualmente entre os do mesmo grupo, se diversamente entre eles não se convencionar”.³⁶¹ “Dessa forma, aos representantes, seria destinado o tempo de 15 minutos – inciso I do artigo 16 da referida resolução. Aos representados, o dobro, 30 minutos – parágrafo 2º do artigo 132 do Regimento Interno do STF, na forma do artigo 94 do RITSE.”³⁶² Encerradas essas etapas, apenas após o respectivo encerramento, é que o ministro Herman Benjamin apresentaria o seu voto. Na

³⁵⁹ Id. **TSE retoma julgamento de ações contra Dilma Rousseff e Michel Temer com leitura de relatório.** Brasília, 6 jun. 2017d. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/tse-retoma-julgamentos-de-aco-es-contr-a-dilma-rousseff-e-michel-temer-com-leitura-de-relatorio>>. Acesso em: 13 out. 2018.

³⁶⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **TSE terá quatro sessões para julgar AIJE 194358, que pede a cassação de Dilma e Temer.** Brasília, 5 jun. 2017e. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/tse-tera-quatro-sessoes-para-julgar-aije-194358-que-pede-a-cassacao-de-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

³⁶¹ Id. **Regimento interno.** Brasília: STF, 2018a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

³⁶² BRASIL, op. cit.

sequência votariam os ministros: Napoleão Nunes Maia, Admar Gonzaga, Tarcísio Vieira, o vice-presidente do TSE, ministro Luiz Fux, a ministra Rosa Weber e, por último, o presidente da Corte Eleitoral, ministro Gilmar Mendes, conforme prevê a regra do artigo 24 do Regimento Interno do TSE.³⁶³

Os advogados da ex-presidente Dilma Rousseff e do ex-presidente Michel Temer “[...] foram tão enfáticos na defesa da inocência dos clientes quanto o Ministério Público na defesa da culpa”.³⁶⁴ Os argumentos foram apresentados na noite da terça-feira, 06 de junho de 2017, ao TSE. Depois que o relator, ministro Herman Benjamin, apresentou seu relatório sobre o caso, “[...] as defesas, o proponente da ação e o MP tiveram direito à sustentação oral para exporem seus argumentos. Todos tiveram 15 minutos para falar”.³⁶⁵

Pelo PSDB e pela Coligação “Muda Brasil” (PSDB/PMN/SD/DEM/PEN/PTN/PTB/PTC/PT do B), autores das ações que requereram a cassação dos diplomas e mandatos de Dilma e Temer, “[...] falaram os advogados José Eduardo Alckmin e Flávio Henrique Costa Pereira. Segundo Alckmin, não existem dúvidas de que foram cometidos na campanha ilícitos que configuram abuso de poder econômico e político”.³⁶⁶ Segundo o advogado, que é ex-ministro do TSE e um dos mais experientes advogados eleitorais brasileiros, a chapa majoritária eleita em 2014 “[...] não observou as regras eleitorais para arrecadar e gastar recursos na campanha. A instrução levada a cabo pelo ministro Herman mostrou que existem fatos que configuram abuso”³⁶⁷, disse da tribuna.

Para Eduardo Alckmin, Dilma sabia que recursos oriundos de caixa dois pagos pela empreiteira Odebrecht estavam sendo utilizados para pagamento de gastos da sua campanha, inclusive para quitar dívidas com o marqueteiro João Santana. Ele afirma que a prática foi revelada em delações premiadas de Marcelo Odebrecht, Santana e Mônica Moura, mulher do marqueteiro.³⁶⁸ Segundo o advogado, “[...] o uso do dinheiro de caixa dois na campanha impossibilitou disputa de igual para igual com outros candidatos”.³⁶⁹

³⁶³ Ibid.

³⁶⁴ GALLI, Marcelo; TEIXEIRA, Matheus. Defesas e MP apresentam argumentos no julgamento de Dilma e Temer no TSE. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-06/defesas-mp-apresentam-argumentos-julgamento-dilma-temer-tse>>. Acesso em: 13 out. 2018.

³⁶⁵ Ibid.

³⁶⁶ GALLI, Marcelo; TEIXEIRA, Matheus. Defesas e MP apresentam argumentos no julgamento de Dilma e Temer no TSE. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-06/defesas-mp-apresentam-argumentos-julgamento-dilma-temer-tse>>. Acesso em: 13 out. 2018.

³⁶⁷ Ibid.

³⁶⁸ Ibid.

³⁶⁹ Ibid.

Já Costa Pereira afirmou que Dilma fez sua campanha baseada em mentiras não só criadas pelo marqueteiro, mas também pela administração da petista, citando o exemplo do combate à pobreza, uma das principais bandeiras do governo. Para ele, o chamado ‘fim da pobreza’ no país, propagandeado pelo governo, era mentiroso. Na opinião do advogado, a campanha não conseguiu comprovar a prestação de serviços prestados por empresas, o que ‘causou enriquecimento sem causa de pessoas jurídicas diversas’, afirmou.³⁷⁰

Na defesa da ex-presidente Dilma Rousseff, falou o advogado Flavio Caetano. O advogado iniciou sua defesa lembrando que “[...] o PSDB pediu ao TSE, logo após o término das eleições, a investigação da segurança das urnas, alegando que houve fraude no pleito, com base de comentário de eleitores na internet”³⁷¹, algo que daria o tom da conduta dos autores, que jamais teriam aceitado o resultado das urnas e, com isso, estariam tentando utilizar a Justiça Eleitoral para reverter aquilo que eles próprios não conseguiram, isto é, a vitória eleitoral. Defendeu que os serviços gráficos e de montagem de palanque “[...] foram prestados e que não houve irregularidade no pagamento das empresas. Afirmou também que juntou ao processo oito mil documentos provando a prestação dos serviços”.³⁷²

Falando sobre doações de empreiteiras à campanha de Dilma, “[...] lembrou que as mesmas empresas deram dinheiro também para Aécio Neves e membros do PSDB”.³⁷³ Para Caetano, as delações da Odebrecht, de João Santana e de Mônica Moura, trazidas aos autos por iniciativa do Ministro Relator, não deveriam fazer parte do processo, seja porque preclusa a possibilidade de produção de novas provas, seja porque haveria, com isso, inovações na causa de pedir, seja, enfim, porque delações premiadas são apenas meios de (obtenção de) prova e “[...] os delatores mentiram em suas declarações”.³⁷⁴

Ao encerrar a sua sustentação oral, refutando a tentativa da defesa de Temer de desmembrar o julgamento, além de separar as responsabilidades, o advogado lembrou que a CF e a jurisprudência do TSE consagram a “indivisibilidade da chapa”, de modo que, nas suas próprias palavras: “Aquilo que a Constituição uniu não cabe ao vice desunir ao bel prazer”.³⁷⁵ Requereu, então, a improcedência das ações, tudo em nome dos “[...] mais de 54 milhões

³⁷⁰ Ibid.

³⁷¹ Ibid.

³⁷² GALLI, Marcelo; TEIXEIRA, Matheus. Defesas e MP apresentam argumentos no julgamento de Dilma e Temer no TSE. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-06/defesas-mp-apresentam-argumentos-julgamento-dilma-temer-tse>>. Acesso em: 13 out. 2018.

³⁷³ Ibid.

³⁷⁴ Ibid.

³⁷⁵ Ibid.

conquistados na urna”.³⁷⁶ E, de toda e qualquer maneira, na hipótese de procedência, pugnou pela convocação de “[...] eleição direta para a escolha do (novo) presidente”.³⁷⁷

A sustentação oral realizada pela defesa de Michel Temer ficou a cargo dos advogados Marcus Vinícius Furtado Coêlho e Gustavo Guedes. Eles sustentaram que fatos estranhos às acusações propostas pelo PSDB não poderiam ser levados em consideração, “[...] sob pena de ferir o princípio da estabilização da demanda”.³⁷⁸ Ambos garantiram, também, que não houve irregularidade na contratação de gráficas. E, mesmo que houvesse, “[...] esse fato só permite especular que houve prejuízo, e não benefício à campanha”.³⁷⁹

Da tribuna do TSE, Coêlho afirmou que não ficou comprovado no curso dos processos qualquer envolvimento de Michel Temer nas irregularidades. Segundo ele: “O próprio parecer apresentado pelo Ministério Público deixa claro que os autos do processo não mostram ligações de Temer com as acusações”.³⁸⁰ O advogado insistiu na tese de que só fatos específicos presentes na petição inicial poderiam servir de elementos para fundamentar uma decisão – “[...] o TSE tem aplicado, reiteradamente, o princípio da estabilização da demanda. Isso significa que, na jurisprudência do tribunal, o julgamento leva em conta apenas os fatos narrados na petição inicial, com o objetivo de não ferir a ampla defesa e o contraditório”³⁸¹, disse.

Citou-se, para tanto, parecer de lavra do Prof. Dr. Luiz Fernando Casagrande Pereira, a partir do qual foi demonstrado que:

*A instrução tardia que revelou fatos essenciais novos, de conhecimento superveniente. Tais fatos conformam causas de pedir novas que, em tese, poderiam autorizar uma nova demanda de cassação contra a chapa do CONSULENTE. Esta ação nova não pode mais ser proposta pelo óbice do prazo decadencial. Se não pode mais ação nova, não pode ser utilizada ação em curso para burlar o prazo. Antes mesmo disso, certo é que apenas a regra da estabilização da demanda já impede o conhecimento de tais fatos novos essenciais. Por qualquer olhar, os fatos novos não podem compor o objeto litigioso levado a julgamento.*³⁸² (grifo nosso).

³⁷⁶ Ibid.

³⁷⁷ Ibid.

³⁷⁸ Ibid.

³⁷⁹ Ibid.

³⁸⁰ Ibid.

³⁸¹ GALLI, Marcelo; TEIXEIRA, Matheus. Defesas e MP apresentam argumentos no julgamento de Dilma e Temer no TSE. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-06/defesas-mp-apresentam-argumentos-julgamento-dilma-temer-tse>>. Acesso em: 13 out. 2018.

³⁸² PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande. **Parecer**. Curitiba, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-temer-luiz-fernando-casagrande.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2018.

Já para Guedes, caso a Corte aceitasse provas estranhas à ação inicial, “[...] passará uma mensagem muito perigosa às instâncias inferiores [...] isso porque há o prazo decadencial. O prazo de 15 dias foi estabelecido para dar estabilidade ao mandato, pressuposto para o exercício da democracia”.³⁸³⁻³⁸⁴ Advertiu, de mais a mais, que a não aceitação destas provas, com a improcedência das ações, *não representaria uma anistia*, afinal: “Não aceitar não significa que não serão considerados ou que ninguém sofrerá uma sanção. Há sanções específicas para esses casos e estão na matéria penal, com penas talvez ainda mais graves. Significa respeitar a decadência e o devido processo legal”.³⁸⁵

O Vice Procurador Geral Eleitoral, por outro lado, afirmou, em sua manifestação oral, que os fatos narrados durante o curso dos processos evidenciaram “[...] um fabuloso esquema de apropriação de empresas públicas por meio de empreiteiras que mantinham contratos superfaturados com estatais”.³⁸⁶ Os fatos relatados não significavam dizer que havia repasse direto da Petrobras para o financiamento da chapa presidencial, “[...] mas o pano de fundo apresentado deixa claro que as principais agremiações da coligação, PT, PMDB e PP, foram beneficiadas”³⁸⁷, segundo o MPE. Provas orais e documentais compartilhadas pela “forçatarefa” da “lava-jato”, destacou o representante do órgão ministerial eleitoral, “[...] evidenciam a configuração de abuso de poder econômico”.³⁸⁸ Também, na esteira da fala do MPE, “[...] ficaram configuradas fraudes nos contratos com as gráficas [...]”.³⁸⁹ Nas empresas que foram objeto de “exaustivo trabalho pericial”, constatou-se que as firmas não tinham capacidade operacional e que outras subcontratadas sequer foram localizadas, pois pertenciam a laranjas. Pessoas que receberam dinheiro da campanha não mostraram como aplicaram os valores.³⁹⁰ Assim, para o MPE, estaria demonstrado “[...] que teve gasto de campanha não realizado de forma transparente”.³⁹¹

Votaria, em seguida, o Ministro Relator, Min. Herman Benjamin. Iniciada a prolação do voto, ela seria concluída na sessão do dia 09 de junho. Herman Benjamin votaria pela

³⁸³ GALLI; TEIXEIRA, op. cit.

³⁸⁴ O referido “prazo de 15 dias” refere-se ao prazo, de natureza decadencial, hábil à propositura da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, isto é, até quinze dias após a diplomação dos eleitos.

³⁸⁵ GALLI; TEIXEIRA, op. cit.

³⁸⁶ Ibid.

³⁸⁷ GALLI, Marcelo; TEIXEIRA, Matheus. Defesas e MP apresentam argumentos no julgamento de Dilma e Temer no TSE. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-06/defesas-mp-apresentam-argumentos-julgamento-dilma-temer-tse>>. Acesso em: 13 out. 2018.

³⁸⁸ Ibid.

³⁸⁹ Ibid.

³⁹⁰ Ibid.

³⁹¹ Ibid.

cassação da chapa formada por Dilma Rousseff e Michel Temer, por entender que houve abuso de poder político e econômico na campanha de ambos na última eleição presidencial.³⁹² Não obstante, dos quatro dias de julgamento no TSE, os três primeiros praticamente seriam “[...] tomados com o exame de questões processuais”, como bem indicaram Roberta Maia Gresta e Fernando Neisser.³⁹³ Isso porque, segundo os autores, *ali estava concentrada a principal tensão a ser resolvida*, ou seja: “[...] se a ação seria julgada com base apenas em fatos aduzidos nas petições iniciais ou se outros, alegados posteriormente, deveriam ser levados em consideração”.³⁹⁴

O debate girava em torno da “estabilização da demanda”, prevista atualmente no art. 329 do Código de Processo Civil (CPC/2015), em função da qual, na esteira da doutrina de Roberta Gresta e Fernando Neisser, “[...] a causa de pedir fática e a jurídica se tornam imutáveis a partir da conclusão da fase postulatória do processo”.³⁹⁵ Há, segundo os autores, “[...] um objetivo de eficiência processual comumente associado à estabilização, que é evitar a prática de atos inúteis – porquanto sem relação como o que será julgado – na fase instrutória”.³⁹⁶ Mas há também um *viés garantista na regra* – eis a principal razão (!), em nosso entender: “[...] uma vez que vincula também o juiz, a estabilização consolida a preclusão *pro judicato*, assegurando que a decisão final atenda ao princípio da não-surpresa”.³⁹⁷

A regra processual não era, certamente, desconhecida de qualquer dos Ministros, conforme anotam Gresta e Neisser. Mas o debate se travou sobre: “1) a possibilidade de desconsideração dessa regra no âmbito das ações eleitorais; 2) a existência de prévia decisão pelo alargamento da demanda, em Agravo Interno julgado na AIME 7-61; 3) o destino a ser dado às provas da denominada “fase Odebrecht”.³⁹⁸

A abertura do voto do Ministro Herman Benjamin encaminhou-se no sentido de reivindicar o tratamento da AIJE como investigação. Destacando a nomenclatura “ação de

³⁹² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ministro Herman Benjamin vota pela cassação da chapa Dilma-Temer por abuso de poder político e econômico**. Brasília, 9 jun. 2017b. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/ministro-herman-benjamin-vota-pela-cassacao-da-chapa-dilma-temer-por-abuso-de-poder-politico-e-economico>>. Acesso em: 13 out. 2018.

³⁹³ GRESTA, Roberta Maia; NEISSER, Fernando Gaspar. Análise completa do julgamento da chapa Dilma/Temer pelo TSE. **Justificando**, [S.l.], 16 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/06/16/analise-completa-do-julgamento-da-chapa-dilma-temer-pelo-tse/>>. Acesso em: 14 out. 2018.

³⁹⁴ Ibid.

³⁹⁵ GRESTA, Roberta Maia; NEISSER, Fernando Gaspar. Análise completa do julgamento da chapa Dilma/Temer pelo TSE. **Justificando**, [S.l.], 16 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/06/16/analise-completa-do-julgamento-da-chapa-dilma-temer-pelo-tse/>>. Acesso em: 14 out. 2018.

³⁹⁶ Ibid.

³⁹⁷ Ibid.

³⁹⁸ Ibid.

investigação judicial eleitoral”, trazida no art. 22 da LC 64/90, afirmou ele que o procedimento tem por finalidade última descortinar e punir ilícitos, tanto alegados inicialmente quanto revelados no curso da ação. Sustentou ainda que as ações eleitorais, pelo interesse público de seu objeto, devem possibilitar a apuração da chamada “verdade real”. E ressaltou que essa compreensão é respaldada pelo art. 23 da LC 64/90, que chega a permitir ao Tribunal decidir com base em quaisquer indícios, presunções, circunstâncias e fatos que “preservem o interesse público de lisura eleitoral”, mesmo aqueles não indicados ou alegados pelas partes.³⁹⁹ As provas em voga deveriam ser acolhidas e apreciadas, compreendeu o Relator – isso será detidamente exposto e criticado a seguir, bem assim, principalmente, no último capítulo do trabalho.

Divergiram, contudo, os Ministros Napoleão Maia, Admar Gonzaga, Tarcísio Vieira e Gilmar Mendes, tudo por entenderem que o acolhimento destas provas, produzidas a destempo, afrontaria o *devido processo legal*, o *rito processual* constante do artigo 22 da LC nº 64/90 e garantia da *estabilização da demanda*.⁴⁰⁰⁻⁴⁰¹ Os demais Ministros insistiram, em contrapartida, mediante um olhar *consequencialista* e por meio de *argumentos de moral e de política*, para ficar claro, que, uma vez já ajuizadas as ações, “[...] esse aspecto constituiria filigrana”.⁴⁰² Nas palavras do Min. Luiz Fux, seria “[...] impossível uma corte descobrir e não levar em consideração. Nós somos uma corte. Avestruz é que enfia a cabeça no chão”.⁴⁰³

Vencida essa etapa, o julgamento adentraria ao mérito da controvérsia, sendo retomado pelo voto do Min. Relator, de modo, então, que se decidisse, enfim, pela (im)procedência das ações.

De acordo com o Ministro Relator, “é incontestável a ocorrência de tais crimes”, o que o leva a reconhecer “[...] pelo fundamento do conjunto da obra, os vícios que levam a cassação da chapa formada pela Coligação Com a Força do Povo”.⁴⁰⁴ Aplicando a jurisprudência do

³⁹⁹ Ibid.

⁴⁰⁰ Vejamos o que disse sobre a polêmica o Min. Gilmar Mendes, *verbis*: “[...]. Não se trata de apelo exagerado às formalidades processuais ressaltou, mas de respeito à aplicação do devido processo legal no Direito Eleitoral. O processo eleitoral tem um ethos que é o de resolver pendências com uma dada celeridade, mas também não produzir instabilidade”. (grifo nosso). TEIXEIRA, Matheus. “Há evidente extrapolação do objeto”, diz Gilmar sobre ação de cassação da chapa. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 jun. 2017a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-08/evidente-extrapolacao-objeto-gilmar-tse>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁴⁰¹ Também, por oportuno, cite-se a manifestação do Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, *litteris*: “[...]. Na minha visão, fatos estranhos à causa de pedir não podem ser considerados hoje, o que não quer significar impunidade. Os fatos não só podem, como devem ser investigados, mas pela competência adequada. A competência é o primeiro limite do poder do juiz. [...]”. (grifo nosso). Ibid.

⁴⁰² GRESTA, Roberta Maia; NEISSER, Fernando Gaspar. Análise completa do julgamento da chapa Dilma/Temer pelo TSE. **Justificando**, [S.l.], 16 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/06/16/analise-completa-do-julgamento-da-chapa-dilma-temer-pelo-tse/>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁴⁰³ Ibid.

⁴⁰⁴ Ibid.

TSE, disse ele, “meu voto é pela cassação da chapa presidencial eleita em 2014, pelos abusos que foram apurados nesses processos”.⁴⁰⁵

Questionado se seu voto seria aplicado à chapa ou aos candidatos individualmente, o relator foi enfático: “A minha conclusão é pela unicidade da chapa. Estou aplicando a jurisprudência do TSE. Ninguém elege vice-presidente da República. No Brasil, elegemos uma chapa, que esteja irmanada para o bem ou para o mal”⁴⁰⁶, disse ele.

Concluindo seu voto, o relator afirmou: “Existindo provas robustas da responsabilidade da chapa, por irregularidades eleitorais, reconheço a ocorrência de abuso de poder político e econômico”⁴⁰⁷, tudo com base no artigo 22, inciso XIV, da LC nº 64/90.

Acompanhariam o voto proferido pelo Min. Relator, no sentido da procedência das ações, os Ministros Luiz Fux e Rosa Weber. Ao votar, o ministro Luiz Fux acompanhou o relator, Herman Benjamin, para cassar integralmente a chapa Dilma-Temer nas eleições de 2014.

De acordo com o voto do ministro,

[...] hoje vivemos um verdadeiro pesadelo pelo descrédito das instituições, pela vergonha, pela baixa estima que hoje nutrimos em razão do despudor dos agentes políticos que violaram a soberania popular. O ambiente político hoje está severamente contaminado. E a hora do resgate é agora.

[...]

Luiz Fux considerou que os fatos que levaram à discussão nesse julgamento ‘[...] são gravíssimos, são insuportáveis’. [...] Ao acompanhar o relator, o ministro considerou que a decisão justa e efetiva é aquela que é proferida levando em consideração a realidade: ‘Direito e realidade não podem ser apartados justamente numa decisão final’, afirmou. Acolho as conclusões do relator, disse Fux, ao relatar os pontos relevantes que considera suficientes para a cassação da chapa, como a existência de ilícitos comprovados de ‘propina-poupança’ na Petrobras, distribuição de propinas, a existência de caixa dois, entre outros. Por fim, o ministro afirmou que vota pela cassação da chapa como magistrado e ‘como brasileiro que amo este país, que é o berço dos nossos filhos e netos, em nome da ética e da moralidade’.⁴⁰⁸

Já a Ministra Rosa Weber, também acompanhando o voto do Min. Relator, afirmou em seu voto que:

⁴⁰⁵ Ibid.

⁴⁰⁶ Ibid.

⁴⁰⁷ Ibid.

⁴⁰⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Por 4 votos a 3, Plenário do TSE nega pedido de cassação da chapa Dilma e Temer**. Brasília, 9 jun. 2017c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/por-4-votos-a-3-plenario-do-tse-decide-pela-nao-cassacao-da-chapa-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

[...] embora continue prevalecendo à imutabilidade dos elementos subjetivos e objetivos das demandas dos cursos dos procedimentos e ainda a exigência de correlação entre a petição inicial e a sentença (Princípio da Congruência), ela aprendeu que o juiz pode recorrer a determinadas situações, sobretudo quando no momento da produção da prova, surja fato novo que conduza a mesma consequência pretendida pelos autos da lide original.⁴⁰⁹

No que tange os novos depoimentos dos executivos da Odebrecht e dos marqueteiros João Santana e Mônica Moura, colhidos pela Justiça Eleitoral, a magistrada afirmou que todos eles foram ouvidos como testemunhas e não como colaboradores “[...] eles não obtiveram, com isso, nenhuma vantagem”.⁴¹⁰ Ainda segundo a ministra, a lei autoriza que fatos novos, descobertos na fase de investigação do processo, podem ser incluídos na ação se tiverem relação com o pedido original.⁴¹¹

A *divergência*, no entanto, seria instaurada pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Em seu voto divergente, o Min. Napoleão afirmou entendimento no sentido de “[...] não dar por provada a imputação e pela *improcedência* total dos pedidos”.⁴¹² De acordo com ele, “[...] o juiz deve sempre se portar pelos limites da causa e deve ser mantida a congruência entre a causa de pedir e o pedido”.⁴¹³ Napoleão Maia citou jurisprudência tanto do TSE quanto do STJ: “O pedido deve ser interpretado de maneira restritiva. O juiz é o destinatário da prova, mas não é o seu autor. Não se pode aceitar visão judicial condenatória sem prova conclusiva”.⁴¹⁴ Citou ainda que se for feito um levantamento sobre abuso político e econômico nas eleições de vários níveis do país serão encontrados casos semelhantes, por exemplo, nas eleições para vereadores do município mais remoto: “A matéria não é novidade neste Tribunal, mas o que há de inusitado é o nível político pela notoriedade das partes envolvidas. São matérias que merecem punição exemplar, mas na instância destinada pela Constituição para punir estes ilícitos”.⁴¹⁵ Concluiu que o sistema eleitoral brasileiro “é absolutamente rigoroso”, em estabelecer prazos curtíssimos, até horários, para realizar atos processuais. “Isto porque o que se tem que observar aqui é a soberania popular”.⁴¹⁶ A divergência instaurada pelo Min. Napoleão seria, finalmente,

⁴⁰⁹ Ibid.

⁴¹⁰ Ibid.

⁴¹¹ Ibid.

⁴¹² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Por 4 votos a 3, Plenário do TSE nega pedido de cassação da chapa Dilma e Temer**. Brasília, 9 jun. 2017c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/por-4-votos-a-3-plenario-do-tse-decide-pela-nao-cassacao-da-chapa-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

⁴¹³ Ibid.

⁴¹⁴ Ibid.

⁴¹⁵ Ibid.

⁴¹⁶ Ibid.

acompanhada pelos Ministros Admar Gonzaga, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto e Gilmar Mendes.

A *improcedência* das ações, conforme discorreremos a seguir, mostrou-se correta sob o prisma jurídico – isso no que tange à conclusão alcançada; o caminho, conforme também discorreremos a seguir, nem tanto.⁴¹⁷⁻⁴¹⁸ E o acórdão correspondente, de mais a mais, a partir do voto condutor do julgado, redator para o acórdão o Min. Napoleão Maia, restou assim consolidado (e publicado):

ELEIÇÕES 2014. DIREITO ELEITORAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL (AIJE). AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO (AIME). REPRESENTAÇÃO (RP). PLEITO PRESIDENCIAL. PRESIDENTE E VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA. IMPUTAÇÃO DE ABUSO DO PODER POLÍTICO E DO PODER ECONÔMICO. PEDIDO DE CASSAÇÃO DE DIPLOMA E DECLARAÇÃO DE INELEGIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO TSE PARA JULGAR E CASSAR DIPLOMA DE PRESIDENTE DA REPÚBLICA. INOCORRÊNCIA: (I) DE LITISPENDÊNCIA, (II) DE PERDA DE OBJETO EM VIRTUDE DO PROCESSO DE IMPEACHMENT, (III) DE VIOLAÇÃO À ORDEM DE INQUIRIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS, (IV) DE CERCEAMENTO DE DEFESA OU (V) AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ. IMPOSSIBILIDADE DA AMPLIAÇÃO OBJETIVA DA DEMANDA. JULGAMENTO JUDICIAL ADSTRITO AO PEDIDO E À CAUSA DE PEDIR POSTOS NA INICIAL DA AÇÃO. PRINCÍPIO JURÍDICO PROCESSUAL DA CONGRUÊNCIA, ADSTRIÇÃO OU CORRELAÇÃO. ARTS. 128 E 460 DO CÓDIGO BUZAID. ART. 492 DO CÓDIGO FUX. REGRA ÁUREA DE PRESERVAÇÃO DO DIREITO SUBJETIVO À AMPLA DEFESA. PRESENÇA NÃO SATISFATÓRIA DE ACERVO PROBANTE EFETIVO E COERENTE QUANTO AOS FATOS QUE DERAM SUPORTE AO PEDIDO INICIAL. NESTE CASO, HÁ APENAS MINGUADA

⁴¹⁷ Veja-se, p. ex., as pertinentes críticas de Lenio Streck: “[...]. Elegemos aqui o artigo 23 da LC 64/1990 (a chamada ‘Lei de Inexigibilidades’), objeto de grandes debates e controvérsias por ocasião do julgamento no TSE da chapa Dilma-Temer. O ministro relator do caso disse insistentemente que, embora tivesse invocado o artigo 23, jamais lançou mão dele na prática. Todavia, sua manifestação demonstra justamente o contrário: Sua Excelência incorreu naquilo que analíticos como John L. Austin chamam de *contradição performativa*, isto é, uma contradição entre o que se afirma num ato linguístico e o ‘saber do agir’ implícito na realização desse ato. Ou seja, a letra fria do dispositivo indica a possibilidade de livre valoração das provas pelo juiz, o relator afirma que não o aplicou, mas em verdade ele escolheu unilateralmente a maneira de valorá-las. Genial, não? [...]”. (grifo do autor). STRECK, Lenio Luiz; COSTA, Eduardo José da Fonseca. O julgamento no TSE: pedindo licença para uma análise jurídica. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-15/senso-incomum-julgamento-tse-pedindo-licenca-analise-juridica>>. Acesso em: 15 out. 2018.

⁴¹⁸ Refira-se, também, as críticas – não menos pertinentes – de Rafael Tomaz de Oliveira, a saber: “[...] é certo que esse julgamento, independentemente de seu resultado, entrará para a história. Seja porque julgou a lisura da candidatura do presidente no exercício do mandato (três anos depois...!); seja porque assistimos a este triste espetáculo de medievalização do Direito. Ou ainda, de imersão da técnica jurídica em um neodireito germânico. Do julgamento de Jesus Cristo, passando pela ‘teoria do cofrinho’ até chegar à metáfora da corte-avestruz. Quem irá vencer? Não sabemos. Mas há um perdedor indiscutível: a ciência jurídica”. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Quem venceu no TSE? A teoria do avestruz ou do cofrinho? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/diario-classe-quem-venceu-tse-teoria-avestruz-ou-cofrinho>>. Acesso em: 12 out. 2018.

COMPROVAÇÃO DE ELEMENTOS INDICIÁRIOS DA PRÁTICA DAS CONDUTAS PUNÍVEIS. LASTRO PROBATÓRIO INCONCLUSIVO QUANTO À CONCRETA OCORRÊNCIA DOS ALEGADOS ILÍCITOS. PEDIDOS FORMULADOS NA AIJE E NAS DEMAIS AÇÕES CONEXAS AJUIZADAS CONTRA A SENHORA DOUTORA DILMA VANA ROUSSEFF E O SENHOR PROFESSOR MICHEL MIGUEL ELIAS TEMER LULIA JULGADOS IMPROCEDENTES [...]. 31. Assim, diante da diminuta consistência do suporte probatório, não cabe aqui outra providência judicial que não seja proclamar a ausência de prova consistente quanto ao alegado abuso do poder político e/ou econômico, além da arrecadação e gastos ilícitos de recursos apontados como perpetrados pelos representados na eleição presidencial de 2014. Atitude em sentido diverso importaria em maximizar e autonomizar os efeitos das provas testemunhais, nem sempre depuradas de intuítos subjetivos ou apreciações tendenciosas e, portanto, imerecedoras de crédito judicial pleno e imediato. Neste caso, as provas testemunhais acham-se desacompanhadas de lastro material probatório mínimo, relevando pôr-se em evidência que aqui se trata de ilícitos que deixam vestígios empíricos”. 32. Sabe-se que a prova dos atos ilícitos é sempre tormentosa e difícil e que a aspereza de sua produção às vezes sugere que o juízo de condenação se contente com uma espécie de convicção íntima de culpa do imputado que o Julgador aninha ou acolhe na sua mente. Mas se impõe refletir que, neste caso, tal convicção resulta em impor aos representados duríssimas sanções jurídicas, pela só qualidade de agentes do cenário político nacional, sem que se ajunte evidência bastante ou suficiente acerca de atos imputados e puníveis, o que não se coaduna com as premissas do sistema jurídico sancionador brasileiro. 33. Não se deve punir o imputado pelo fato de ele ser, mas somente pelo fato de ele fazer. Orientação que adverte esta parêntica garantística põe em risco geral a segurança dos direitos das pessoas, atingindo relações que vão além das partes e do contexto deste julgamento. Não convém esquecer que a atuação judicial é permanente e se prolongará no tempo e que as garantias das pessoas não podem ceder o passo a reações tópicas ou localizadas, ainda que legítimas, porque relativizar uma delas importa em deixar todas as outras sob o mesmo risco. 34. Com efeito, no Direito Eleitoral vigora o princípio do <in dubio pro libertate>, adotado expressamente, segundo a doutrina sancionadora, no art. 368-A do Código Eleitoral, ao considerar que a prova testemunhal singular, quando exclusiva, não será aceita nos processos que possam levar à perda do mandato. 35. A ideologia jusgarantística judicial contemporânea tem, neste julgamento, uma perfeita oportunidade para a sua afirmação. Assim, julgam-se totalmente improcedentes os pedidos constantes da AIJE e demais ações conexas ajuizadas contra [...] DILMA VANA ROUSSEFF e [...] MICHEL MIGUEL ELIAS TEMER LULIA. 36. Ação de Investigação Judicial Eleitoral, Ação de Impugnação de Mandado Eletivo e Representação improcedentes. (Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 194358, Acórdão, Relator(a) Min. Herman Benjamin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 12/09/2018, Página 48-54).⁴¹⁹

Por apertadíssima maioria de *quatro votos a três*, vencidos os Ministros Herman Benjamin, Rosa Weber e Luiz Fux, seria julgada *totalmente improcedente* a AIJE nº 194358,

⁴¹⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 194358. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, [9 de junho de 2017]. **DJE**, Brasília, DF, p. 48-54, 12 set. 2018b.

que tramitou em conjunto com a AIJE n° 154781, a AIME n° 761 e a RP n° 846, mantendo-se, com isso, a higidez do resultado das eleições presidenciais de 2014 e, conseqüentemente, o exercício do mandato presidencial pelos candidatos majoritários eleitos naquele pleito⁴²⁰ – no caso, apenas Michel Temer, considerado o *impeachment* imposto em detrimento da ex-presidente Dilma Rousseff, consumado em 2016.

4.7 Uma parada necessária – delimitando o lugar e os limites da fala

Em data de 17 de junho de 2017 o julgamento da “Chapa Dilma-Temer” se consumou perante o TSE, ocasião na qual, por quatro votos a três, as ações foram julgadas totalmente improcedentes. Votaram pela cassação os Ministros Herman Benjamin, Rosa Weber e Luiz Fux. Votaram pela absolvição os Ministros Gilmar Mendes (Presidente do TSE à época), Admar Gonzaga, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto e Napoleão Nunes Maia. Por apertada maioria de quatro votos a três, portanto, as ações foram julgadas improcedentes, negando-se, dessa maneira, a cassação dos diplomas – e dos mandatos – outorgados aos candidatos majoritários eleitos na eleição presidencial de 2014.

Os votos proferidos, vencedores e vencidos, contaram, no entanto, com diversas incongruências. A esse respeito, por exemplo, o Min. Relator do feito, Herman Benjamin, para condenar os demandados, se pautou em dogmas obsoletos e filosoficamente insustentáveis como a “verdade real” e o “livre convencimento”. E voto vencido exarado pelo Ministro Luiz Fux, por seu turno, igualmente para efeito de condenar os representados, a todo o momento citou os “anseios populares” e a “vontade da sociedade” para fundamentar a sua decisão, como se a “opinião pública”, considerada como tal aquela “opinião publicada”, cristalizadora dos “anseios” da maioria, pudesse pautar os julgamentos. Também o artigo 23 da LC n° 64/90, que autoriza que o juiz produza provas de ofício e julgue com base em presunções com o fito de resguardar o “interesse público de lisura eleitoral”, foi insistentemente citado, seja – principalmente – pelos votos vencedores, seja pelos votos vencidos. Sobre o tema, diga-se de passagem, já há críticas de importantes juristas brasileiros, como Lenio Streck, Francisco Motta, Rafael Tomaz de Oliveira, Roberta Maia Gresta, Luiz Fernando Casagrande Pereira e Fernando Neisser. Em suma, tendo em vista tudo o que acima vai exposto, tratou-se, pois, de uma decisão claramente ativista, no sentido de protagonista ou solipsista – eis a razão da crítica à jurisdição eleitoral que pretendemos desenvolver a partir de agora.

⁴²⁰ A íntegra do acórdão poderá ser acessada diretamente no site do TSE, a partir do seguinte link de consulta: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>.

Ocorre que o caso em comento é demasiado extenso (somente o acórdão, com as suas inúmeras divagações, possui mais de duas mil páginas, p.ex.), ocasião na qual foram arguidas diversas preliminares e diversas questões de mérito, seja por intermédio da defesa de Dilma Rousseff, seja por meio da defesa de Michel Temer. Porém, apesar de tudo isso, no curso do julgamento duas questões despontaram como as mais relevantes, tanto que o debate acerca da primeira permeou basicamente as três primeiras sessões de julgamento, ocasião na qual, somente após, passou-se ao mérito, quais sejam: o debate acerca da “*estabilização da demanda*” e da (*im*) *possibilidade de o juiz eleitoral produzir provas de ofício*, isso em sede de arguição preliminar, além do efetivo *julgamento de mérito* da controvérsia.

Com relação à matéria de índole *preliminar*, naquilo que se refere à “estabilização da demanda”, discutiu-se acerca da possibilidade de alargamento da causa de pedir fática, para além dos limites da petição inicial e do prazo decadencial hábil à propositura das ações correspondentes – até 15 dias após a diplomação dos eleitos, quanto à novas provas trazidas aos autos no curso do feito, que dariam conta de desvios de recursos públicos da “Petrobrás” para a campanha eleitoral de 2014 e da chamada “fase Odebrecht” – delações premiadas dos executivos, ocasião na qual imputou-se aos demandados outros ilícitos que não aqueles descritos na iniciais, dentre eles o próprio despejo direto de recursos públicos na campanha eleitoral. A questão é(ra) que a inicial nada referiu concretamente acerca destes fatos e provas. Arelado a isso, de igual modo, discutia-se a “ilicitude da prova referente à Odebrecht por se originar em vazamento de colaboração premiada”, o “cerceamento de defesa” e os “limites instrutórios do juiz na colheita de provas referentes à empresa Odebrecht”, sobretudo porque, por ordem e requerimento do Ministro Relator, foram produzidas várias provas novas, não requeridas pela acusação, tampouco pela defesa, provas, aliás, que deram conta de fatos que não compuseram a causa de pedir fática das demandas propostas contra os representados.

Quanto ao *mérito*, de mais a mais, discutiu-se, evidentemente, se havia falar ou não na prática de abuso de poder econômico, abuso de poder político e “caixa dois” pelos candidatos majoritários eleitos no processo eleitoral de 2014, o que deveria ter se dado à luz dos estritos limites dos elementos constantes dos autos, não em fatores externos, como ocorreu.

O enfoque crítico a ser construído no próximo (e derradeiro) capítulo, portanto, restará assentado nestes limites, isto é, nas questões centrais que permearam o referido julgamento, de modo que, a partir delas, será perfeitamente possível denunciar o descompasso paradigmático e o ativismo judicial existente no âmbito da jurisdição eleitoral.

Noutras palavras, a partir do julgamento da Chapa Dilma-Temer pelo TSE, será possível extrair, especialmente daquilo que representou o cerne do debate travado no âmbito da

jurisdição eleitoral de teto, diversas incongruências insustentáveis hermenêutica e constitucionalmente, de modo que, com assento na CHD de Lenio Streck, poderemos desnudar e criticar o ativismo judicial na Justiça Eleitoral brasileira, fenômeno que é, no final das contas, inimigo da democracia representativa.

5 A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO DE LENIO STRECK COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA UMA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ELEITORAL DEVIDAMENTE CONSTITUCIONALIZADA

A questão central do capítulo é a seguinte: na medida em que a judicialização da política tem sido uma tendência⁴²¹, e que os processos eleitorais não escapam a esse fenômeno, como a Justiça Eleitoral deve se (com)portar ao decidir os respectivos processos judiciais, uma vez que imersa na arena democrática? A obtenção de uma resposta segura a essa questão repousa na busca de uma necessária (diria indispensável) harmonização da jurisdição eleitoral ao paradigma do Estado Democrático de Direito, de modo a evitar que decisões judiciais se afigurem como afrontosas à democracia representativa e a soberania popular, transferindo o protagonismo na escolha da representação popular, que é do povo, para os Tribunais.

O enfoque crítico que será proposto a seguir, tendo como recorte de análise o julgamento da Chapa Dilma-Temer pelo TSE, residirá em extrair, especialmente daquilo que representou o cerne do debate, diversas incongruências insustentáveis hermenêutica e constitucionalmente, de modo que, com assento na CHD de Lenio Streck, tornar-se-á possível desnudar e criticar, propondo soluções (para), o ativismo judicial na Justiça Eleitoral brasileira, fenômeno que é, no final das contas, inimigo da democracia representativa.

A proposta se insere na CHD, vez que busca contrapor o “senso comum teórico” e visa questionar a “vontade de poder” (Nietzsche) com assento em um ideário de controle hermenêutico das decisões judiciais eleitorais. Com efeito, o Estado Democrático de Direito não só requer como impõe uma necessária e adequada interpretação/aplicação do direito. É a partir dessas premissas, então, que será abordada a atuação da Justiça Eleitoral brasileira, a partir daquele que é considerado o “julgamento do século” no âmbito da jurisdição eleitoral nacional (o julgamento da chapa majoritária eleita nas eleições presidenciais de 2014 pelo TSE), em confronto com o paradigma do Estado Democrático de Direito, da democracia constitucional e do *constitucionalismo contemporâneo*, dando conta dos perigos que um Judiciário Eleitoral ativista traz para a democracia e do motivo pelo qual ele é incompatível com estes pilares civilizatórios.

Em sua proposta teórica, Lenio Streck apresenta uma Teoria da Decisão construída a partir de uma imbricação entre Gadamer e Dworkin. Tal proposta está inserida no contexto do

⁴²¹ Por “tendência”, entenda-se o aumento cada vez maior de demandas eleitorais submetidas ao crivo da jurisdição eleitoral brasileira e, ato contínuo, o aumento cada vez maior de interferências (não raro legítimas, diga-se) da Justiça Eleitoral nos resultados colhidos nas urnas eleitorais país afora.

constitucionalismo Contemporâneo, que redefiniu o Direito Público a partir de uma reconstrução de todo fenômeno jurídico na senda do Direito Constitucional. Assim, procura-se estabelecer o horizonte teórico adequado para que as decisões judiciais construam respostas adequadas à Constituição. A obtenção de respostas adequadas à Constituição manifesta-se como direito fundamental do cidadão na medida em que o art. 93, IX, da CF/1988 estabelece o dever fundamental de fundamentação das decisões judiciais.⁴²²

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois,

[...] indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissociável que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tal como igualdade, justiça social e garantia dos direitos humanos fundamentais.⁴²³ (grifo do autor).

Assim (...) qual o papel do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito? Afinal, “[...] como compreender a atuação do Poder Judiciário a partir de uma concepção de constitucionalismo que tem como elemento base um aprofundamento democrático cada vez maior?”⁴²⁴ Com o (novo) modelo advindo do Estado Democrático de Direito, ocorreu “[...] certo deslocamento do centro das decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional”.⁴²⁵ Dito de outro modo, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado, o foco de poder/tensão passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há uma modificação desse perfil. Inércias do Executivo e a falta de atuação do Legislativo passam a poder – em determinadas circunstâncias – ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na CF que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.⁴²⁶

⁴²² ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁴²³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c. p. 53-64.

⁴²⁴ TASSINARI, Clarissa. A atuação do Judiciário em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 32, jul./dez. 2012.

⁴²⁵ STRECK, op. cit. p. 64.

⁴²⁶ STRECK, loc. cit.

A instrumentalização dos direitos constitucionais e a aferição da conformidade ou não das leis ao texto constitucional se estabelece através do que se convencionou chamar de justiça constitucional, mediante o mecanismo da jurisdição constitucional.⁴²⁷

Isso, no entanto,

[...] exigirá um rigoroso controle das decisões judiciais e dos julgadores. Afinal, se é inexorável que alguém tenha que decidir e se é inexorável o crescimento das demandas por direitos (fundamentais-sociais, principalmente) e com isso aumente o poder da justiça constitucional, parece evidente que isso não pode vir a comprometer um dos pilares sustentadores do paradigma Constitucionalista: a democracia.⁴²⁸

Já o caminho para a construção da CHD se encontra pavimentado por premissas centrais, tais como: a) uma Constituição não se operacionaliza por si mesma; b) o positivismo como obstáculo ao constitucionalismo; c) a Constituição e a necessidade de novos paradigmas interpretativos; d) a imbricação entre a hermenêutica filosófica de Gadamer (superação do esquema sujeito-objeto; circularidade hermenêutica; pré-compreensão) e a teoria integrativa do Direito de Dworkin (moralidade pública, responsabilidade política dos juízes, coerência e integridade do Direito); e) a hermenêutica e as possibilidades de alcançar respostas corretas (adequadas à Constituição).

Este capítulo final, portanto, será destinado a explorar o marco referencial teórico da pesquisa em toda sua extensão, ocasião na qual será denunciada, a partir do referido “julgamento do século”, o descompasso paradigmático (aprisionamento tardio ao esquema sujeito-objeto), a baixa constitucionalidade, a ausência de integridade e coerência e o ativismo judicial existentes na jurisdição eleitoral brasileira, apresentando, então, como soluções a estes problemas todos, a CHD de Lenio Streck em suas duas fases (a primeira, de índole hermenêutico-filosófica, e a segunda, a partir da aproximação com a teoria do “direito como integridade” de Ronald Dworkin), o que se dará, ao final e ao cabo, através das suas colunas-mestras (*superação do esquema sujeito-objeto*, o *controle hermenêutico das decisões judiciais*, a *integridade e a coerência no ato de decidir*, a *Constituição como norma* e a *baixa constitucionalidade* no Direito brasileiro, a necessária distinção entre *judicialização da política e ativismo judicial*, a crítica ao *panprincipiologismo*, e a *resposta adequada à Constituição*, os

⁴²⁷ A esse respeito: Id. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014d.

⁴²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c. p. 65.

cincos princípios a serem observados no âmbito da interpretação jurídica e as únicas *seis hipóteses* pelas quais o juiz não estaria obrigado a aplicar a lei ou o texto legal).

5.1 A Crítica Hermenêutica do Direito (Parte I): a CHD em sua primeira fase, a aproximação com a *filosofia hermenêutica* (Heidegger) e com a *hermenêutica filosófica* (Gadamer) e a superação do esquema sujeito-objeto pelo giro ontológico-linguístico (*linguistic-turn*)

Em sua proposta teórica, Lenio Streck apresenta uma Teoria da Decisão construída a partir de uma imbricação entre Gadamer e Dworkin. Tal proposta está inserida no contexto do *constitucionalismo contemporâneo*, que redefiniu o Direito Público a partir de uma reconstrução de todo fenômeno jurídico na senda do Direito Constitucional.⁴²⁹

O Constitucionalismo Contemporâneo, segundo Streck, “[...] é um fenômeno que surge no segundo pós-guerra”.⁴³⁰ E a expressão, por sua vez, foi cunhada no livro *Verdade e Consenso*, tudo para “[...] superar as aporias das teorias constitucionalistas [...]”⁴³¹, diferenciando, pois, a abordagem de Lenio, das demais abordagens ditas *neoconstitucionalistas*, que, não raro, apostam na discricionariedade interpretativa de modo a resolver os casos jurídicos. O *Constitucionalismo Contemporâneo* representa, assim, um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do Direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes; da teoria da norma, da teoria da interpretação e da teoria da decisão.⁴³²

O percurso para a construção dessa teoria da decisão inicia-se com a obra *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, na qual o autor faz um diagnóstico da crise de dupla face que acomete o direito e a dogmática jurídica nos países de modernidade tardia e, a partir daí, procura apontar novas perspectivas para a construção do Direito.⁴³³

A *primeira fase* desta crise é de natureza *epistemológica* e aparece quando nos damos conta de que o pensamento jurídico continua refratário das conquistas produzidas pelo “*linguistic turn*” (viragem linguística) e pelo giro ontológico operado pela filosofia

⁴²⁹ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 463.

⁴³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017a. p. 37.

⁴³¹ STRECK, loc. cit.

⁴³² STRECK, loc. cit.

⁴³³ ABOUD; CARNIO, op. cit., p. 464.

hermenêutica de Martin Heidegger⁴³⁴ e pela hermenêutica filosófica de Hans-George Gadamer⁴³⁵. Diante disso, os juristas permanecem prisioneiros da vetusta relação sujeito-objeto, tal como a descrever a metafísica clássica e a filosofia da consciência, sem se darem conta de que a partir do giro linguístico, não é possível acessar os objetos senão através da linguagem. Por outro lado, a partir do giro ontológico, mostra-se que a interpretação de um texto jurídico traz consigo todas as implicações da faticidade e da historicidade daquele que interpreta tais textos. Isso porque o homem é um animal formador de mundo, sendo desnecessário procurar uma ponte entre ele e os objetos. Assim, sua existência o atrai, desde sempre, para dentro de um mundo no interior do qual ele lida com objetos, os compreendendo e os interpretando a partir de uma estrutura – compartilhada por todos de um modo apriorístico – chamada pré-compreensão.⁴³⁶

A *segunda fase* da crise é uma crise de *paradigmas*. A partir dela, busca-se demonstrar como o pensamento jurídico dominante continua lidando com o fenômeno jurídico ao modo do paradigma liberal absenteísta próprio do legalismo econômico reinante ao tempo do Estado-Liberal burguês. Esse fator obnubila as possibilidades de sentido projetadas pelo paradigma do Estado Democrático de Direito no interior do qual o Direito assume um caráter transformador, que vai mais além à simples conservação do *status quo* permitindo a transformação profunda da sociedade e do modo de composição de suas relações.⁴³⁷

A CHD, nesta primeira aparição, procura, então, “[...] revolver o chão linguístico no qual está assentada a tradição [...]”⁴³⁸, sendo que, assentada neste contexto, a CHD de Lenio Streck afigura-se como uma espécie de “[...] cadeira assentada entre o paradigma objetivista clássico e da filosofia da consciência”.⁴³⁹ Fundamentalmente, a CHD move-se nas águas da fenomenologia hermenêutica, pela qual o horizonte do sentido é dado pela compreensão (Heidegger) e ser que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer), *onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado e a interpretação faz surgir o sentido*.⁴⁴⁰

Na dicção de Streck, o século XX:

⁴³⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes, 2012.

⁴³⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. v. I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica; Id. **Verdade e método**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. v. II: complementos e índice.

⁴³⁶ Ibid.

⁴³⁷ Ibid.

⁴³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016b. p. 10.

⁴³⁹ STRECK, loc. cit.

⁴⁴⁰ STRECK, loc. cit.

[...] foi generoso para com o direito e a filosofia. No direito, o segundo pós-guerra proporcionou a incorporação dos direitos de terceira dimensão ao rol dos direitos individuais (primeira dimensão) e sociais (segunda dimensão). Às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático de Direito agrega um *plus* (normativo): o direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a explicitar as possibilidades para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, questão que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, onde o *welfare state* não passou de um simulacro.⁴⁴¹ (grifo do autor).

Na filosofia, por sua vez, “[...] o giro ontológico-linguístico operou uma verdadeira revolução copernicana no campo da hermenêutica”.⁴⁴² Quer dizer:

A linguagem, entendida historicamente como uma terceira coisa interposta entre um sujeito e um objeto, recebe o status de condição de possibilidade de todo o processo compreensivo. Torna-se possível, assim, superar o pensamento metafísico que atravessou dois milênios, isto porque se no paradigma da metafísica clássica os sentidos —estavam nas coisas e na metafísica moderna na mente (consciência de si do pensamento pensante), na guinada pós-metafísica o sentido passa a se dar na e pela linguagem.⁴⁴³

É, portanto, no interior destas duas revoluções:

[...] que devemos considerar o novo constitucionalismo (Constitucionalismo Contemporâneo) como superador dos diversos positivismos (do clássico-exegético, nas três versões — francesa, alemã e inglesa do positivismo — aos positivismos que apostam no protagonismo judicial, mormente a partir da admissão do poder discricionário dos juízes). Daí a possibilidade de afirmar a existência de uma série de oposições/ incompatibilidades entre o Constitucionalismo Contemporâneo e o(s) positivismo jurídico(s), a começar pela singela razão de que, se as constituições tem a pretensão de resgatar as promessas incumpridas da modernidade (pensemos nos países de modernidade tardia com o Brasil), por qual razão deveríamos deixar que os juízes venham a —cavar por debaixo da lei na busca de elementos que estão, ao fim e ao cabo, na sua concepção solipsista de sociedade?⁴⁴⁴

A tarefa da CHD é a de “desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos (Heidegger-Stein)”. Fincada na matriz teórica originária da ontologia fundamental, busca, através de uma análise fenomenológica, o des-velamento (*Unverborgenheit*) daquilo que, no

⁴⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. Superando os diversos tipos de positivismo: porque a hermenêutica é applicatio? **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 275-276, jul./dez. 2014f.

⁴⁴² *Ibid.*, p. 276.

⁴⁴³ STRECK, loc. cit.

⁴⁴⁴ STRECK, loc. cit.

comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (*Dasein*) e somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico). Afinal, conforme Heidegger, “[...] o ente somente pode ser descoberto seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado”.⁴⁴⁵

Trata-se, enfim, da elaboração de uma análise antimetafísica – entendida a metafísica como ontoteologia – isto porque a partir da viragem linguística e do rompimento com o paradigma metafísico aristotélico-tomista e da filosofia da consciência (e de suas vulgatas voluntaristas), a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade. Ao mesmo tempo, o processo interpretativo deixa de ser reprodutivo (*Auslegung*) e passa a ser produtivo (*Sinngebung*). É impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão, isto é, como aduz com pertinência Stein, nós, que dizemos o ser, devemos primeiro escutar o que diz a linguagem. A compreensão e explicitação do ser já exige uma compreensão anterior. Há sempre um sentido que nos é antecipado. Opta-se, desse modo, por adotar a matriz heideggeriana, enquanto superação do esquema sujeito-objeto, representada pela busca na filosofia de um fundamento para o conhecimento, a partir do discurso que impera a ideia de juízo (Stein).⁴⁴⁶

Heidegger, conforme Stein, apresenta a linguagem não como um terceiro elemento, um intermediário entre o sujeito e o objeto, mas como condição de possibilidade de manifestação de sentido, independentemente do “método” utilizado.⁴⁴⁷⁻⁴⁴⁸

O intérprete está dentro da linguagem, imerso por ela, e nunca a abandona, aliás, sempre fala a partir dela.⁴⁴⁹ Todo o pensar se agita no peito da linguagem, articulando-se em uma abertura, permitindo para nós experiências e compreensão sobre o mundo.⁴⁵⁰

⁴⁴⁵ HEIDEGGER apud STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016b. p. 11.

⁴⁴⁶ Ibid., p. 12.

⁴⁴⁷ STEIN, Ernildo. Gadamer e Constituição da Hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

⁴⁴⁸ NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral: lei de inelegibilidades e interpretação teleológica**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 77.

⁴⁴⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2005.

⁴⁵⁰ NOGUEIRA, op. cit., p. 78.

A esse respeito, como afirma Nogueira: “O homem, desde sempre, encontra-se situado em um mundo determinado, hermenêutico, finito. Entendendo seu ser, o homem entende suas possibilidades e as suas condições”.⁴⁵¹

O modo de ser do estar-aí (STEIN, 2008) – ou eis-aí-ser (OLIVEIRA, 2005), ou do ser em si mesmo, é, de alguma forma, um ser adiante de si mesmo, conforme anota Oliveira (2005). Da mesma forma afirma Stein (2008). Streck (2013, p. 213), honra tal pensamento, informando que ‘homem (Ser-aí) e ser estão unidos por um vínculo indissociável. Isso porque, em tudo aquilo com que ele se relaciona o homem já compreendeu o ser, ainda que ele não se dê conta disso.’⁴⁵²

O conceito de ser, para Heidegger,

é o mais universal e o mais vazio, resistindo a toda tentativa de definição. [...] Por outro lado, visualizar, compreender, escolher são atitudes constitutivas do questionamento e, ao mesmo tempo, modos de ser de um determinado ente, daquele ente que nós mesmos sempre somos. Elaborar a questão do ser significa tornar transparente um ente em seu ser [...].⁴⁵³

O Dasein, nas palavras do próprio Heidegger, “[...] é a condição ôntica da possibilidade de descobrir o ente que se encontra no mundo, no modo de ser da prestabilidade”.⁴⁵⁴

Heidegger, ao estabelecer a fenomenologia hermenêutica, ultrapassou os limites da “Fenomenologia Pura” (Transcendental) de Husserl, que ainda desempenhava a função do subjetivismo na própria coisa. Heidegger destaca que: “[...] pela pergunta originária acerca do ser na multiplicidade de suas manifestações e na busca da resposta fora, não somente do pensamento subjetivista moderno, mas mesmo fora do pensado na tradição ocidental da metafísica.”⁴⁵⁵

Neste ponto que haverá uma ruptura, acompanhado de Wittgenstein, com a filosofia da consciência, chamada, por Streck, de *giro ontológico-linguístico*, não se atrelando mais à mera consciência, mas a sua exteriorização. Esta nova interpretação fornecida por Heidegger parte do pressuposto de que o homem (ente) está no mundo e, conseqüentemente, causa reflexos nele,

⁴⁵¹ NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral**: lei de inelegibilidades e interpretação teleológica. Curitiba: Juruá, 2015. p. 78.

⁴⁵² NOGUEIRA, loc. cit.

⁴⁵³ A esse respeito: HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 28-29; tb. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c. p. 284.

⁴⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c. p. 284.

⁴⁵⁵ STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 30.

construindo-se o *ser-no-mundo*, sendo, então, este o papel da hermenêutica, isto é: “[...] levar o ser do ente a se manifestar como fenômeno [...], sendo a ontologia (fundamental) a interrogação explícita e teórica pelo sentido do ser”.⁴⁵⁶

É deste modo que Heidegger identifica que a compreensão não surgiria da relação sujeito-objeto, mas sim sobre fenômenos, que independentemente do subjetivo humano, põem-se como são. Ou seja: a *Diferença Ontológica*.

A diferença ontológica apresentada por Heidegger recai sobre a clássica interpretação do ente e ser, fundada pela Metafísica de Aristóteles. Heidegger aponta que se deixou de estudar o ser para atentar ao ente, e passou-se a integrar a existência de um ao outro. A diferença ontológica é o contraponto aos dualismos metafísicos, em que o ser vive fora do ente, e o ente do ser.

Nisto consiste a diferença ontológica: o ente só é – e, portanto, só pode ser percebido pelo ser-aí – no seu ser. Não há ser sem ente, porém o ente não pode ser compreendido fora do ser. Isso implica uma dupla estrutura que percorre toda linguagem e que sempre opera conosco quando pensamos ou fazemos algo e reduzimos esse pensar e esse fazer a enunciados.⁴⁵⁷

Passando, então, a fenomenologia a ser o meio pelo qual se deixa de reviver a mera existência das coisas como o meio do ser, Heidegger colocar a compreensão como fonte da fenomenologia heideggeriana. Streck, em mesma linha de Stein, reforçará que a fenomenologia de Heidegger é dividida em dois níveis de compreensão: Nível hermenêutico, de profundidade, que estrutura a compreensão – chamado por Heidegger de logos hermenêutico; nível apofântico, de caráter lógico, meramente explicativo – chamado por Heidegger de logos apofântico. O logos hermenêutico, desta forma, passa a ser a compreensão, um logos compreensivo-estruturante:

“[...] aquele que se dá praticamente no compreender enquanto somos um modo de compreender [...]; [...] O logos apofântico, doutro modo, é o concebido como pré-compreensão, um logos lógico-explicativo: [...] logos da compreensão de uma preposição, de logos apofântico, o logos que se manifesta na linguagem”.⁴⁵⁸

⁴⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c. p. 284.

⁴⁵⁷ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; STRECK, Lenio Luiz. Algumas indicações sobre o método fenomenológico-hermenêutico. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-26/diario-classe-indicacoes-metodo-fenomenologico-hermeneutico>>. Acesso em: 27 dez. 2018.

⁴⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013b. p. 79.

Esta pré-compreensão, apesar de aparentar ser uma mera constatação, fora o grande passo para hermenêutica, embasando o início do círculo hermenêutico. Compreender é primeiro um modo de ser e um modo de acontecer. Por isso, compreender, e, portanto, interpretar (que é explicitar o que se compreendeu) não depende de um método. Existe um processo de compreensão prévio (pré-compreensão) que antecipa qualquer interpretação e que é fundamental, levando-nos para uma ideia de duplo sentido de compreensão.⁴⁵⁹

Gadamer, segundo Nogueira, vai além dessa discussão metodológica, partindo do *dasein* de Heidegger, entendendo, pois, “[...] que a analítica temporal do ser humano daquele demonstra que a compreensão não é um modo de comportamento do sujeito, mas uma maneira de ser do *dasein*”.⁴⁶⁰ (grifo do autor). Enquanto Heidegger⁴⁶¹ se preocupou unicamente em desenvolver a estrutura prévia da compreensão, imbuído por uma finalidade essencialmente ontológica, Gadamer⁴⁶², por sua vez, buscou compreender como a hermenêutica pode fazer jus à historicidade da compreensão.⁴⁶³

Com efeito, para Gadamer, “[...] não só o mundo é mundo apenas quando vem à linguagem, como a própria linguagem só tem sua verdadeira existência no fato de que nela se representa o mundo”.⁴⁶⁴ É com essa premissa, portanto, a partir dessa relação entre “linguagem e mundo”, que se poderá alcançar um horizonte adequado para o “caráter de linguagem da experiência hermenêutica”.⁴⁶⁵

Perceber-se, perceber o outro, desenvolver a escuta, argumentar com o outro, dizer, explicar e traduzir: eis algumas das tarefas que se colocam diante da nossa complexa realidade jurídica. Tarefas essas que, por assim dizer, compõem o horizonte estabelecido na *Hermenêutica Filosófica* sugerida por Gadamer.

Com Gadamer, a hermenêutica se transformará de simples técnica de compreensão das ciências do espírito (Dithley) em uma ontologia do intérprete e de seus condicionamentos existenciais. A compreensão, a interpretação e a aplicação, que eram até então enfrentados como três momentos distintos, sob a teoria de Gadamer adquiririam caráter indivisível. Eis o *círculo hermenêutico* gadameriano, ponto fulcral da hermenêutica filosófica.

⁴⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013b. p. 79.

⁴⁶⁰ NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral: lei de inelegibilidades e interpretação teleológica.** Curitiba: Juruá, 2015. p. 78.

⁴⁶¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo.** Petrópolis: Vozes, 2012.

⁴⁶² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método.** 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. v. I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.

⁴⁶³ NOGUEIRA, op. cit., p. 79.

⁴⁶⁴ GADAMER, op. cit., p. 354; tb. NOGUEIRA, op. cit., p. 79.

⁴⁶⁵ GADAMER, op. cit., p. 354.

Círculo Hermenêutico, para Gadamer, é um processo que se caracteriza por sua circularidade, pois tem o seu começo na pré-compreensão que o intérprete tem do texto, enquanto depois aquela retorna já modificada.

Gadamer, de acordo com Nogueira, acredita no caminho da linguagem como superação da metafísica porque essa “[...] não é um projeto de mundo da subjetividade; ela é menos linguagem do homem do que linguagem das coisas, pois nela acontece a correspondência entre subjetividade e objetividade”.⁴⁶⁶

Para Gadamer compreender é interpretar. De mais a mais, relacionado com isso, está o fato de que “[...] a linguagem e a conceptualidade da interpretação foram reconhecidas como um momento estrutural interno da compreensão; com isso o problema da linguagem que ocupava uma posição ocasional e marginal passa a ocupar o centro da filosofia”.⁴⁶⁷

Compreender o que alguém diz é pôr-se de acordo na linguagem e não se transferir para o outro e reproduzir suas vivências. Destacamos que a experiência de sentido, que assim ocorre na compreensão, implica sempre um momento de aplicação. Percebemos agora que todo esse processo é um processo de linguagem. A linguagem é o meio em que se realizam o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa em questão.⁴⁶⁸

Outra diferença importante entre a antiga hermenêutica e a nova é que aquela considerava a interpretação dos fenômenos históricos um verdadeiro problema devido à “distância temporal” que existia entre o passado e sua compreensão atual, sem entender que é justamente essa “historicidade” o que nos permite compreendê-las melhor. Chamado por Gadamer de história efetual e sua consciência.

O novo conceito do compreender repercutirá na dinâmica do conhecimento sujeito-objeto, entendidos até então como polos opostos. O dualismo sujeito-objeto transformar-se-á em uma nova fenomenologia do “estar ali”, concentrando-se numa só referência histórica.

Nesse sentido, Gadamer rejeita a pretensão de “se colocar no lugar de outro” para compreender algo, pois o existir está sempre mediatizado pelo tempo e pelos condicionamentos próprios de cada um. Dito de outro modo: eu só posso compreender desde meu tempo e desde minha condição singular. Se eu estivesse no lugar do outro, já não seria minha compreensão enquanto acontecer histórico distinto.

⁴⁶⁶ NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral**: lei de inelegibilidades e interpretação teleológica. Curitiba: Juruá, 2015. p. 80.

⁴⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. v. I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. p. 406.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 497.

Assim, o espaço que separa as pessoas será preenchido pela compreensão. É o que se chama de “fusão de horizontes”, sendo que horizonte é o âmbito de visão existente desde um ponto determinado da história, ou seja, o resultado dialético do contraste do passado como o presente. Tal horizonte, na medida em que desenvolvemos nossos pessoais preconceitos e geramos novos espaços de compreensão, nunca se esgota, nem se estabiliza, pois evolui sem fim.

Daí, conforme Nogueira, a necessidade de o intérprete do direito compreender o giro ontológico-linguístico, que poderia ser definido, de maneira sedimentada, assim: “[...] a metafísica seria entendida como ontologia, doutrina que estuda os caracteres fundamentais do ser; aquilo sem o qual algo não é, se refere às determinações necessárias do ser”.⁴⁶⁹ E o denominado giro linguístico se dá através da ruptura com a filosofia da consciência, paradigma da subjetividade, já no século XX. É isso considerado a tábua de libertação da filosofia que, da essência, passara na modernidade para a consciência.⁴⁷⁰ E destas, agora, dizemos nós, para a *linguagem*. É perceptível, então, nesse novo prisma,

[...] que o sujeito não é protagonista do conhecimento, mas a própria linguagem, de forma que a compreensão se apresenta como um pressuposto da própria condição humana, fazendo parte da dimensão ontológica, fazendo parte do que se compreende como círculo hermenêutico-ontológico.⁴⁷¹

A viragem ontológico-linguística alterou toda a noção de conhecimento, podendo-se falar em relação entre atores sociais e proposições, colocando a linguagem em um ponto fulcral do conhecimento.⁴⁷² Nesse sentido, a consciência do intérprete perde espaço e ganha força a linguagem, naquilo que é colocado no mundo pelos atores sociais que fazem a sociedade, já que não há relacionamento entre esses e as coisas sem a linguagem.⁴⁷³

A esse respeito, como afirma Streck em *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, no fundo, a dogmática positivista não conseguiu ainda superar a metafísica clássica, circunstância facilmente perceptível em setores importantes da doutrina que a sustenta, acreditando que a palavra da lei (regra) designa não a coisa individual, mas a comum a várias coisas individuais, ou seja, a essência captável pelo intérprete (as súmulas são um típico exemplo da tentativa de

⁴⁶⁹ STRECK, 2010, p. 13 apud NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral: lei de inelegibilidades e interpretação teleológica**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 80.

⁴⁷⁰ STRECK, 2010 apud NOGUEIRA, loc. cit.

⁴⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positiva? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 166, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/2308/1623>>. Acesso em: 10 out. 2018.

⁴⁷² NOGUEIRA, op. cit., p. 80-81.

⁴⁷³ NOGUEIRA, op. cit., p. 81.

abarcam a “substância” dos diversos casos jurídicos). Por outro lado, a dogmática jurídica também não superou a metafísica moderna, o que se pode perceber nas posturas de considerável parcela dos juristas que – a pretexto de “ultrapassar” a “literalidade” do texto – coloca no sujeito a tarefa heroica de descobrir os valores “escondidos” debaixo da regra, isto é, na “insuficiência” da regra - construída a partir da consciência de si do pensamento pensante – entra em cena o intérprete, para levantar o véu que “encobre o verdadeiro sentido da regra” (sic). Enquanto as insuficiências provocadas pela limitação própria das regras eram “superadas” pelas teorias da argumentação e correlatas (mas sempre ainda atreladas a teses axiológico-subjetivas), através do manuseio das incertezas (inerentes) da linguagem, o paradigma que supera esse modelo, sustentado no novo constitucionalismo, passa a ter na aplicação dos princípios – e não na sua ponderação como quer, por exemplo, Alexy – o modo de alcançar respostas adequadas constitucionalmente (respostas hermeneuticamente corretas), além de evitar a descontextualização do direito, cindindo o que é incindível: fato e direito, texto e norma, palavra e coisa, interpretação e aplicação, enfim, tantos dualismos que sustentam o modo positivista-metafísico do direito.⁴⁷⁴

Com efeito,

[...] parece que, no Brasil, compreendemos de forma inadequada o sentido da produção democrática do direito e o papel da jurisdição constitucional. Tenho ouvido em palestras e seminários que ‘hoje possuímos dois tipos de juízes’: aquele que se ‘apega’ à letra fria (sic) da lei (e esse deve ‘desaparecer’, segundo alguns juristas) e aquele que julga conforme os ‘princípios’ (esse é o juiz que traduziria os ‘valores’ – sic – da sociedade, que estariam ‘por baixo’ da ‘letra fria da lei’).⁴⁷⁵

Porém, segundo Lenio Streck:

[...] cumprir princípios significa descumprir a lei? Cumprir a lei significa descumprir princípios? Existem regras (leis ou dispositivos legais) desindexados de princípios? Cumprir a ‘letra da lei’ é dar mostras de positivismo? Mas, o que é ser um positivista? Permito-me explicar melhor isso: por vezes, cumprir a ‘letra da lei’ é um avanço considerável. Lutamos tanto pela democracia e por leis mais democráticas...! Quando elas são aprovadas, segui-las é nosso dever. Levemos o texto jurídico – quando ele estiver conforme a Constituição – a sério, pois! E, por favor, que não se venha com a velha história de que ‘cumprir a letra fria (sic) da lei’ é assumir uma postura positivista...! Aliás, o que seria essa ‘letra fria da lei’? Haveria um

⁴⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c. p. 170.

⁴⁷⁵ Ibid., p. 50.

sentido em-si-mesmo da lei? Na verdade, confundem-se conceitos. As diversas formas de positivismo não podem ser colocadas no mesmo patamar e tampouco podemos confundir uma delas (ou as duas mais conhecidas) com a sua superação pelo e no interior do paradigma da linguagem.⁴⁷⁶

Mais pacientemente: positivismo exegético (que era a forma do positivismo primitivo) separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença – ainda muito presente no imaginário dos juristas – em torno da proibição de interpretar, corolário da vetusta separação entre fato e direito, algo que nos remete ao período pós-revolução francesa e todas as consequências políticas que dali se seguiram. Depois veio o positivismo normativista, seguido das mais variadas formas e fórmulas que – identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de um ‘fechamento semântico’ do direito – relegou o problema da interpretação jurídica a uma ‘questão menor’ (lembramos, aqui, de Kelsen).⁴⁷⁷

Atente-se: nessa nova formulação do positivismo, o problema do direito não está(va) no modo como os juízes decidem, mas, simplesmente, nas condições lógico-deônticas de validade das normas jurídicas. Entretanto, uma coisa todos esses positivismos têm até hoje em comum: a discricionariedade (que acaba não se fixando sequer nos limites da ‘moldura’ semântica). E tenho a convicção de que isso se deve a um motivo muito simples: a tradição continental, pelo menos até o segundo pós-guerra, não havia conhecido uma Constituição normativa, invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático. Isso tem consequências drásticas para a concepção do direito como um todo!⁴⁷⁸

Logo, conforme Streck, saltamos agora:

[...] de um legalismo rasteiro, que reduzia o elemento central do direito ora a um conceito estrito de lei (como no caso dos códigos oitocentistas, base para o positivismo primitivo), ora a um conceito abstrato-universalizante de norma (que se encontra plasmado na ideia de direito presente no positivismo normativista), para uma concepção de legalidade que só se constitui sob o manto da constitucionalidade.⁴⁷⁹

Daí, pois bem, que obedecer ‘à risca o texto da lei’ democraticamente construído (já superada a questão da distinção entre direito e moral) “[...] não tem nada a ver com a ‘exegese’ à moda antiga (positivismo primitivo)”.⁴⁸⁰ No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no

⁴⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c. p. 50-51.

⁴⁷⁷ Ibid.

⁴⁷⁸ Ibid.

⁴⁷⁹ Ibid., p. 51.

⁴⁸⁰ STRECK, loc. cit.

Estado Democrático de Direito, ela é cooriginária. Portanto, hoje quando falamos em ‘legalidade’ estamos nos referindo a outra legalidade, uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito; uma legalidade, enfim, que se forma no horizonte daquilo que foi, prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional (não esqueçamos que o direito deve ser visto a partir de uma revolução copernicana que o atravessou depois do segundo pós-guerra).⁴⁸¹

Repito: ‘cumprir a letra (sic) da lei’ significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável. A isso, deve-se agregar a seguinte consequência: é positivista tanto aquele que diz que texto e norma (ou vigência e validade) são a mesma coisa, como aquele que diz que ‘texto e norma estão descolados’ (no caso, as posturas axiologistas, realistas, pragmaticistas etc.). Não esqueçamos: Kelsen, Hart e Ross foram todos positivistas. E disso todos sabemos as consequências. Ou seja: apegar-se à letra da lei pode ser uma atitude positivista ou pode não ser. Do mesmo modo, não se apegar à letra da lei pode caracterizar uma atitude positivista ou antipositivista. Por vezes, ‘trabalhar’ com princípios (e aqui vai à denúncia do panprincipiologismo que tomou conta do ‘campo’ jurídico de *terrae brasilis*) pode representar uma atitude (deveras) positivista. Utilizar os princípios para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos legais – sem lançar mão da jurisdição constitucional (difusa ou concentrada) – é uma forma de prestigiar tanto a irracionalidade constante no oitavo capítulo da TPD de Kelsen, quando homenagear, tardiamente, o positivismo discricionarista de Herbert Hart. Não é desse modo, pois, que escapamos do positivismo.⁴⁸²

No entanto, a prática jurídica contemporânea, sobretudo em terras brasileiras, vem demonstrando essa clara crise de paradigmas e, conseqüentemente, na compreensão e utilização das fontes do direito atual, cujo centro do debate deve perpassar necessariamente pela Constituição. E, como consequência direta disso, há um condenável arrefecimento do Estado Democrático de Direito. Eis principal enfoque da CHD.

Para tanto, basta ver, de um lado, a considerável gama de “atos normativos” e dispositivos específicos afastados do paradigma do constitucionalismo contemporâneo vigentes e aplicáveis diuturnamente. Isto é, o apego descriterioso ao objetivismo. E, de outro, como mencionado, a incessante e acrítica aposta na discricionariedade, no arbítrio e no ativismo/decisionismo/protagonismo judicial. Ou seja, o apego – não menos descriterioso - ao subjetivismo. A velha crença na dicotomia entre o intérprete “escravo da lei” e o intérprete “dos

⁴⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c.

⁴⁸² Ibid.

princípios” (dono dos sentidos da lei), como se a principiologia constitucional se prestasse a esta “abertura semântica”.

Noutras palavras, o que todo esse enredo denota é uma crise de paradigmas tão denunciada por Lenio Streck. Isto é, a *crise do paradigma aristotélico-tomista e da filosofia da consciência* (e das teses voluntaristas no atacado) porquanto, segundo a lição, de um lado, a dogmática se encontra sustentada pelas posturas objetivistas acima denunciadas (por exemplo, o mencionado exegetismo) e, de outro, quando geralmente interessa, no subjetivismo, que vem a encobrir o solipsismo judicial (livre convencimento, livre apreciação das provas, protagonismo judicial, ponderação de valores, etc.). Ou seja, nada mais, nada menos, do que o (ainda vigente) *esquema sujeito-objeto*.

Ocorre que, no âmbito do Estado Democrático de Direito, pelo seu perfil *compromissório, dirigente e vinculativo* (Streck), o constitucionalismo contemporâneo *constitui a ação do Estado* (legislador, executivo e juiz). Logo, citando Marco Marrafon, não há mais ambiente teórico para a defesa das velhas visões positivistas e para o apego primário e rasteiro ao texto legal. Também a atividade judicial não pode permanecer impregnada pelo reconhecimento da discricionariedade operada pelos positivistas mais sofisticados, como Kelsen. De outro lado, tampouco a quebra da legalidade pela tópica jurisprudencialista tem propiciado efeitos promissores para a realização da Constituição. Com efeito, a crise das fontes do Direito ora diagnosticada demonstra que o primado do jurisprudencialismo promove grave insegurança jurídica e viola os princípios estruturantes e basilares do modelo de Estado Democrático de Direito. Nele, o governo das leis é incompatível com o governo dos juízes e suas vontades. Assim, partindo da ideia de que o constitucionalismo moderno incorpora uma narrativa avançada em termos civilizatórios, inexistindo espaço para o pós-modernismo de índole relativista em relação aos valores a orientar a elaboração normativa, chega-se à conclusão de que a centralidade da Constituição brasileira deve ser observada e promovida, de modo a reinventar a dogmática infraconstitucional.⁴⁸³ Contudo, a valorização da Constituição não implica em recusa à importância da Lei, que além de fonte imediata do Direito, é importante mecanismo de concretização e regulamentação legítima da própria normatividade constitucional. Isso significa que, sem abrir mão da dinâmica que promove o diálogo com outras fontes – doutrina, jurisprudência e Direitos Humanos – como vetores que afiançam legitimidade

⁴⁸³ MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 9, n. 3, p. 1434-1458, 3. quadr. 2014. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br//seer/index.php/rdp/article/viewFile/6746/3843>>. Acesso em: 18 out. 2018.

à ação jurídica e devem informar também o legislador, a reconstrução da teoria das fontes em chaves não positivistas passa por duas diretrizes fundamentais. A primeira reside na promoção da presença normativa da Constituição por meio do controle de constitucionalidade substancial da legislação de modo a preservar e fomentar os Direitos Fundamentais. A segunda consiste na revalorização da Lei enquanto fonte do Direito, com observância de sua estrutura textual e compreensão do seu conteúdo no contexto do mundo prático e dos jogos de linguagem vigentes, até porque a crise das fontes não se deve a eventuais excessos no controle de constitucionalidade, mas sim ao apego judicial a qualquer *topoi* argumentativo que aparentemente traga uma solução, em detrimento aos textos legais.⁴⁸⁴

É:

[...] preciso ter presente que a afirmação do caráter hermenêutico do Direito e a centralidade que assume a jurisdição nesta quadra da história, na medida em que o legislativo (a lei) não pode antever todas as hipóteses de aplicação, *não* significa uma queda na irracionalidade e nem uma delegação em favor de decisionismos. Talvez o grande problema esteja no fato de que a crise de paradigmas de dupla face continua a sustentar — e possibilitar que se multipliquem — os discursos positivistas, que apostam na discricionariedade do intérprete (veja-se, por todos, o decisionismo kelseniano e a contundente crítica feita por Dworkin a Hart). Não é difícil encontrar, mesmo na doutrina, autores sustentando ser facultado ‘ao intérprete estimular as interpretações possíveis, de acordo com sua vontade e o seu conhecimento’ (*sic*) e *que* ‘dentre as diversas opções colocadas ao seu dispor, o exegeta escolhe aquela que lhe afigurar com a mais satisfatória’ (*sic*), podendo valer-se, para tanto, ‘dos recursos que estiverem ao seu dispor’ (*sic*). Ou, ainda, que ‘interpretar a lei é retirar da norma tudo o que ela contém’ (*sic*), como se o processo hermenêutico fosse uma ‘lipoaspiração epistemológica’.⁴⁸⁵ (grifo nosso).

As coisas têm nome; não que esse nome provenha de uma essência; mas também não advém do *cogito* solitário do intérprete. Tudo isto o paradigma lingüístico-filosófico que revolucionou o século XX já nos deixou muito claro.⁴⁸⁶ Conseqüentemente, “[...] *o processo hermenêutico não autoriza atribuições arbitrárias ou segundo a vontade e o conhecimento do intérprete*. Aliás, este é um ponto fundamental da luta pela superação do positivismo-

⁴⁸⁴ MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 9, n. 3, p. 1434-1458, 3. quadr. 2014. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br//seer/index.php/rdp/article/viewFile/6746/3843>>. Acesso em: 18 out. 2018.

⁴⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 jan. 2006b. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina>. Acesso em: 8 dez. 2018.

⁴⁸⁶ Ibid.

normativista: *o constitucionalismo – compreendido paradigmaticamente – coloca freios à discricionariedade própria do positivismo-normativista*”.⁴⁸⁷ (grifo do autor).

5.2 A Crítica Hermenêutica do Direito (Parte II): a CHD em sua segunda fase e a aproximação (complementar) com a *teoria do direito como integridade* de Ronald Dworkin

Em *Verdade e Consenso*, acontece uma “virada teórica” no pensamento do autor e o problema da decisão judicial, que já aparecia no ambiente de obras anteriores, passa a ser o ponto de referência de suas preocupações teóricas.⁴⁸⁸ Assim, seguindo advertência de Dworkin, de que “não conseguiremos encontrar uma fórmula para garantir que todos os juízes cheguem à mesma resposta em processos constitucionais complexos, inéditos ou importantes”, Streck realiza uma *Teoria da Decisão de modelo construtivista*, vale dizer, uma teoria que onera o intérprete no momento de construir seu argumento de modo a apresentar uma justificação adequada à constituição do ajuste por ele realizado entre as circunstâncias concretas do caso e o contexto normativo do direito da comunidade política.⁴⁸⁹

Aqui, nesta segunda fase da CHD, há uma aproximação com a *Teoria do Direito como Integridade* de Ronald Dworkin, que girará, portanto, em torno de questões solares, tais como a moralidade política (não relativista ou subjetiva), responsabilidade política dos juízes, coerência e integridade do Direito, resposta adequada à Constituição. A questão é que o Direito é um *conceito interpretativo*. Porém, a interpretação não pode ser algo surgido de um grau zero de sentido, dos desígnios autônomos do intérprete, dos seus desejos, das suas vontades, das suas visões de mundo etc. Há limites semânticos, pois. Desse modo, a CHD, nesta segunda fase, construirá, a partir da referida aproximação, vetores tendentes a onerar o intérprete no ato da interpretação-aplicação do Direito, como que a materializar as “amarras de Ulisses”⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 jan. 2006b. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina>. Acesso em: 8 dez. 2018.

⁴⁸⁸ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 464.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 465.

⁴⁹⁰ “[...] as Constituições funcionam como as correntes de Ulisses, através das quais o corpo político estabelece algumas restrições para não sucumbir ao despotismo das futuras maiorias (parlamentares ou monocráticas). Isso é de fundamental importância. Algo que os gregos ainda podem nos ensinar com a autoridade daqueles que forjaram o discurso democrático: entre eles as decisões mais importantes acerca dos destinos da pólis só poderiam ser levadas a efeito no diálogo que se estabelecia na ágora” (STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Ulisses e o Canto das Sereias: ativismos judiciais e o perigo da instauração de um “terceiro turno da Constituinte”**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 1(2): 75-83 julho-dezembro 2009, p. 2). Mesmo nos momentos

Como recorrentemente afirmado por Streck, “O Direito importa e é por isso que nos preocupamos com ele”! Assim, se a primeira fase da CHD tem por escopo a superação do esquema sujeito-objeto a partir da hermenêutica filosófica, nesta segunda manifestação da CHD o foco é construir uma imbricação entre a Hermenêutica Filosófica de Gadamer e a Teoria Integrativa do Direito de Dworkin, tudo com vistas à apresentar uma *Teoria da Decisão* compatível com a democracia, especialmente na vertente do Estado Democrático do Direito.

Na defesa de sua tese, “[...] o autor insiste na importância paradigmática da noção de *applicatio* que aparece em Gadamer [...]”.⁴⁹¹ Com ela o direito se liberta da velha armadilha presente nas teorias tradicionais sobre a hermenêutica que acreditavam na possibilidade de separar o fenômeno interpretativo – e, no limite, o decisional – em partes. Na verdade, “[...] no campo do conhecimento do direito é preciso ter presente que nenhum processo lógico argumentativo pode ‘acontecer’ sem a pré-compreensão”.⁴⁹² Por outro lado, Streck acentua que a hermenêutica, ao ampliar o espaço de legitimação dos processos cognitivos, estabelece as condições necessárias para dar conta desse complexo pré-compreensivo, determinando seus limites e sua pretensão de universalidade, possibilitando, assim, determinar a validade daquilo que foi obtido através da interpretação.⁴⁹³

Segundo Lenio, “[...] parece claro que existe razoável nível de consenso no sentido de que é possível compatibilizar constitucionalismo e democracia”.⁴⁹⁴ Esse, de acordo com Streck, é um “ponto fundamental”, pois, na esteira das lições apresentadas pelo autor, “[...] é neste debate que aparece com maior evidência o problema do papel democrático do Poder Judiciário e da justiça constitucional em geral”.⁴⁹⁵ A teoria integrativa de Dworkin e a hermenêutica filosófica têm procurado responder a essas questões.⁴⁹⁶

De Dworkin – e de sua noção de direito como integridade – retira-se os elementos necessários para compor os padrões mínimos que devem estar presentes em toda decisão. Esses

de desespero coletivo – como ocorre em casos de Guerra, o que aparece claramente no texto de Homero – era necessário obedecer à razão e não às paixões temporárias ou aos interesses derivados das preferências pessoais de cada um dos indivíduos. E, como Ulisses e suas correntes, “também a democracia construída pelos gregos passava pelo desenvolvimento de mecanismos que limitavam o exercício do poder e o racionalizavam. Enfim, mecanismos de pré-compromissos, ou de autorrestrição” (STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Ulisses e o Canto das Sereias: ativismos judiciais e o perigo da instauração de um “terceiro turno da Constituinte”**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 1(2): 75-83 julho-dezembro 2009, p. 2).

⁴⁹¹ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 465.

⁴⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b. p. 476; tb. *Ibid.*, p. 465.

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 476; tb. ABOUD; CARNIO; OLIVEIRA, op. cit., p. 465.

⁴⁹⁴ STRECK, op. cit., p. 474.

⁴⁹⁵ STRECK, loc. cit.

⁴⁹⁶ STRECK, loc. cit.

padrões compõem algo que pode ser nomeado como *história institucional do Direito* e têm nos princípios os marcos definidores de seu caminho.⁴⁹⁷

Em defesa de Dworkin – circunstância que pode ser estendida à hermenêutica filosófica –, é preciso lembrar que, enquanto um procedimentalista como Habermas desonera os juízes da elaboração de discursos de fundamentação – porque desacredita na possibilidade de os juízes poderem livrar-se da razão prática (evitada de solipsismo) –, ele (Dworkin) ataca esse problema a partir da responsabilidade política de cada juiz/intérprete/aplicador, obrigando-o (*has a duty*) a obedecer a integridade do direito, evitando que as decisões se baseiem em raciocínios *ad hoc* (teleológicos, morais ou de política).⁴⁹⁸

Assim, para Streck,

[...] quando Dworkin diz que o juiz deve decidir lançando mão de argumentos de princípio e não de políticas, não é porque esses princípios sejam ou estejam elaborados previamente, à disposição da ‘comunidade jurídica’, como enunciados assertórios ou categorias (significantes primordiais-fundantes).⁴⁹⁹

Na verdade, seguimos com Streck, “[...] quando sustenta essa necessidade, apenas aponta para os limites que devem haver no ato da aplicação judicial (por isso, ao direito não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, sociedade, esportes, etc., ele deve decidir por princípios”.⁵⁰⁰ É preciso entender, assim sendo, que essa “blindagem” contra discricionarismos é uma defesa candente da democracia, uma vez que Dworkin está firmemente convencido – e acertadamente – de que não tem sentido, em um Estado Democrático, que os juízes tenham discricionariedade para decidir os “casos difíceis”.⁵⁰¹

E isso é (e deve ser) assim, conforme leciona Lenio Streck, “[...] porque Dworkin compreendeu devidamente o problema do esquema sujeito-objeto”.⁵⁰² Exatamente por superar o esquema sujeito-objeto é que Dworkin *não transforma o seu “juiz-Hércules” em um juiz solipsista*, tampouco em alguém preocupado apenas em elaborar discursos prévios, despreocupados com a aplicação (decisão). Hércules é uma metáfora, demonstrando as possibilidades de se controlar o sujeito da relação de objeto, isto é, com Hércules se quer dizer que não é necessário, para superar o sujeito solipsista da modernidade, substituí-lo por um

⁴⁹⁷ ABOUD; CARNIO; OLIVEIRA, op. cit., p. 465.

⁴⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b. p. 485.

⁴⁹⁹ STRECK, loc. cit.

⁵⁰⁰ STRECK, loc. cit.

⁵⁰¹ STRECK, loc. cit.

⁵⁰² STRECK, loc. cit.

sistema ou por uma estrutura.⁵⁰³ Dessa maneira, é que a teoria de Dworkin, assim como a hermenêutica, por serem teorias preocupadas fundamentalmente com a *applicatio*, “[...] não desonera o aplicador (juiz) dos [...] discursos de fundamentação”.⁵⁰⁴

Esse compromisso, a partir da aproximação da CHD com a teoria do direito como integridade, “[...] passa pela reconstrução da história institucional do direito e pelo momento de colocação do caso julgado dentro da cadeia de integridade do direito”.⁵⁰⁵ Portanto, a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda. Mas, sim, como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política.⁵⁰⁶

Para a CHD, *decidir não é escolher*. O ato de decidir, ao contrário, deverá passar por um compromisso (pré-compreendido), que poderá ser acessado pelo intérprete/decisor a partir de uma reconstrução da história institucional do Direito, que se dará, pois, a partir dos princípios (justamente o marco de reconstrução dessa história). Assim, decidir por princípio (não pela moral subjetiva, pela política ou pela economia), significa nos movermos “[...] na ordem do *a priori* e, portanto, fazemos um esforço de explicitação de algo que, com algumas ressalvas, poderíamos chamar de *transcendentalidade jurídica*”.⁵⁰⁷ (grifo do autor).

Em um modelo hermenêutico (CHD) ou integrativo (dworkiniano), sentenças e acórdãos são atos de decisão e não de escolha. São atos de poder em nome do Estado. Ronald Dworkin diz que a decisão judicial é um ato de responsabilidade política – e ele o defende nos campos da lógica, da filosofia da linguagem, da teoria da norma, da decisão judicial, da filosofia moral e política, além da meta-ética. Por isso mesmo é que a decisão judicial não é uma mera opção por uma ou mais teses.⁵⁰⁸ A democracia sempre corre perigo se a aplicação do Direito pelos juízes e Tribunais é feita sem uma adequada teoria da decisão judicial, enfim, de uma criteriologia e, finalmente, sem mirar em uma resposta correta, que a partir da CHD denomina-se resposta adequada à Constituição.⁵⁰⁹

Quando a CHD foi criada, segundo as palavras de seu próprio criador, não foi realizada uma simples adesão à proposta de Dworkin. Os sistemas da *common law* e da *civil law* são

⁵⁰³ STRECK, loc. cit.

⁵⁰⁴ STRECK, loc. cit.

⁵⁰⁵ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 466.

⁵⁰⁶ ABOUD; CARNIO; OLIVEIRA, loc. cit.

⁵⁰⁷ ABOUD; CARNIO; OLIVEIRA, loc. cit.

⁵⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017a. p. 36.

⁵⁰⁹ STRECK, loc. cit.

distintos. Além disso, a proposta da CHD se encontra “[...] sustentada nos pressupostos da hermenêutica filosófica gadameriana”.⁵¹⁰ Para alcançar a resposta correta – denominada na CHD de resposta adequada à Constituição – utilizou-se o caminho promissor desenhado a partir da imbricação da hermenêutica filosófica gadameriana com a teoria da “*law as integrity*” de Dworkin, ambas importantes para a formação da CHD. Com efeito, ambas são antirrelativistas e antidiscricionárias, apostando, respectivamente, na tradição, coerência e na integridade para conter as “contingências” do Direito, que seduzem os juízes a julgar pragmaticamente. Mais ainda, Gadamer e Dworkin não separam a “interpretação” da “aplicação” (daí a noção de *applicatio*, que rompe com a antiga tripartição entre *subtilitas intelligendi*, *subtilitas explicandi* e *subtilitas applicandi*, tudo acontecendo como *applicatio*). Para eles e para a CHD, não há grau zero na interpretação.⁵¹¹ Portanto, tanto em Gadamer como em Dworkin, é possível distinguir boas e más decisões (pré-juízos autênticos/legítimos e inautênticos/ilegítimos), o que significa que, quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e o Direito a um tratamento igualitário, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que proferem.⁵¹²

É nessa perspectiva, então, a partir dessa novel imbricação entre a hermenêutica filosófica gadameriana e a teoria do direito como integridade dworkiniana, que a CHD “[...] propõe um redimensionamento do papel da doutrina que, além das clássicas atribuições de sistematização do conhecimento jurídico, deveria efetuar um efetivo papel de ‘censora’ das decisões dos Tribunais: uma verdadeira censura epistemológica das decisões”.⁵¹³

Dessa forma, a imposição (democrática) de construção de *respostas adequadas à Constituição* fizeram com que a CHD apresentasse, por oportuno, diretrizes de controle do intérprete no ato da interpretação, que se articulam, pois, a partir de *cinco princípios* a serem observados no ato da aplicação, bem assim a partir das únicas *seis hipóteses* pelas quais o juiz *não* estaria obrigado a aplicar a lei ou o texto legal.

Os *princípios* são os seguintes: a) preservar a autonomia do Direito; b) estabelecer as condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional; c) o respeito à integridade e à coerência do Direito; d) o dever fundamental de fundamentação das decisões judiciais; e) o direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição.

⁵¹⁰ STRECK, loc. cit.

⁵¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017a. p. 36.

⁵¹² Ibid., p. 37.

⁵¹³ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 466.

Já as *seis hipóteses* pelas quais o julgador estaria desobrigado de aplicar a lei ou o texto legal são as seguintes: a) o ato normativo é inconstitucional, assim declarado via controle difuso ou controle concentrado de constitucionalidade; b) aplicação dos critérios de resolução de antinomias (*Lex posteriori derogat legi priori; Lex specialis derogat legi generalis; Lex superior derogat legi inferior*); c) interpretação conforme a Constituição; d) nulidade parcial sem redução de texto; e) nulidade parcial com redução de texto; f) a regra jurídica (aplicada ao caso concreto) viola um princípio constitucional.⁵¹⁴

Ambos serão desenvolvidos a seguir.

5.3 A Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck e o controle hermenêutico e constitucional das decisões judiciais

5.3.1 A Constituição que *constitui-a-ação* e a denúncia da *baixa constitucionalidade em terrae brasilis*

O Direito brasileiro (incluindo-se aqui o Direito Eleitoral) está imerso numa inegável *crise da teoria das fontes*, em que leis provenientes do período ditatorial, atos e dispositivos normativos posteriores a Carta, mas afastados do paradigma do Estado Democrático de Direito, resoluções, consultas e até mesmo portarias acabam comumente valendo mais do que a Constituição.⁵¹⁵⁻⁵¹⁶

⁵¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014d.

⁵¹⁵ Exemplo clássico disso são as portarias que concedem desmedidas regalias a agentes públicos e aos seus agregados, como, por exemplo, direitos de utilizar aviões e/ou passagens para fins particulares à custa do erário público. Não raro, em defesa desses atos administrativos, sobrevêm discursos calcados em alibis argumentativos, como a própria existência de eventuais portarias e afins, de modo a autorizar a prática. Entretanto, vale indagar: será que uma mera (singela) portaria poderia se sobrepor à Constituição? É, pois, evidente que não (ao menos deveria ser). Assim, indaga-se: será que o princípio republicano, o princípio da moralidade administrativa, o princípio da impessoalidade e aqueles outros princípios constitucionais não viriam a macular de conspícua inconstitucionalidade este tipo de “ato normativo”? O Estado Democrático de Direito pressupõe a supremacia da Constituição. Consequentemente, qualquer legislação infraconstitucional deve estar, necessariamente, conforme com a Carta, e não o contrário. Dito de outro modo, toda regra deve estar legitimada por um princípio constitucional. Do contrário, não terá validade diante do ordenamento jurídico. Essa é a diretriz primordial de um regime imerso no constitucionalismo emergente do Estado Democrático de Direito.

⁵¹⁶ No que se refere especificamente ao mundo da vida do Direito Eleitoral, poderíamos citar, dentre outros, exemplos como: a aplicação de dispositivos de resoluções de tribunais eleitorais que impõem restrições e sanções a partidos, coligações e candidatos, como se a atividade legiferante do Estado fosse algo a ser estendido ao judiciário; a aposta em dispositivos legais que sustentam voluntarismos judiciais, como “livre convencimento”, “livre apreciação da prova”, “indícios”, “presunções”, etc.; a aplicação de dispositivos legais que criam, por via transversa, condições de elegibilidade, matéria que é reservada à lei complementar; e muitos outros.

Com efeito, não são poucos os casos em que se nega a Constituição como fonte, negando-se, dessa maneira, a sua força normativa ou o seu caráter substancial. Com isso, continuamos a manter a crença de que a “lei” é a única fonte do direito e, dessa maneira, seguimos acreditando *no mundo ficcional das regras, ignorando que a (velha) teoria da norma necessita recepcionar a era dos princípios, que, fundamentalmente, introduzem no Direito a realidade escamoteada historicamente pelo mundo das regras do positivismo* (repetindo aqui Lenio Streck).

No mesmo cenário, como antítese deste acrítico “método” exegético-positivista (de índole objetivista⁵¹⁷), imensa gama de posições sustenta, ainda hoje, posturas calcadas no subjetivismo (não menos positivista, mas apenas com outra carapuça). Por este raciocínio – que, insisto, também é positivista – o intérprete acaba por se sobrepor ao direito posto, tornando-se uma espécie de proprietário dos sentidos da lei (ou do texto legal), restando encarregado, pois bem, de desvelar os “valores” (sic), “fins” (sic) ou “interesses” (sic) escondidos debaixo do mesmo texto. O resultado deste “fenômeno”, por sua feita, nada mais é do que a promoção de arbitrariedades interpretativas, tudo a partir do matiz voluntarista/axiológico que envolve tais raciocínios⁵¹⁸, sem contar, ademais, o conseqüente *panprincipiologismo* (Streck) de hoje.

Assim, é que, de um lado, parcela relevante do Direito (ainda) se vê a sustentar posturas objetivistas/exegetistas, como se a lei fosse à única fonte do direito e como se o objeto ou, melhor, a objetividade do texto sobrepujasse-se, *ratio final*, ao intérprete; e, de outro, vislumbramos uma gama de construções pretorianas e doutrinárias apoiadas no subjetivismo, de onde provêm que o intérprete acabaria por se sobrepor ao texto legal/constitucional. Ou seja: nesta vertente, o sujeito assujeita(ria) o objeto.

Com isso, evidentemente, há uma resistência ao constitucionalismo contemporâneo que, conforme o Lenio Streck, exige uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e um novo modo de compreender o Direito. Isto, definitivamente, ainda não aconteceu. E, ainda hoje, permanecemos caudatários de teorias ultrapassadas ou, de outra forma, especificamente, do positivismo jurídico, em suas várias vertentes. Logo, em um prisma, de maneira geral, o objeto (texto legal) segue assenhorando-se do sujeito (intérprete), algo que dá conta de um legalismo rasteiro, que ignora a existência da (força normativa da) Constituição e dos princípios

⁵¹⁷ Isto é, *em que a objetividade do texto sobrepuja-se ao intérprete, ou seja, a lei “vale tudo”,* parafraseando Lenio Streck

⁵¹⁸ Exemplo clássico do que mencionamos é a tese de que princípios são valores (sic) ou mandados de otimização (sic). E, no mais, aquelas posturas que insistem em perquirir a vontade da lei ou a vontade do legislador, fenômeno que, ao fim, dará azo à manipulação de conceitos e argumentos, de modo a atingir-se fins pré-estabelecidos – algo que só ocorrer quando da interpretação da famigerada lei da “ficha-limpa”.

constitucionais. E, noutro, o sujeito (intérprete) assujeita-se do objeto (texto legal/constitucional), dando margem justamente ao axiologismo característico e familiar à parcela da *práxis* jurídica brasileira, sobretudo nas lides eleitorais, especialmente em tempos de *fichalimpismos*.⁵¹⁹ Eis a denúncia da referida *baixa constitucionalidade em terrae brasilis*.

Ocorre que o constitucionalismo emergente do paradigma do Estado Democrático de Direito induz que vençamos tais dogmatismos. Se, de um lado, não podemos mais sufragar um pensamento exegetista, como se a lei fosse à única fonte do direito, texto e norma se confundissem e, sem assimilar a era dos princípios, como se a Constituição ora vigente representasse um mero adereço ornamental e não a fonte *mor* do Direito e do Estado, de outro, impende que vençamos a discricionariedade e o decisionismo, pois que o fruto deste fenômeno nada mais é do que um estado de arte no qual impera o arbítrio interpretativo-argumentativo (que é algo antidemocrático por excelência, registre-se).

Destarte, nenhum desses movimentos, ambos de cariz positivista e apegados ainda hoje ao modelo sintático-semântico de interpretação, se afiguram como condizentes para com o constitucionalismo contemporâneo. Isto é, nem o legalismo rasteiro do primeiro, nem o ativismo-protagonismo-decisionismo-solipsismo do segundo, nos serve nos dias de hoje. Logo, merecem ser superados, não porque queremos, mas porque o estágio atual impõe que assim o seja. Por que, eis a questão? Simples. O problema é paradigmático. Ou, de outro modo, a raiz dessa intempérie reside em um desalinhamento de paradigmas. O novo não consegue nascer. É o novo repetindo o passado. Ou o velho e surrado, deveras, travestido de novo!

Diante desse contexto, é importante ter em mente que a raiz dessa crise reside, seguramente, em um absoluto descompasso de paradigmas. E isto, sem dúvidas, vem permeando o imaginário da maçante maioria da doutrina e da jurisprudência construída por estas bandas. É que, até hoje, aqui no Brasil, não conseguimos abandonar o *juspositivismo*, não obstante as propaladas teses intituladas de pós-positivistas que vislumbramos em diversos e

⁵¹⁹ Nesse sentido, note-se que: (a) continuamos a pensar que a lei é a única fonte, bastando, v.g., ver o que fizemos com o mandado de injunção, “exigindo” uma “lei regulamentadora”, ignorando que a própria Constituição é a nova fonte; (b) continuamos a acreditar no mundo ficcional das regras, ignorando que a (velha) teoria da norma necessita recepção a era dos princípios, que, fundamentalmente, introduzem no Direito a realidade escamoteada historicamente pelo mundo das regras do positivismo; (c) não nos damos conta de que o esquema sujeito-objeto, sustentador do modo dedutivo-subsuntivo de interpretar, sucumbiu em face do giro linguístico-ontológico (em especial, a hermenêutica, sem olvidar a importância das teorias discursivas); (d) porque atrelados ao esquema sujeito-objeto, não conseguimos compreender a relação entre texto e norma, isto é, do objetivismo simplificador partimos em direção aos diversos axiologismos. Como consequência, estabeleceu-se um “ceticismo hermenêutico”, cujo resultado é a arbitrariedade interpretativa. STRECK, Lenio Luiz. Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 jan. 2006b. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina>. Acesso em: 8 dez. 2018.

diversificados livros, palestras, dissertações de mestrado e teses de doutorado país afora. É que o positivismo jurídico não se resume a sua primeira fase, ou seja, ao positivismo exegético (sintático ou primitivo) nos moldes franceses, germânicos e ingleses. Superar, portanto, o (defasado) modelo do positivismo jurídico não se resume ao transpasse do positivismo primitivo, eis a grande questão. Sufragar um posicionamento discricionário, voluntarista e/ou de cunho axiológico (v.g. julgamento da constitucionalidade da “ficha-limpa”) também é uma atitude positivista. Nesta assentada, apenas com uma nova roupagem, como uma repristinação do positivismo normativista e outras vertentes apoiadas, igualmente, no paradigma da filosofia da consciência, como a jurisprudência dos valores, as teorias da argumentação e o realismo jurídico norte-americano (positivismo fático). Enfrentar este problema, isto é, o problema da discricionariedade e do decisionismo, também é, por conseguinte, tarefa daqueles juristas preocupados com a produção democrática do direito e com a consolidação da democracia no estágio do constitucionalismo contemporâneo. E, neste caminho, não há como descurar que toda essa aposta na discricionariedade e no decisionismo sobreveio em um momento histórico e contextualizado próprio, justamente para “superar” a “frieza” do positivismo primevo (sintático ou primitivo). Logo, deveria ter ficado lá atrás, sobretudo em um estágio no qual devemos, de uma vez por todas, assimilar a existência das Constituições, bem assim da respectiva força normativa das Cartas e, no mais, a existência dos princípios, para além do mundo restrito típico das regras do positivismo.

Nesse caminho, de modo a corroborar o acima dito, vale citar Streck, para quem:

[...] parece que, no Brasil, compreendemos de forma inadequada o sentido da produção democrática do direito e o papel da jurisdição constitucional. Tenho ouvido em palestras e seminários que ‘hoje possuímos dois tipos de juízes’: aquele que se ‘apega’ à letra fria (sic) da lei (e esse deve ‘desaparecer’, segundo alguns juristas) e aquele que julga conforme os ‘princípios’ (esse é o juiz que traduziria os ‘valores’ – sic – da sociedade, que estariam ‘por baixo’ da ‘letra fria da lei’). Pergunto: cumprir princípios significa descumprir a lei? Cumprir a lei significa descumprir princípios? Existem regras (leis ou dispositivos legais) desindexados de princípios? Cumprir a ‘letra da lei’ é dar mostras de positivismo? Mas, o que é ser um positivista? Permito-me explicar melhor isso: por vezes, cumprir a ‘letra da lei’ é um avanço considerável. Lutamos tanto pela democracia e por leis mais democráticas...! Quando elas são aprovadas, segui-las é nosso dever. Levemos o texto jurídico – quando ele estiver conforme a Constituição – a sério, pois! E, por favor, que não se venha com a velha história de que ‘cumprir a letra fria (sic) da lei’ é assumir uma postura positivista...! Aliás, o que seria essa ‘letra fria da lei’? Haveria um sentido em-si-mesmo da lei? Na verdade, confundem-se conceitos. As diversas formas de positivismo não podem ser colocadas no mesmo patamar

e tampouco podemos confundir uma delas (ou as duas mais conhecidas) com a sua superação pelo e no interior do paradigma da linguagem.⁵²⁰

Positivismo exegético (que era a forma do positivismo primitivo) separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença – ainda muito presente no imaginário dos juristas – em torno da proibição de interpretar, corolário da vetusta separação entre fato e direito, algo que nos remete ao período pós-revolução francesa e todas as consequências políticas que dali se seguiram. Depois veio o positivismo normativista, seguido das mais variadas formas e fórmulas que – identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de um ‘fechamento semântico’ do direito – relegou o problema da interpretação jurídica a uma ‘questão menor’ (lembramos, aqui, de Kelsen). Atente-se: nessa nova formulação do positivismo, o problema do direito não está(va) no modo como os juízes decidem, mas, simplesmente, nas condições lógico-deônticas de validade das normas jurídicas. Entretanto, uma coisa todos esses positivismos têm até hoje em comum: a discricionariedade (que acaba não se fixando sequer nos limites da ‘moldura’ semântica). E tenho a convicção de que isso se deve a um motivo muito simples: a tradição continental, pelo menos até o segundo pós-guerra, não havia conhecido uma Constituição normativa, invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático. Isso tem consequências drásticas para a concepção do direito como um todo! Quero dizer: saltamos de um legalismo rasteiro, que reduzia o elemento central do direito ora a um conceito estrito de lei (como no caso dos códigos oitocentistas, base para o positivismo primitivo), ora a um conceito abstrato-universalizante de norma (que se encontra plasmado na ideia de direito presente no positivismo normativista), para uma concepção de legalidade que só se constitui sob o manto da constitucionalidade. Afinal – e me recordo aqui de Elías Díaz –, não seríamos capazes, nesta quadra da história, de admitir uma legalidade inconstitucional. Isso deveria ser evidente! Portanto, não devemos confundir “alhos” com “bugalhos”. Obedecer ‘à risca o texto da lei’ democraticamente construído (já superada a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com a ‘exegese’ à moda antiga (positivismo primitivo). No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é cooriginária. Portanto, hoje quando falamos em ‘legalidade’ estamos nos referindo a outra legalidade, uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito; uma legalidade, enfim, que se forma no horizonte daquilo que foi, prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional (não

⁵²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c. p. 50.

esqueçamos que o direito deve ser visto a partir de uma revolução copernicana que o atravessou depois do segundo pós-guerra).⁵²¹ Repito: ‘cumprir a letra (sic) da lei’ significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável. A isso, deve-se agregar a seguinte consequência: é positivista tanto aquele que diz que texto e norma (ou vigência e validade) são a mesma coisa, como aquele que diz que ‘texto e norma estão descolados’ (no caso, as posturas axiologistas, realistas, pragmatistas etc.).⁵²²

Deve-se ter em mente, portanto, que, no modelo do constitucionalismo contemporâneo, a Constituição, por possuir força normativa, acaba por invadir a legalidade, irradiando todos os seus efeitos para o espaço público democrático. Daí, pois bem, que a concepção de legalidade dos tempos de hoje emana uma legalidade constitucional, não se podendo, de um lado, de maneira rasa, reconhecer-se a vigência e a aplicabilidade de qualquer lei ou dispositivo legal e, de outro, partir-se para o campo da discricionariedade interpretativa, como se a principiologia constitucional fosse um instrumento de abertura semântica, ou como se os princípios fossem um mecanismo de (re)introdução da moral ou da política no âmbito do direito.

Eis, em linhas bem gerais, o modelo pelo qual se dá a construção do direito na democracia constitucional. Eis, então, a principal razão da *crise da teoria das fontes* em voga: poucos são os que lançam mão desses raciocínios, sendo que o imaginário de boa parte dos juristas brasileiros permanece apegado a paradigmas vencidos pela era do constitucionalismo contemporâneo, gerando, pois, toda esta temerária cena que verificamos cotidianamente. Não entenderam, pois, o *modus* de edificação do direito na democracia constitucional, desencadeado pelos movimentos pós-segunda grande guerra. E não compreenderam que é tão positivista – e tão ultrapassado, conseqüentemente – aquele que aplica rasteiramente a lei (qualquer lei), quanto àquele que lança mão da discricionariedade. Ambos obliteram a legalidade construída a partir dos princípios constitucionais. É, pois, o novo repetindo o passado, e nada mais. Um museu de “grandes novidades”, permita-me!

Logo, em razão desse quadro, é que, por exemplo, no âmbito da doutrina e da jurisprudência em matéria eleitoral, vivenciamos, diuturnamente, afirmativas como: a) verdade real (que, no Brasil, é um paradoxo em si, pois, se a “verdade real” (sic) é algo vinculado a era objetivista/essencialista, tem sido utilizada, aqui, como um alibi argumentativo destinado justamente ao oposto, ou seja, ao subjetivismo que, ao final e ao cabo, dará vazão a uma postura

⁵²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c. p. 50-51.

⁵²² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c. p. 50-51.

desveladamente inquisitivista por parte do julgador); b) livre convencimento (motivado ou não, não importa); c) vilipêndios a ritos processuais (que são garantias, controles de poder), calcados em argumentos como “a prova é do juízo” ou “o juiz tem liberdade de apreciação e produção da prova”; d) acolhimento de provas extemporâneas, de surpresa, em afronta a ritos processuais, bem como ao princípio do contraditório; e com provas ilícitas acolhidas, a partir de “ponderações” (sic), com lastro em argumentos discricionários e abstratos e, como tais, facilmente manipuláveis, como o “interesse público” (de quem?) ou o “bem comum” (?), mesmo que a Carta impeça que qualquer indivíduo seja investigado, denunciado, processado e condenado com base em elementos probatórios obtidos por meios ilícitos⁵²³; e) “provas” inquisitoriais fundamentando decisões judiciais; f) produção de provas por parte do Judiciário Eleitoral, que insiste em atuar na produção probatória, vindo a atacar, de morte, a estrutura do processo, que impõe, por força do princípio do contraditório, a paridade de armas entre as partes, além da equidistância que o julgador deve manter em face das mesmas⁵²⁴; g) e seguimos

⁵²³ Nesse sentido, a título de ilustração, foi o – peculiar – entendimento aquilatado nos autos do rumoroso Recurso Eleitoral 13653-50, originário do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, no qual a Corte acabou por assentar o seguinte: “[...] mesmo que a prova tivesse sido obtida por meio pouco recomendável, de qualquer sorte deve ser imperiosamente valorada por conta da natureza dos interesses defendidos, com a aplicação do princípio da proporcionalidade, invocado para salvaguardar valores maiores, in casu, a supremacia do interesse público. Trilhando nesse entendimento, gizo o fato de que nos sistemas jurídicos em geral, os valores por eles protegidos encontram-se escalonados conforme o grau de importância atribuído pela sociedade. Assim, a materialização dos valores e direitos que se mostram mais importantes, em casos específicos, pode-se dar através da aceitabilidade processual de provas colhidas, mesmo que logradas mediante meios não previstos em lei. Nessa esteira de inteligência, a incidência da Teoria da proporcionalidade amaina a vedação ao uso da prova obtida por meio impróprio para admiti-la excepcionalmente em casos de extrema gravidade, dando abrigo, destarte, a outros valores fundamentais, considerados mais urgentes na concreta avaliação do caso. Nesse passo, a proibição da prova adquirida por meio distinto daquele corriqueiramente admitido, não se afigura absoluta, podendo ceder quando em conflito com outro direito fundamental, de maior peso, isso em decorrência da isenção ao respeito que se deve a outras garantias de igual ou superior relevância como ocorre na vertente, pois aqui os bens jurídicos tutelados, quais sejam, o Estado Democrático de Direito, a soberania popular, a lisura e a transparência das eleições suplantam – e muito – o bem jurídico hipoteticamente violado: a privacidade da empresa pertencente ao acionado. Daí é que, imperiosa é a aceitabilidade da cópia das notas de abastecimento juntadas aos autos e da perícia dela decorrente, porque fora obtido por meio moralmente legítimo, sendo, pois, lícita, seja porque, ainda que considerada ilícita, deve ser analisada em virtude do princípio da ponderação de interesse (proporcionalidade). [...]”. BAHIA. Tribunal Regional Eleitoral. **Recurso Eleitoral n.º. 13653-50**. Salvador, 24 de maio de 2011.

⁵²⁴ A produção das provas é incumbência das partes, não do julgador. E é a Constituição da República que exige que assim o seja, afinal, tanto objetiva, quanto subjetivamente, a imparcialidade do julgador é um direito fundamental de todo e qualquer jurisdicionado⁵²⁴, e a conduta de um juiz-inquisidor não se afigura como compatível para com o Estado Democrático de Direito. A partir do momento em que o juiz se arvora da produção das provas, usurpando prerrogativa que é das partes, ele acaba por matar a estrutura do próprio processo, o contraditório, assim como a imparcialidade, pois, nessa feita, o julgador, numa primeira hipótese, apenas iria ao encontro de elementos hábeis a dar sustentação ao que ele de antemão já decidira ou pretendia decidir; e, num segundo prisma, de toda sorte, tornar-se-ia ele verdadeiro assistente de uma das partes, evidentemente que em detrimento da parte diversa, vilipendiando, desta forma, a estrutura do processo. A relação de equidistância que o juiz deve manter em relação às partes, seja numa, seja noutra hipótese, inexistiria. E o processo tornar-se-ia, assim, mera formalidade. Os meios probatórios são elementos hábeis a formação do convencimento do julgador, destinatário precípua que é. Em face de tal condição (passiva), enfim, não deve, jamais, o julgador, se arvorar da respectiva produção probatória, incumbência que recai aos polos da ação. E é, reitero-se, a Constituição quem, ao final e ao cabo, reclama tal proceder.

a apostar em um CE de 1965 que, contraditoriamente, é uma construção da ditadura militar que acometeu o Brasil por mais de 20 anos e que, por conseguinte, não carrega o mínimo ideário democrático. Isto é, a um regime democrático, corresponderá um regramento e uma práxis democrática (deveria ser assim, ao menos). Contrario sensu, a um regime autoritário...; etc.; h) também, por oportuno, não há como ignorar a baixa constitucionalidade verificada no âmbito da jurisdição, especialmente vislumbrada a partir da aplicação de dispositivos legais claramente inconstitucionais (destes, por hora, citemos alguns, que, por sua vez, denunciam muito bem o cenário que paira sobre o Direito Eleitoral, pautado que é em um nada velado protagonismo pretoriano ou, no caso, em um inquisitivismo indiscretamente arraigado: artigo 7º, §único⁵²⁵, artigo 22, VI⁵²⁶ e artigo 23⁵²⁷, todos da LC 64/90); i) e, por fim, que não se ignore a usurpação de competência constitucional (e republicana) verificada a partir de resoluções expedidas pelo Judiciário Eleitoral que, a despeito de regulamentar a legislação eleitoral posta, criam novas restrições e sanções aos atores do processo eleitoral (como vedações à propaganda eleitoral e afins).

De igual maneira, não é diferente a realidade intitulada por Rodolfo Viana Pereira de “núcleo da resistência”, quando o jurista mineiro questiona a legitimidade constitucional das tão propagadas condições de registrabilidade, especificamente no que se refere ao artigo 11, parágrafo primeiro, da Lei nº. 9.504/97. Sobre o tema, disse o autor que:

[...] tal norma cria requisitos para a candidatura e, acaso não cumpridos, implicarão o indeferimento do pedido de registro. Seriam essas exigências, então, causas de inelegibilidade? Certamente não, pois, tendo sido estabelecidas por lei ordinária, estariam *in totum* eivadas de inconstitucionalidade. Seriam, assim, condições de elegibilidade? Igualmente não, uma vez que essas são previstas constitucionalmente. Seria, assim, concretização legal das condições de elegibilidade? Nem todas, uma vez que apenas os incisos I e III (ata da convenção e prova da filiação partidária) derivam indireta e diretamente do art. 14, §3º, V, da CR/88 (filiação partidária). Na impossibilidade de enquadrar tais tipos de requisitos na taxonomia constitucional, a doutrina e a jurisprudência criaram um novo enquadramento, um novo tronco de exigências oponíveis aos interessados em disputar o processo eleitoral: as chamadas condições de registrabilidade. Tão

⁵²⁵ “O Juiz, ou Tribunal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento”. 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: 10 out. 2018.

⁵²⁶ “Nos 3 (três) dias subsequentes, o Corregedor procederá a todas as diligências que determinar, ex officio ou a requerimento das partes”. Ibid.

⁵²⁷ “O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral”. Ibid.

simples quanto isso: tudo o que não é condição de elegibilidade (ou seu detalhamento infraconstitucional), nem causa de inelegibilidade (constitucional ou infraconstitucional), e ainda assim for obrigatório para a validade do registro de candidatura, passa a ser enquadrado no universo tortuoso das condições de registrabilidade.⁵²⁸

Pode-se dizer, então, que tais “condições de registrabilidade” nada mais representam do que dribles à Constituição da República, que, de maneira taxativa, é quem prevê as chamadas condições de elegibilidade e impõe, no mais, que qualquer causa de inelegibilidade seja tipificada mediante lei complementar.⁵²⁹

Seguindo com Pereira, impende denunciar situação ainda mais grave envolta ao Direito Eleitoral, oportunidade na qual, pode-se dizer, há uma verdadeira *fetichização do discurso jurídico*, sobretudo por parte daqueles defensores da moralização da política mediante qualquer instrumento e a qualquer custo. Trata-se, pois, da defesa da existência de uma espécie de *condição de elegibilidade implícita*, tese costumeiramente calcada no que dispõe o tão falado (e pouco compreendido) §9º do art. 14 da CF.

O fundamento principal – desta fala – ancora-se no princípio constitucional da moralidade (art. 14, §9º, CR/88), alçado a farol a guiar o legislador e o magistrado a aduzirem (e mesmo atribuírem) critérios, condições, requisitos à validação do registro dos bons e à exclusão do registro dos maus. A moral seria, pois, o elemento catalisador do poder dos juízes para fazer a limpeza da política brasileira a partir da negativa do registro dos impuros.⁵³⁰

Questiona-se, porém: será que o constitucionalismo emergente do Estado Democrático de Direito autorizaria tamanha interferência no processo eleitoral? Será que estaríamos imersos em uma *juristocracia*? E mais: poder-se-ia intitular de *pós-positivista* tamanha aposta no *ativismo –protagonismo – solipsismo – decisionismo – discricionariedade – arbítrio* judicial? É evidente que não. Ou seja, a “tese” tropeça em si mesma. E o tropeço é amazônico! Sem contar, ademais, que é a própria Constituição que, nos respectivos §§3º e 4º do artigo 14, arrola, de maneira taxativa, as condições de elegibilidade (que, por serem pressupostos, não podem ser implícitos!). Levemos o texto constitucional a sério, pois! A pecha de inconstitucionalidade desses discursos, enfim, é flagrante, indesculpável e inafastável.⁵³¹

⁵²⁸ PEREIRA, Rodolfo Viana. Condições de registrabilidade e condições implícitas de elegibilidade: esses obscuros objetos do desejo. In: SANTANO, Ana Cláudia; SALGADO, Eneida Desiree (Orgs.). **Direito Eleitoral: debates ibero-americanos**. Curitiba: Ithala, 2014. p. 277.

⁵²⁹ Ibid.

⁵³⁰ Ibid.

⁵³¹ A conclusão de Rodolfo Viana Pereira, pois bem, não é diferente: “*Inevitavelmente surgem as seguintes perguntas: qual a validade constitucional da imposição, por lei ordinária ou por resolução, de novos requisitos ao registro de candidatura que não derivam do mandamento constitucional? Pode o legislador ordinário, com fundamento na autorização legislativa prevista no art. 14, §3º, da CR/88 expandir as condições de*

Deste problema, por seu turno, um dos expoentes mor desponta, pois, como sendo o artigo 23 da LC nº 64/90⁵³², que prevê o seguinte: “O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral”.⁵³³

Pelo preceito legal em liça, portanto, o Tribunal poderia vir a formar a sua convicção pela livre apreciação de fatos públicos e notórios, pela não menos livre apreciação de indícios e presunções e, ainda, pela livre apreciação da prova produzida, atentando, igualmente, para circunstâncias ou fatos não indicados ou alegados pelas partes. Quer dizer: a despeito da soberania popular ou da cidadania (num sentido político estrito) e do devido processo legal, ao invés de exigir provas cabais e irretorquíveis para anular votos, a lei se apega a indícios e presunções, como se estes, numa sólida democracia, pudessem se sobressair à manifestação sagrada do eleitorado. Porém, é exatamente isso que está contido no texto legal em liça. Isto é, a soberania popular, de onde provém que a manifestação do eleitorado é a grande força motriz na legitimação do poder político da democracia, pode(ria) ser relegada a voluntarismos de toda ordem, lastreados em indícios e presunções, fatos públicos e notórios e, ademais, em circunstâncias outras não alegadas ou conhecidas pelas partes (e o contraditório, como fica?).

Será, no entanto, que, numa democracia de direito que se preze, poderiam os Tribunais (e juízes) formarem convicções pela “livre apreciação” (de alguma coisa)? O art. 93, inc. IX, da CF não exigiria a motivação das decisões judiciais, garantia que representa um verdadeiro direito fundamental assegurado ao jurisdicionado? Tal direito (fundamental) não exigiria que o Judiciário fundamentasse às suas decisões, contemplando os argumentos das partes e as provas

elegibilidade? Ademais, pode o magistrado pressupor a existência de condições implícitas, extraindo-as indiretamente da Constituição de 1988? A resposta, a meu sentir, é um enfático ‘não’. (grifo nosso). PEREIRA, Rodolfo Viana. Condições de registrabilidade e condições implícitas de elegibilidade: esses obscuros objetos do desejo. In: SANTANO, Ana Cláudia; SALGADO, Eneida Desiree (Orgs.). **Direito Eleitoral**: debates ibero-americanos. Curitiba: Ithala, 2014. p. 285.

⁵³² Nada obstante todos os problemas que surgem do artigo de lei em questão, o plenário do STF, ao julgar improcedente a ADI nº 1.082, confirmou a “constitucionalidade” do dispositivo em voga.

⁵³³ Além de (absurdamente) inconstitucional, este artigo da LC 64/90 vai de encontro às disciplinas assentadas pelo NCPC, especialmente quanto aos artigos 10 (não surpresa), 371 (julgamento mediante análise das provas – jamais presunções) e artigo 489 (exaustiva motivação das decisões judiciais). Logo, pode-se dizer que o artigo 23 está revogado. E nem se diga que, por se tratar de um dispositivo imerso em lei complementar, não haveria falar em revogação, tendo em vista a natureza ordinária do neófito diploma processual civil. E há duas razões para tanto: a primeira, é que, no nosso entender, não há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária (a diferença é de quórum); a segunda, por sua feita, de qualquer maneira, é a de que a reserva de matéria a ser legislada por lei complementar restringe-se às inelegibilidades, e nada mais. Logo, seguramente, além de inconstitucional, o artigo 23 da LC 64/90 está, de qualquer maneira, revogado pelos dispositivos do NCPC. **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: 10 out. 2018.

dos autos, ao invés de decidir como quer? Isto não é, pois, um limite a tal "liberdade"? E o direito fundamental ao contraditório⁵³⁴, que pressupõe o direito de informação, o direito de manifestação e o direito de a parte ver os seus argumentos considerados (até mesmo para contrapor a decisão, se for o caso)? Este princípio constitucional, que exige que as partes conheçam dos argumentos e provas constantes dos autos em tempo hábil e em respeito às regras do jogo, e que sobre elas possam apresentar um contraponto, além de reclamar que os seus argumentos sejam contemplados pelo julgador, não limitaria essa tal "liberdade"? E a própria vedação constitucional às provas obtidas por meios ilícitos, também não?

Note-se, portanto, que o problema deste esquizofrênico dispositivo legal (o art. 23), de plano, já se evidencia. Ora, numa democracia, não há como permitir que decisões sejam prolatadas com base em "livres convicções" ou "livres apreciações". As decisões devem ser efetivadas com lastro em fundamentações/motivações (jurídicas) e não em protagonismos lastreados na discricionariedade e no decisionismo. As decisões judiciais, como manifestações de poder, devem ser legitimadas. E, para tanto, fundamentação exaustiva há de haver. Logo, não há como julgar como se quer. Os Tribunais não podem apreciar livremente os fatos, provas e argumentos. Ao menos frente à Constituição da República não.

O inciso IX do artigo 93 da CF exige a fundamentação das decisões judiciais. E este, atrelado aos princípios do contraditório e da ampla defesa, representa verdadeiro postulado do Estado Democrático de Direito, para utilizar as palavras de Alexandre Morais da Rosa.

Por isso, conforme as palavras do jurista catarinense, o convencimento do magistrado não de ser oposto à garantia fundamental do cidadão de ver as suas teses apreciadas pelo Estado-Juiz, não sendo, assim, livre. Os fundamentos de uma decisão democrática são condições de possibilidade para o devido controle de validade. O contrário, pois, nada mais é do que

⁵³⁴ “Mandado de Segurança. [...] 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. [...] 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV).” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 24.268**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2004.

arbitrariedade.⁵³⁵⁻⁵³⁶ E nem se diga, aliás, que o convencimento, apesar de livre, seria motivado (livre convencimento motivado). Trata-se, este *standard*, de mero *álibi* argumentativo utilizado para encobrir o protagonismo pretoriano no ato de julgar. E é simples: se o convencimento, apesar de motivado, é (ou seria) livre, a respectiva “motivação” (sic) também o será(ia) (ou não?). Veja-se, então, que o “motivado” do livre convencimento nada mais é do que uma singela capa de sentido para encobrir o que foi decidido livremente, pouco importando a garantia do *due process of law*.

O intérprete não pode decidir como quer. Não pode analisar a prova como quer e decidir como bem entende. E muito menos se utilizar deste ornamento para decidir com escopo em qualquer prova, por exemplo, indiciária ou inquisitorial (condenar com base em indícios e presunções, provas indiciárias, elementos inquisitoriais, fatos alheios ao contraditório, fatos públicos e notórios – a quem? –, inversão do ônus da prova, livres apreciações etc., é inconstitucional. Desgraçadamente inconstitucional!). Portanto, a legitimação da decisão

⁵³⁵ Inobstante todas as vicissitudes provenientes desse dispositivo, o Tribunal Superior Eleitoral tem reiterados precedentes dando guarida ao malsinado artigo 23 da Lei Complementar nº. 64/90. Veja-se, por exemplo: ELEIÇÕES 2014. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA INDEFERIDO. DEPUTADO FEDERAL. ART. 1º, I, L, DA LC Nº 64/90. CONDENAÇÃO POR ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. INELEGIBILIDADE. INCIDÊNCIA. DESPROVIMENTO. 1. Nos termos da jurisprudência mais recente desta Corte, a inelegibilidade que surge após o pedido de registro de candidatura pode ser apreciada nas instâncias ordinárias, desde que garantidos o contraditório e a ampla defesa, não havendo falar em colisão com o disposto no art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/97, tendo em vista o disposto no art. 7º, parágrafo único, da LC nº 64/90, segundo o qual, "o Juiz, ou Tribunal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento". [...]. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário nº 15429. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. Brasília, DF, 26 de agosto de 2014. **RJTSE**, Brasília, DF, v. 25, n. 3, p. 556, 26 ago. 2014f.

⁵³⁶ Não é distinta, também na esfera de atuação do TSE, a incessante aposta no solipsista “livre convencimento”, senão vejamos: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO NOS PRÓPRIOS AUTOS. ELEIÇÕES 2012. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. REVALORAÇÃO DA PROVA. INVIABILIDADE. SÚMULAS 7 DO STJ E 279 DO STF. DESPROVIMENTO. 1. De acordo com a jurisprudência sedimentada neste Tribunal Superior Eleitoral, é possível o Tribunal de origem, em análise de admissibilidade, apreciar o mérito do recurso especial eleitoral sem que isso configure usurpação de competência, sobretudo porque as decisões desta Corte Superior não estão vinculadas ao juízo de admissibilidade recursal. Precedentes. 2. Não há ofensa ao art. 275 do Código Eleitoral e ao art. 93, IX, da Constituição Federal nas situações em que o Tribunal de origem decide a lide a partir do devido exame dos fatos e provas submetidos à sua apreciação. 3. Ter como ocorrido fato que a Corte Regional consigna expressamente não haver sido demonstrado no caso, a prática de abuso de poder econômico constitui óbice intransponível nesta via extraordinária por exigir o reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça e da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. 4. Segundo a jurisprudência deste Tribunal Superior e da Corte de Justiça, o exame do dissídio jurisprudencial fica prejudicado, porquanto faz referência à mesma tese que respaldou o recurso com base na alínea a do inciso I do art. 276 do Código Eleitoral, cujo julgamento esbarrou no óbice da Súmula 7 do STJ. Precedentes. 5. Não há violação do art. 131 do Código de Processo Civil, com motivo na existência de afronta ao princípio da persuasão racional, se, da moldura fática do decisum impugnado, exsurge-se que a convicção dos julgadores foi fundada no livre exame dos fatos e provas submetidas à sua apreciação. 6. Agravo regimental desprovido. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 66798. Relatora: Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura. Brasília, DF, 11 de setembro de 2014. **DJE**, Brasília, DF, v. 180, p. 39-40, 25 set. 2014a.

somente se dará por meio de robusta fundamentação, a partir do direito, da prova, da prova lícita, dos limites semânticos do texto legal, das regras do jogo processual democrático etc. Numa democracia, o decidir deve corresponder a algo legitimado perante todas as regras do jogo, começando pela CF. E, se um determinado dispositivo legal “autoriza” o decidir mediante “livres convicções”, este dispositivo, a toda evidência, é inconstitucional. Não podemos depender, ao fim e ao cabo, de um julgamento tomado com base na consciência ou na razão prática do julgador, por meio da sua *subjetividade assujeitadora* (Streck). Isso, definitivamente, não é democrático.

Mesmo assim, por exemplo, este malfadado artigo 23 insiste em livres apreciações e afins. E não é só ele, diga-se, a bem da verdade. Note-se, pois, que o imaginário que permeia a seara eleitoral queda-se assentado num indiscreto inquisitivismo. Não é por menos, assim sendo, que o parágrafo único do artigo 7º da mesma LC n.º. 64/90 traz previsão no sentido de que: “*O Juiz, ou Tribunal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento*”.⁵³⁷ (grifo nosso). E, no mais, também não é distinto quando o inciso VI do artigo 22 da mesma lei prevê a possibilidade de produção de provas *ex officio* pelo julgador que, com isso, por evidente, se tornaria um verdadeiro inquisidor. E esta “sanha inquisitivista” desencadearia nada mais, nada menos, do que uma quebra incurável na paridade de armas entre os litigantes, sobretudo em detrimento do acusado/representado (para variar, apenas).

Entretanto, nota-se aí um grande exemplo do descompasso de paradigmas que permeia o imaginário não só (de boa parte) dos juristas, mas também do legislador brasileiro. Dizer, por meio de um dispositivo legal (!), que os Tribunais poderiam labutar mediante “livres convicções”, nada mais é do que a confissão do apego a paradigmas obsoletos, como o da filosofia da consciência e às suas *vulgatas* voluntaristas, para utilizar expressão comumente utilizada por Lenio Streck. Ocorre que isto de há muito se encontra superado. Ou ao menos deveria se encontrar. Apostar, afinal, na crença de que a interpretação seria um ato de vontade (e livre, portanto), dando azo a discricionariedades de qualquer ordem, simplesmente se encontra afastado do paradigma do Estado Democrático de Direito. Mas ainda há mais.

⁵³⁷ 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: 10 out. 2018.

Segundo o dispositivo legal em comento, como visto, o Judiciário Eleitoral poderia apreciar livremente (*sic*) os fatos públicos e notórios, os indícios e as presunções, as circunstâncias não indicadas ou alegadas pelas partes, além das provas dos autos (e a ordem, coincidentemente – ou nem tanto –, é atribuída pelo próprio dispositivo legal). Mas, afinal: *o que é isto, apreciar livremente os fatos públicos e notórios, os indícios e as presunções e as circunstâncias ou fatos não indicados ou alegados pelas partes?*

Ora, se o Tribunal (ou o julgador singular ou monocrático), hipoteticamente, pudesse formar a sua convicção pela “livre apreciação (?) dos fatos públicos e notórios” (*sic*), o que seriam, ao fim e ao cabo, tais “fatos públicos e notórios”? Eis a pergunta que não quer calar: “Públicos” e “notórios” a quem? Ao órgão julgante? Mas e as partes, como ficam? E a ampla defesa e o contraditório (que são princípios e, como tais, normas)? E a imparcialidade objetiva e subjetiva do juízo?⁵³⁸ Será que o julgador poderia conhecer e se valer de fatos envolvidos à causa, advindos do seu (pré) conhecimento? Ou da opinião pessoal? Pior: conhecer e se valer de fatos ou provas “extra autos”? Se sim, perdoe-me: não poderia julgar o caso! E a razão é simples: se assim fosse, partiria o órgão julgante de evidentes pré-julgamentos. O processo, nessa quadra, representaria desmedidamente apenas uma mera formalidade. E, mesmo assim, o dispositivo legal prevê que o “Tribunal formará a convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios” (*sic*). O que são tais fatos, não se sabe.

Na dicção de Streck, o século XX:

[...] foi generoso para com o direito e a filosofia. No direito, o segundo pós-guerra proporcionou a incorporação dos direitos de terceira dimensão ao rol dos direitos individuais (primeira dimensão) e sociais (segunda dimensão). Às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático de Direito agrega um *plus* (normativo): o direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a explicitar as possibilidades para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, questão que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, onde o *welfare state* não passou de um simulacro.⁵³⁹

⁵³⁸ “[...]. Segundo o TEDH (Tribunal Europeu de Direitos Humanos), a contaminação resultante dos ‘pré-juízos’ conduz à falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva. Desde o caso *Piersack*, de 1982, entende-se que a subjetiva alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, desse modo, a sua falta de ‘pré-juízos’. Já a imparcialidade objetiva diz respeito a se tal juiz se encontrar em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável de sua imparcialidade. Em ambos os casos, a parcialidade cria a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas suas instituições. Não basta estar subjetivamente protegido; é importante que se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial (é a visibilidade)”. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 180-181.

⁵³⁹ STRECK, Lenio Luiz. Superando os diversos tipos de positivismo: porque a hermenêutica é applicatio? **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 275-276, jul./dez. 2014f.

Na filosofia, por sua vez, “[...] o giro ontológico-linguístico operou uma verdadeira revolução copernicana no campo da hermenêutica”.⁵⁴⁰ Quer dizer:

A linguagem, entendida historicamente como uma terceira coisa interposta entre um sujeito e um objeto, recebe o status de condição de possibilidade de todo o processo compreensivo. Torna-se possível, assim, superar o pensamento metafísico que atravessou dois milênios, isto porque se no paradigma da metafísica clássica os sentidos —estavam nas coisas e na metafísica moderna na mente (consciência de si do pensamento pensante), na guinada pós-metafísica o sentido passa a se dar na e pela linguagem”.⁵⁴¹

É, portanto, no interior destas duas revoluções

[...] que devemos considerar o novo constitucionalismo (Constitucionalismo Contemporâneo) como superador dos diversos positivismos (do clássico-exegético, nas três versões — francesa, alemã e inglesa do positivismo — aos positivismos que apostam no protagonismo judicial, mormente a partir da admissão do poder discricionário dos juízes). Daí a possibilidade de afirmar a existência de uma série de oposições/ incompatibilidades entre o Constitucionalismo Contemporâneo e o(s) positivismo jurídico(s), a começar pela singela razão de que, se as constituições tem a pretensão de resgatar as promessas incumpridas da modernidade (pensemos nos países de modernidade tardia com o Brasil), por qual razão deveríamos deixar que os juízes venham a —cavar por debaixo da lei na busca de elementos que estão, ao fim e ao cabo, na sua concepção solipsista de sociedade?⁵⁴²

Consideradas essas premissas e tendo por horizonte a Constituição brasileira de 1988, uma visão adequada da teoria das fontes impõe sua vinculação com as diretrizes fundamentais do modelo de Estado Democrático de Direito. Esse tipo estatal, previsto no caput do art. 1º, CF, prescreve a lei como fonte de criação dos direitos e dos deveres (art. 5º, II, CF) e estabelece o judiciário (jurisprudência) como importante guardião dos direitos e da Constituição (art. 5º, XXXV, CF). Os doutrinadores, por sua vez, pautados na liberdade científica e acadêmica (art. 5º, IX, CF), possuem relevante papel de apresentação do sistema jurídico e social, assim como a doutrina possui importante função de analisar a concretização da democracia, da separação dos poderes e da efetivação dos direitos. Além das fontes internas, a Constituição brasileira põe em destaque o Direito Internacional dos Direitos Humanos ao afirmar que os “[...] direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos

⁵⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. Superando os diversos tipos de positivismo: porque a hermenêutica é applicatio? **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 276, jul./dez. 2014f.

⁵⁴¹ STRECK, loc. cit.

⁵⁴² STRECK, loc. cit.

princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.⁵⁴³

Logo, o Direito do Estado Democrático de Direito “[...] não é indiferente às razões pelas quais um juiz ou um tribunal toma suas decisões. O Direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, cobra reflexão acerca dos paradigmas que informam e conformam a própria jurisdição constitucional”.⁵⁴⁴ E a jurisdição constitucional, importa frisar, não é privilégio do STF. Em verdade, considerando o controle difuso de constitucionalidade das leis ou atos normativos, todo juiz é juiz constitucional ou, noutras palavras, todo e qualquer magistrado exerce (deve exercer) jurisdição constitucional. Conseqüentemente, não é diferente quanto à Justiça Eleitoral.

5.3.2 *A crise de paradigmas de dupla face* no Direito brasileiro: do juiz boca-da-lei ao voluntarismo judicial - a recepção equivocada de teorias estrangeiras no Brasil

Embora o avanço que as diversas posturas críticas têm representado no campo da teoria do direito e do direito constitucional, torna-se necessário, ainda, reafirmar uma velha questão, sobre a qual venho me debruçando, mormente a partir da Constituição de 1988: a crise de paradigmas que atravessa o imaginário dos juristas.⁵⁴⁵

Como desde há muito afirma Lenio Streck, a crise possui uma dupla face: de um lado, uma crise de modelo de direito (preparado para o enfrentamento de conflitos interindividuais, o direito não tem condições de enfrentar/atender às demandas de uma sociedade repleta de conflitos supra individuais), problemática de há muito levantada por autores como José Eduardo Faria; de outro, a crise dos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, o que significa dizer, sem medo de errar, que ainda estamos reféns do esquema sujeito-objeto.⁵⁴⁶ Passados 30 anos da promulgação da CF de 1988, o problema em questão – a referida crise paradigmática – ainda se encontra vivo, pulsante como nunca, talvez.

⁵⁴³ MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 9, n. 3, p. 1438, 3. quadr. 2014. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br//seer/index.php/rdp/article/viewFile/6746/3843>>. Acesso em: 18 out. 2018.

⁵⁴⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 51.

⁵⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do Direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 40, n. 45, p. 257-290, jan./jun. 2006a.

⁵⁴⁶ Ibid.

Nesse contexto, torna-se imprescindível discutir a crise do Direito, do Estado e da dogmática jurídica, e seus reflexos na sociedade, a partir do papel da justiça constitucional. Com efeito, preparado/ engendrado para o enfrentamento dos conflitos interindividuais, o Direito e a dogmática jurídica (que o instrumentaliza) não conseguem atender as especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa (J. E. Faria). O paradigma (modelo/mo de produção de Direito) liberal-individualista-normativista está esgotado.⁵⁴⁷

Eis o “Lado A” da crise de paradigmas de dupla face, isto é, o Direito, erguido a partir de um pilar liberal-individualista, se encontra ainda hoje preparado apenas para lidar com questões interindividuais, descolado, portanto, da complexidade da sociedade contemporânea e, mais ainda, dos problemas que esta sociedade apresenta ao Direito – que são transindividuais.

O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clamam novas posturas dos operadores jurídicos. Torna-se necessário, pois, diante desse quadro, rediscutir as práticas discursivas dos juristas. Visivelmente há uma crise que, antes de qualquer coisa, precisa ser descoberta “como” crise. Essa crise ocorre porque o velho modelo de Direito (de feição liberal-individualista normativista) não morreu e o novo modelo (forjado a partir do Estado Democrático de Direito) não nasceu ainda. Deixar vir o novo à presença: esse é o desafio.⁵⁴⁸

Esse problema, é importante referir, reverbera na *práxis legislativa e judicial* brasileiras, mas, mais do que isso, no próprio modelo de ensino jurídico aplicado no Brasil – uma coisa é consequência da outra, na verdade. A esse respeito, como afirma Streck:

Os exemplos simbolizam a crise de dupla face, que esconde facilmente, por exemplo, a ‘realidade’ representada pelas idiosincrasias constantes na legislação penal brasileira, na qual ‘adulterar chassi de automóvel’ tem pena maior que ‘sonegação de tributos’, e ‘furto de botijão de gás’ realizado por duas pessoas tem pena (bem) maior do que ‘fazer caixa dois’.⁵⁴⁹

Mais, se alguém sonega tributos, tem a seu favor um longo e generoso REFIS; já na hipótese do ladrão de botijões, mesmo que ele devolva o material subtraído, não terá a seu favor os benefícios concedidos aos sonegadores. Do mesmo modo, a crise paradigmática conseguiu esconder muito bem (não esqueçamos que o discurso ideológico tem eficácia na medida em que

⁵⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003b.

⁵⁴⁸ Ibid.

⁵⁴⁹ Id. A atualidade do debate da crise paradigmática do Direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 40, n. 45, p. 265, jan./jun. 2006a.

não é percebido) o fato de que, com o advento da Lei n.º 10.259/01, os crimes de abuso de autoridade, maus tratos em crianças, sonegação de tributos, fraude em licitações, dentre muitos outros, foram transformados em soft crimes, isto é, em crimes de “menor potencial ofensivo” (sic), tudo sob o silêncio eloquente da comunidade jurídica.⁵⁵⁰ Etc.

Já quanto ao *ensino jurídico*, segundo a mesma crítica de Lenio Streck, construiu-se, pois, um imaginário jurídico “[...] assentado em uma cultura prêt-à-porter, estandardizada, em que o ensino jurídico é reproduzido a partir de manuais, a maioria de duvidosa qualidade”.⁵⁵¹ Com efeito, simbolicamente, os manuais que povoam o imaginário dos juristas representam com perfeição o estado d’arte da crise. Os próprios exemplos utilizados em sala de aula, através dos próprios manuais, estão desconectados daquilo que ocorre em uma sociedade complexa como a nossa. Além disso, essa cultura estandardizada – e aqui está o problema da prevalência dos paradigmas metafísicos clássico e moderno – procura explicar o direito a partir de verbetes jurisprudenciais a-históricos e atemporais, ocorrendo, assim, uma ficcionalização do mundo jurídico-social.⁵⁵²

Alguns exemplos beiram o folclórico, como o exemplo dos personagens “Caio e Tício”, incursos em toda legislação penal brasileira, tão recorrente em manuais país afora e em “provas da OAB”, além do exemplo não menos recorrente do caso dos “gêmeos xifópagos”, em que um deles fere o outro mediante disparo de arma de fogo – como se fosse comum vermos “gêmeos xifópagos” andarem armados (?).

Para se ter uma idéia da dimensão do problema, há um importante manual de direito penal que ensina o conceito de erro de tipo do seguinte modo: um artista fantasia-se de cervo e vai para o meio do mato; um caçador, vendo apenas a galhada, atira e acerta o indivíduo “disfarçado”. Fantástico. Quem não sabia o que era erro de tipo agora sabe. Só uma coisa me deixou intrigado: por que razão alguém se fantasiaria de cervo (veado) e iria para o meio da floresta? O mesmo livro explica o significado de nexo causal, a partir do seguinte exemplo sobre causas preexistentes: “o genro atira em sua sogra, mas ela não morre em consequência dos tiros, e sim de um envenenamento anterior provocado pela nora, por ocasião do café matinal”. Mas, tem mais tragédia familiar: o que seria causa “superveniente” no direito penal? O mesmo manual dá a solução, com o seguinte exemplo: “após o genro ter envenenado sua sogra, antes de o veneno produzir efeitos, um maníaco invade a casa e mata a indesejável (sic)

⁵⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do Direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 40, n. 45, p. 257-290, jan./jun. 2006.

⁵⁵¹ Ibid., p. 266.

⁵⁵² Ibid.

senhora a facadas”. Significa dizer que o genro foi “salvo” pelo maníaco?⁵⁵³ E os exemplos são vários e variados.

Enquanto o “Lado A” da Crise Paradigmática de Dupla Face se sustenta, então, no fato de o Direito brasileiro se encontrar preparado (e estruturado!) apenas para lidar com questões interindividuais, desconectado, portanto, a realidade contemporânea, o “Lado B” desta mesma crise reside na *crise dos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência*, ou seja, no nosso *aprisionamento tardio ao esquema sujeito-objeto*, onde, de um lado, o intérprete ainda hoje se encontra “preso” ao texto legal, isto é, o objeto aprisiona o sujeito e, de outro, o intérprete, de refém do texto, se torna dono dos seus sentidos, isto é, o sujeito assujeita o objeto.

Nesse sentido, note-se que: (a) continuamos a pensar que a lei é a única fonte, bastando, v.g., ver o que fizemos com o mandado de injunção, “exigindo” uma “lei regulamentadora”, ignorando que a própria Constituição é a nova fonte; (b) continuamos a acreditar no mundo ficcional das regras, ignorando que a (velha) teoria da norma necessita recepcionar a era dos princípios, que, fundamentalmente, introduzem no Direito a realidade escamoteada historicamente pelo mundo das regras do positivismo; (c) não nos damos conta de que o esquema sujeito-objeto, sustentador do modo dedutivo-subsuntivo de interpretar, sucumbiu em face do giro linguístico-ontológico (em especial, a hermenêutica, sem olvidar a importância das teorias discursivas); (d) porque atrelados ao esquema sujeito-objeto, não conseguimos compreender a relação entre texto e norma, isto é, do objetivismo simplificador partimos em direção aos diversos axiologismos. Como consequência, estabeleceu-se um “ceticismo hermenêutico”, cujo resultado é a arbitrariedade interpretativa.⁵⁵⁴

A literatura pode nos ajudar a entender os grandes dilemas contemporâneos sobre a interpretação da lei e do direito, consoante afirma Lenio Streck. Veja-se que, em pleno século XXI, ainda não conseguimos superar o embate “objetivismo-subjetivismo”, razão e vontade, como decidir etc.⁵⁵⁵

Shakespeare, no início do século XVII, antecipou a discussão hermenêutica que será o centro das preocupações dos juristas do século XIX até os nossos dias. Entre as várias peças, há uma em especial, escrita por volta de 1604, chamada Medida por Medida. A estória se passa

⁵⁵³ STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do Direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 40, n. 45, p. 257-290, jan./jun. 2006.

⁵⁵⁴ Id. Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 jan. 2006b. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina>. Acesso em: 8 dez. 2018.

⁵⁵⁵ Id. É possível fazer Direito sem interpretar? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 abr. 2012a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-abr-19/senso-incomum-jurisprudencia-transita-entre-objetivismo-subjetivismo>>. Acesso em: 8 dez. 2018.

em Viena. O Duque Vivêncio, em face de um quadro de desordem e corrupção de costumes, transfere a seu amigo Ângelo o governo, simulando tirar um período de férias, em que visitaria a Polônia. Sob novo comando, a guarda prende o jovem Cláudio, sob a acusação de ter fornicado com Julieta, sua namorada. Incontinenti, é condenado à morte por Ângelo. Cláudio, então, pede a sua irmã Isabela, para que interceda por ele junto a Ângelo. Isabela busca persuadir Ângelo. Este diz que Cláudio é um transgressor da lei e que ela estaria perdendo o seu tempo. Diz, também, que no contexto dado, a lei não permite vicissitudes idiossincráticas. É ela a palavra do poder: “A lei, não eu, condena o seu irmão. Se fosse meu parente, irmão ou filho, seria o mesmo. Ele morre amanhã”.⁵⁵⁶

Isabela retorna no dia seguinte e insiste na tese. Ângelo se mantém irredutível. Entretanto, enquanto falava, a concupiscência tomava conta de Ângelo, vendo que por debaixo das vestes de Isabela (ela estava vestida com roupa de noiva) um belo exemplar da espécie humana se escondia. Assim, em um instante, Ângelo, aquele “poço de virtude”, transmuda-se, dizendo à Isabela que “se o amasse em retorno, seu irmão seria poupado”. De escravo da lei, de escravo da estrutura, do “que está dado”, Ângelo se transforma em “senhor da lei”, “senhor dos sentidos”.⁵⁵⁷

Do extremo objetivismo, Ângelo vai ao completo subjetivismo. Qual é o pior dos Ângelos? O I ou o II? Ou seja, duzentos anos antes das críticas de Ihering à juíza Pórcia de O Mercador de Veneza – outro exemplo de juiz solipsista shakespeariano – essa discussão já estava posta pelo bardo. Tenho usado muito essa peça shakespeariana nas aulas. Já há várias dissertações por mim orientadas que tratam de Medida por Medida. Todas elas buscam desvendar esse mistério entre o mito do dado e o voluntarismo, entre concepções objetivistas e subjetivistas e, fundamentalmente, buscando construir respostas para esse dilema entre Ângelo I e II. Sim, a teoria do direito tem respostas para isso.⁵⁵⁸

Essa crise de paradigma(s), à evidência, atinge o conjunto das Instituições encarregadas de administrar a justiça. Por mais que os juristas, especialmente aqueles que se dizem práticos ou pragmáticos, digam que o que importa é “resolver casos”, tenho que o direito, na democracia, não sobrevive sem uma adequada teorização. Ou seja, o direito necessita de teorias que explicitem as condições para o adequado fornecimento de respostas (decisões) que estejam em conformidade com a Constituição. Este é ponto central da reflexão jurídica: a necessidade de

⁵⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. É possível fazer Direito sem interpretar? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 abr. 2012a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-abr-19/senso-incomum-jurisprudencia-transita-entre-objetivismo-subjetivismo>>. Acesso em: 8 dez. 2018.

⁵⁵⁷ Ibid.

⁵⁵⁸ Ibid.

uma teorização, que decorre do caráter *alográfico* do direito, como diz Eros Grau. O direito necessita de um *medium interpretandi*. Sem a teoria, não há direito. O que quero dizer é que não é qualquer pessoa que pode ou que sabe interpretar a lei. Mesmo que um dispositivo legal esteja formulado na mais simples linguagem ordinária, ainda assim a sua interpretação não pode ser feita afastada daquilo que se pode chamar de campo jurídico.⁵⁵⁹

As palavras da lei somente adquirem significado a partir de uma teorização, que já sempre ocorre em face de um mundo concreto. A teoria é que é a condição de possibilidade de esse “dar sentido”. Esse sentido vem de fora. Não há um “sentido evidente” (ou imanente). As palavras das leis não contêm um “sentido em si”. Um exemplo – cito de memória - de Paulo Barros de Carvalho ajuda para compreender melhor essa questão: se uma lei diz que três pessoas disputarão uma cadeira no senado da República, nem de longe se pode pensar que três pessoas disputarão o móvel (cadeira) do Senado. Não fosse assim e o marceneiro poderia ser jurista, muito embora o jurista possa ser marceneiro...!⁵⁶⁰

Esse “Lado B” da crise paradigmática em denúncia remonta, pode-se dizer, ao advento da Constituição de 1988, passada a grande noite em que o Brasil se encontra imerso por conta do período ditatorial. Em 1988 o Brasil recebeu uma nova Constituição, rica em direitos fundamentais, com a agregação de um vasto catálogo de direitos sociais. Ocorre que:

[...] não havia uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico. Essas carências jogaram os juristas brasileiros nos braços das teorias alienígenas. Conseqüentemente, as recepções dessas teorias foram realizadas, no mais das vezes, de modo acrítico, sendo a aposta no protagonismo dos juízes o ponto comum da maior parte das teorias.⁵⁶¹

Logo,

[...] as recepções das teorias voluntaristas – em especial as que colocam a Constituição como ‘ordem concreta de valores’ (portanto, com filiação na jurisprudência dos valores e com tendências à incorporação das teses do realismo jurídico), ultrapassaram esse ‘modelo de aplicação do Direito’.⁵⁶²

Assim sendo, houve uma troca: do modelo que apostava na estrutura do Direito (objetivismo), passou-se a adotar uma postura de perfil subjetivista, que deu – e dá – azo não

⁵⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. É possível fazer Direito sem interpretar? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 abr. 2012a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-abr-19/senso-incomum-jurisprudencia-transita-entre-objetivismo-subjetivismo>>. Acesso em: 8 dez. 2018.

⁵⁶⁰ Ibid.

⁵⁶¹ Id. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c. p. 83-84.

⁵⁶² STRECK, loc. cit.

somente ao decisionismo *stricto sensu*, mas também ao instrumentalismo (processo civil) e ao inquisitivismo (processo penal).⁵⁶³ Enfrentar, então, esse “novo” protagonismo, na dicção de Streck, “[...] será o papel de uma hermenêutica preocupada com a democracia”.⁵⁶⁴

Daí, por oportuno, que esse problema encontra o ponto de estofa em uma verdadeira *mixagem teórica*⁵⁶⁵, representando, pois, uma espécie de “institucionalização – *desinstitucionalizada* - da discricionariedade” a partir da recepção equivocada de teorias estrangeiras, as quais foram erguidas em tempo e contexto distintos, à luz das respectivas realidades locais. Ante a falta, teorias alienígenas acabaram importadas no pós-Constituição de 1988, e assim o foram de maneira errônea, como sói ocorrer na tradição jurídica brasileira, diga-se de passagem. A respectiva recepção, por seu turno, relegou-nos, ao fim e ao cabo, uma verdadeira ode ao protagonismo judicial. Logo, destas teorias, citamos, com Lenio Streck, as seguintes: *jurisprudência dos valores* alemã, *teoria da argumentação jurídica* de Robert Alexy (a *ponderação alexyana*) e *realismo jurídico* norte-americano (*ativismo estadunidense*). Vejamos, então, cada uma dessas recepções equivocadas; “[...] pelo modo como são trabalhadas no Brasil, a Jurisprudência dos Valores e a teoria da argumentação de Robert Alexy serão analisadas em conjunto”.⁵⁶⁶ Começemos por estas.

Com efeito, no direito alemão, a *Jurisprudência dos Valores* serviu para “[...] equalizar a tensão produzida depois da outorga da *Grundgesetz* pelos aliados, em 1949[...]”.⁵⁶⁷ (grifo do autor). Ou seja:

[...] nos anos que sucederam à consagração da lei fundamental, houve um esforço considerável por parte do *Bundesverfassungsgericht* para legitimar uma Carta que não tinha sido constituída pela ampla participação do povo alemão. Daí a afirmação de um *jus* distinto da *lex*, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a *valores* aparece, assim, como mecanismo de ‘abertura’ de uma legalidade extremamente fechada.⁵⁶⁸ (grifo do autor).

Nesse sentido, Lenio Streck⁵⁶⁹ alerta para fato de que a tese da Jurisprudência dos Valores é, até hoje, de certo modo, preponderante naquele Tribunal, circunstância que tem

⁵⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 84.

⁵⁶⁵ *Id.* **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 47.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 48.

⁵⁶⁸ STRECK, loc. cit.

⁵⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

provocado historicamente fortes críticas no plano da teoria constitucional ao *modus* interventivo do tribunal alemão. Além disso, diz Streck, não há como descurar que “[...] a referida tensão efetivamente teve, a partir do segundo pós-guerra, papel fundamental na formação da teoria constitucional contemporânea, por exemplo, em Portugal, na Espanha e no Brasil”.⁵⁷⁰

Entretanto, este é o ponto, “[...] os juristas brasileiros não atentaram para as distintas realidades (Brasil e Alemanha)”.⁵⁷¹ No caso específico do Brasil, onde, historicamente, até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de “emplacar”, a grande luta tem sido de estabelecer condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional.⁵⁷² Da Jurisprudência dos Valores os teóricos brasileiros tomaram emprestada a tese fundante – a de que a Constituição é uma ordem concreta de valores, sendo papel dos intérpretes o de encontrar e relevar esses interesses ou valores. O modo mais específico de implementação dessa recepção foi a teoria da argumentação de Robert Alexy (segunda recepção equivocada), que, entretanto, recebeu uma leitura superficial por parcela considerável da doutrina e dos tribunais.⁵⁷³⁻⁵⁷⁴

Daí que, da jurisprudência dos valores,

[...] os teóricos brasileiros (por todos, lembremos Luis Roberto Barroso [...], Ana Paula de Barcellos [...] e Daniel Sarmento [...] tomaram emprestado a tese principal, repetida *ad nauseam*, de que ‘a Constituição é uma ordem concreta de valores’, sendo o papel dos intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores (por vezes, ocorre uma mixagem dessa postura com as teses da *Interessenjurisprudenz*, de Philipp Heck, que, aliás, foi quem cunhou a expressão *Abwägung* – sopesamento).⁵⁷⁵ (grifo do autor).

Como dito, a forma mais específica dessa implantação “[...] foi a teoria da argumentação de Robert Alexy, que, entretanto, recebeu uma leitura superficial por parcela considerável da

⁵⁷⁰ Ibid., p. 48.

⁵⁷¹ STRECK, loc. cit.

⁵⁷² Ibid.

⁵⁷³ Ibid.

⁵⁷⁴ Isso fica claro na obra daquele que talvez seja o maior expoente do *neoconstitucionalismo* à brasileira, e entusiasta, portanto, da jurisprudência dos valores e da teoria da argumentação de matiz alexyana, ou seja, Luis Roberto Barroso, senão vejamos: “[...] a colisão entre princípios constitucionais decorre, como assinalado acima, do pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento dialético e compromissório que é a Constituição. Como estudado, não existe hierarquia em abstrato entre tais princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto”. Cf. BARROSO apud Ibid.

⁵⁷⁵ Id. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 10, jul./dez. 2011a.

doutrina e dos Tribunais de *terrae brasilis*".⁵⁷⁶ O Direito Constitucional brasileiro, nessa medida,

[...] foi tomado pelas teorias da argumentação jurídica, sendo raro encontrar constitucionalistas que não se rendam à distinção (semântico) estrutural regra-princípio e à ponderação (Alexy). A partir desse equívoco, são desenvolvidas/seguidas diversas teorias/teses por vezes incompatíveis entre si.⁵⁷⁷

Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que é impossível – sim, insista-se, é realmente impossível – fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é (insista-se, efetivamente não é) uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais” (sic), algo do tipo “[...] entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um” (sic). Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa “escolha direta”.⁵⁷⁸ Veja-se, logo: as teorias matrizes têm, em si, descompassos evidentes, em especial, o fato de se considerarem *pós-positivistas*, quando, em verdade, não são (a aposta na discricionariedade *ratio final* denuncia o apego ao *juspositivismo* de cariz semântica, de onde exsurge apenas e tão somente a superação do positivismo primitivo, e nada mais; mesmo assim, de qualquer maneira, parcela considerável da doutrina e dos tribunais brasileiros conseguiu ainda operar a respectiva recepção de maneira equivocada, tudo ao desconsiderar, primeiramente, o contexto no qual as teorias foram erguidas e, de mais a mais, os seus meandros; daí, por exemplo, que, se a teoria da argumentação de Robert Alexy foi desenvolvida para “racionalizar” a jurisprudência dos valores do Tribunal Constitucional alemão, aqui no Brasil ela foi recepcionada de maneira evidentemente errônea (superficial e acrítica), relegando-nos, pois, uma o oposto, ou seja, uma clara “irracionalidade” (sic), tudo a partir do momento em que se acredita que a ponderação poderia se dar de maneira direta e representar uma verdadeira escolha do intérprete).

Nesse contexto, Lenio Streck vai dizer também, à luz deste conjunto de incongruências, que, no Brasil, *no uso (absolutamente) descriterioso da teoria alexyana*, transformaram a ponderação em um “princípio”. Com efeito, diz Streck, se, na formatação proposta por Alexy,

[...] a ponderação conduz à formação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção –, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performativo, uma espécie de álibi teórico capaz de

⁵⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 10, jul./dez. 2011a.

⁵⁷⁷ Ibid., p. 10.

⁵⁷⁸ STRECK, loc. cit.

fundamentar os posicionamentos mais diversos. Esse tratamento equivocado – que enxerga a ponderação como um princípio – fica evidente a partir de uma simples pesquisa nos tribunais brasileiros.⁵⁷⁹

De se consignar, por fim, que esse uso da ponderação como um “verdadeiro” princípio decorre de um fenômeno muito peculiar à realidade brasileira, o *panprincipiologismo*. Em linhas gerais, o *panprincipiologismo* é um subproduto do “neoconstitucionalismo” à brasileira, que acaba por fragilizar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse panprincipiologismo faz com que – a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais – haja uma proliferação incontrolada de enunciados (*Standards*) para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional.⁵⁸⁰

Assim, com apoio na doutrina de Streck⁵⁸¹, não há como ignorar que toda essa discussão repousa raízes no debate/enfrentamento do Constitucionalismo (Contemporâneo) – considerado como tal o constitucionalismo originado do pós-segunda guerra - com o (velho) positivismo (que possui várias facetas). Com efeito, diz o autor que:

[...] o positivismo se ergueu a partir da crença de que o mundo poderia ser abarcado pela linguagem e que a regra, no plano do direito, ‘abarcaria essa ‘suficiência de mundo’. Ou seja, a ideia seria de que a regra suportaria, à exaustão, a descrição da realidade. A partir disso, começam os problemas do positivismo primitivo. A razão (objetivismo) começa a dar lugar à vontade do intérprete (subjetivismo).⁵⁸²

Veja-se o longo caminho percorrido desde o positivismo primitivo até as correntes que surgiram após a segunda guerra mundial. Nesse sentido, é razoável apontar para a jurisprudência dos valores e o positivismo normativista kelseniano como as matrizes que colocaram na vontade o *locus do fundamentum*. Na insuficiência daquela parte da linguagem para fornecer as respostas, chama-se à colação a subjetividade do intérprete, que, de forma solipsista, levanta o véu que “encobre” a resposta que a regra não pôde dar. Os problemas decorrentes da equivocada interpretação do dualismo kelseniano todos conhecemos, culminando com o errôneo entendimento de que a interpretação como ato de vontade – a ser feito pelo juiz – representaria uma “faceta crítica” da Teoria do Direito. Já os “efeitos colaterais”

⁵⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 12, jul./dez. 2011a.

⁵⁸⁰ Ibid., p. 12-13.

⁵⁸¹ Id. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c.

⁵⁸² Ibid., p. 169-170.

do voluntarismo da jurisprudência dos valores podem ser vistos nas teses conhecidas como “neoconstitucionalistas”, onde a ponderação de valores se transformou no canal de legitimação/institucionalização de uma ampla discricionariedade.

Em caminho similar, temos a utilização tabula rasa do termo ativismo judicial na doutrina e jurisprudência brasileiras, com inspiração central no realismo jurídico norte-americano – e esta é a terceira recepção equivocada de que fala Streck.⁵⁸³ Note-se: nos Estados Unidos – e esta é/foi a terceira recepção equivocada –, a discussão sobre o governo dos juízes e sobre o ativismo judicial acumula mais de duzentos anos de história. Não se pode esquecer, por outro lado, que ativismo judicial nos Estados Unidos foi feito às avessas num primeiro momento (de modo que não se pode considerar que o ativismo seja sempre algo positivo). O típico caso de um ativismo às avessas foi a postura da Suprema Corte estadunidense com relação ao *new deal*, que, aferrada aos postulados de um liberalismo econômico do tipo *laissez faire*, barrava, por inconstitucionalidade, as medidas intervencionistas estabelecidas pelo governo Roosevelt.⁵⁸⁴ As atitudes intervencionistas a favor dos direitos humanos fundamentais ocorrem em um contexto que dependia muito mais da ação individual de uma maioria estabelecida do que pelo resultado de um imaginário propriamente ativista. O caso da Corte Warren, por exemplo, foi resultante da concepção pessoal de certo número de juízes e não o resultado de um sentimento constitucional acerca desta problemática.⁵⁸⁵

Já no Brasil, como diz Streck, “[...] esse tema toma ares dramáticos [...]”.⁵⁸⁶ Basta lembrar, nesse sentido,

[...] que ativismo judicial aparece como um princípio no anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo (art. 2º, letra i). Por certo, tal projeto de lei não foi ainda analisado pelo Poder Legislativo, mas a simples menção ao ativismo judicial como um ‘princípio norteador’ (sic) do processo coletivo brasileiro já dá conta do estado de profundo impasse teórico que impera na doutrina.⁵⁸⁷

Como se pode perceber,

⁵⁸³ STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasiliis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011a.

⁵⁸⁴ WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law**. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

⁵⁸⁵ STRECK, op. cit.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 14.

⁵⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasiliis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 14, p. 2-37, jul./dez. 2011a.

[...] a assim denominada ‘era dos princípios’, que propiciou o surgimento de textos constitucionais com características sociais-diretivas, encontrou – mormente em países como o Brasil – um imaginário jurídico ainda fortemente dependente da metodologia tradicional e de suas variações, a partir de um amplo espectro que abrangia desde formalistas até adeptos do direito alternativo (realistas ao estilo dos *Critical Legal Studies*).⁵⁸⁸ (grifo do autor).

Com efeito, de um lado, doutrina e jurisprudência, ainda ligadas à dogmática jurídica tradicional, continuaram a sustentar práticas normativistas, com enormes dificuldades para compreender minimamente o advento de uma nova teoria das fontes; já de outro, setores que, embora engajados na concretização da Constituição, passaram a apostar no Poder Judiciário como condutor desse processo, mas sem a correspondente reflexão acerca das condições de possibilidade desse protagonismo. Ou seja, a falta de teorias adequadas às demandas de uma Constituição como a brasileira permitiu a formação de um forte protagonismo judicial.⁵⁸⁹

O espantoso é que, mesmo diante de um texto constitucional riquíssimo em direitos fundamentais-sociais – experiência única no mundo – os intérpretes brasileiros ainda assim vêm buscando descobrir “valores escondidos” embaixo dessa densa tessitura legal.⁵⁹⁰ Com isso, evidentemente, há uma resistência ao constitucionalismo contemporâneo que, conforme o Lenio Streck, “[...] exige uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e um novo modo de compreender o Direito”.⁵⁹¹ Isto, definitivamente, ainda não aconteceu. E, ainda hoje, permanecemos caudatários de teorias ultrapassadas ou, de outra forma, especificamente, do positivismo jurídico, em suas várias vertentes. Logo, em um prisma, de maneira geral, o objeto (texto legal) segue assenhorando-se do sujeito (intérprete), algo que dá conta de um legalismo rasteiro, que ignora a existência da (força normativa da) Constituição e dos princípios constitucionais. E, noutro, o sujeito (intérprete) assujeita-se do objeto (texto legal/constitucional), dando margem justamente ao axiologismo/voluntarismo característico e familiar à parcela das *práxis* jurídica brasileira.

O resultado de tudo isso, por sua vez, está aí. O reescrever dos textos legais e, hoje em dia, mesmo do texto constitucional, ao bel-prazer do intérprete aplicador (p. ex. ficha-limpa; presunção de inocência; foro privilegiado etc.). Decisões morais e políticas e não de princípio (p.ex. ponderação de valores absolutamente desvirtuada teoricamente, que serve apenas como álibi retórico a encobrir aquilo que de antemão o intérprete decidiu!). Como que a reprimatar

⁵⁸⁸ Ibid., p. 19.

⁵⁸⁹ Ibid.

⁵⁹⁰ Id. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c. p. 169-170.

⁵⁹¹ Ibid., p. 170.

aquilo que (erroneamente) disse o *Justice* Charles Evans Hughes, segundo o qual: “Estamos sob uma Constituição, mas a Constituição é o que os juízes dizem que é”.⁵⁹² Parece-nos que a noção (verdadeiro princípio) de supremacia da Constituição acabou confundida como supremacia dos juízes. Assim sendo, de uma “supremacia constitucional” passou-se a uma “supremacia judicial”, como se a Constituição fosse aquilo que o Judiciário diz que ela é.⁵⁹³

O Brasil, quando da promulgação da Constituição de 1988, não estava preparado para *olhar o novo com os olhos do novo* (Streck). A ausência de uma teoria constitucional e de uma teoria da decisão, sobretudo no âmbito da jurisdição constitucional, fez com que os juristas brasileiros patrocinassem a importação equivocada de teorias alienígenas, dentre as quais citamos a jurisprudência dos valores alemã, a teoria da argumentação jurídica de Alexy e o realismo jurídico norte-americano. Eis os efeitos disso tudo: arbitrariedades interpretativas de toda ordem, onde os juízes, especialmente os constitucionais, vêm decidindo por argumentos de moral e de política, arbitrários, por suas visões de mundo e vontades. Tudo como se fossem os *superegos* da sociedade brasileira.⁵⁹⁴

Fundamentalmente, é preciso compreender que esses modelos subsuntivos e as tentativas de reipristinar axiologismos e/ou realismos jurídicos (tardios) não têm qualquer sustentação na filosofia, invadida que foi pela linguagem no século XX (*linguistic turn*, para dizer o menos!). Há limites no processo interpretativo. Na verdade, há muitos limites. E isto é assim. *Afinal, no nosso cotidiano também não podemos sair por aí dizendo qualquer coisa sobre qualquer coisa*. As coisas têm nome; não que esse nome provenha de uma essência; mas também não advém do *cogito* solitário do intérprete. Tudo isto o paradigma lingüístico-filosófico que revolucionou o século XX já nos deixou muito claro.⁵⁹⁵ O processo hermenêutico não autoriza atribuições arbitrárias ou segundo a vontade e o conhecimento do intérprete.⁵⁹⁶

5.3.3 A diferença e o condicionamento recíproco existente entre regras e princípios e a crítica à indústria principiológica à brasileira – o *panprincipiologismo*

⁵⁹² BARCELOS, Guilherme. **Revisitando as origens da Judicial Review**: o nascedouro do controle judicial de constitucionalidade, de Sir. Edward Coke à John Marshall. Florianópolis: Habitus, 2018b. p. 242.

⁵⁹³ A esse respeito: Ibid.

⁵⁹⁴ Id. **O STF e o neoconstitucionalismo à brasileira**: quem nos protege da bondade dos bons? Palestra. Concipol (Teresina-PI). 25 maio 2018a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/palestra-concipol-stf-guilherme-barcelos.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2018.

⁵⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 jan. 2006b. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina>. Acesso em: 8 dez. 2018.

⁵⁹⁶ Ibid.

A ordem jurídica compõe-se de regras e de princípios. Para além da distinção sintático-semântico-estrutural entre regras de direitos fundamentais e princípios de direitos fundamentais (verificada em Alexy e nos seus seguidores, como se o ordenamento jurídico fosse composto por normas de direitos fundamentais com um dever-ser aberto – princípios – e normas de direitos fundamentais com um dever-ser restrito - regras), queremos dizer que “[...] a norma representa o produto da interpretação de um texto, ou seja, o produto da regra jurídica realizada a partir da materialidade principiológica”.⁵⁹⁷

Assim, a distinção corriqueira entre regra e princípio não deve ser levada a efeito *a priori*, mediante um critério sintático-semântico, como se aquela representasse um dever-ser restrito ou fechado, e este um dever-ser aberto ou alargado. Por isso, aliás, insistimos na tese de que princípios não são valores, e que o princípio da moralidade eleitoral não deve ser utilizado como um instrumento de abertura do sistema, de modo a nele introduzirem-se fundamentos morais, algo reiteradamente visto na doutrina e na jurisprudência, como uma resposta demasiado indevida. Desse modo, não pode haver um conceito de norma que seja prévio e anterior ao caso a ser decidido. Portanto, a norma e, máxime, a normatividade do direito emerge da conflituosidade própria do caso.⁵⁹⁸ E como resolvemos os casos jurídicos? Resolvemos a partir de princípios e regras que determinarão a obrigação jurídica a ser cumprida pelas partes. Portanto, os princípios e as regras são como condições de possibilidade da normatividade e não o contrário (a normatividade como condição de possibilidade de regras e princípios).⁵⁹⁹

Nesse contexto, poder-se-ia dizer da diferença entre regra e princípio? A resposta é: sim, um princípio não se confunde com uma regra. Por que, eis a questão? A diferença (que não pode estar afeta ao critério estrutural sintático-semântico de Alexy e daqueles que o seguem), socorrendo-nos das lições de Streck, *é ontológica, representando o resgate do mundo prático no direito*. Normas serão, assim, o produto de uma distinção deontológica própria do direito, já que ele se articula a partir de regras e princípios. Princípios, nesse sentido, são o modo pelo qual toda essa normatividade adquire força normativa para além da suficiência das regras.⁶⁰⁰

Os princípios – prosseguimos com Streck – são o *marco de institucionalização da autonomia do direito*. As regras não acontecem sem os princípios. Os princípios sempre atuam como determinantes para concretização do direito e, em todo caso concreto, eles devem

⁵⁹⁷ Id. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b. p. 549.

⁵⁹⁸ Ibid., p. 549-550.

⁵⁹⁹ STRECK, loc. cit.

⁶⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b. p. 560.

conduzir para determinação da resposta adequada. Nas regras, não existe uma “força de capilarização”. *As regras constituem modalidades objetivas de solução de conflitos*. Elas “regram” o caso, determinando o que deve ou não ser feito. Os princípios autorizam esta determinação; eles fazem com que o caso decidido seja dotado de autoridade que – hermeneuticamente – vem do reconhecimento da *legitimidade*. O problema da resposta adequada/correta, neste caso, só é resolvido na medida em que seja *descoberto o princípio que institui (legitimamente) a regra do caso*.⁶⁰¹ De todo modo, os princípios não resolvem – em termos lógico-objetivos – o caso, mas constituem a legitimidade da solução, fazendo com que a decisão seja incorporada ao todo da história institucional do direito.⁶⁰² Os princípios, portanto, quebram/rompem com raciocínios dedutivos e indutivos. A regra torna-se, assim, porosa, porque atravessada pela *ontologicidade* dos princípios.⁶⁰³

Queremos dizer, com isso, aproximando a problemática daquilo que pretendemos assentar em específico, que *não há princípio sem regra*. Dizendo de outro modo, o princípio só se materializa por meio de uma regra. *E não há regra sem um princípio que a institua. O princípio só se “realiza” a partir de uma regra. Não há princípio sem (alg)uma regra. Por trás de uma regra necessariamente haverá (alg)um princípio. Se acreditarmos que existem princípios sem regras, acreditaremos também que há normas sem textos*.⁶⁰⁴

Em suma, os princípios, por si, não resolvem um determinado caso, senão constituem a legitimidade da decisão. E, por sua vez, as regras, que determinarão como determinado caso será resolvido, não acontecem sem um princípio. Desse modo, nos socorrendo novamente das lições de Streck,

[...] não se pode partir do princípio para resolver um caso. Isso seria fazer raciocínios teleológicos. Haverá uma regra (norma em geral) apta para resolver o caso a partir de uma reconstrução principiológica (reconstrução da história institucional). Esse é o espaço e o papel dos princípios.⁶⁰⁵

Os princípios não têm vida autônoma. E as regras não subsistem sem princípios, pois são eles que introduzirão o mundo prático no direito. A regra só será regra se não desobedecer àquilo que a institui e que lhe é a condição de possibilidade de sentido: o princípio.⁶⁰⁶ Os

⁶⁰¹ Ibid., p. 562.

⁶⁰² STRECK, loc. cit.

⁶⁰³ STRECK, loc. cit.

⁶⁰⁴ STRECK, loc. cit.

⁶⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b. p. 573.

⁶⁰⁶ STRECK, loc. cit.

princípios não são *categorias ou enunciados assertóricos*, e o mundo prático não se institucionaliza assim no Estado Democrático (Streck).

Os princípios, isoladamente, não resolvem um determinado caso, afinal, pelo acima exposto, isso representaria a construção de raciocínios teleológicos (de moral, por exemplo). O que há, aí sim, é uma regra apta a resolver eventual problema, o que se dará a partir da *reconstrução principiológica*. Para uma regra, deverá haver um ou vários princípios (constitucionais) que a legitimam e que a introduzirão no mundo prático. A diferença entre a regra e o princípio

[...] é que este está contido naquela, atravessando-a, resgatando o mundo prático. Na medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo – porque sempre sobra algo – o princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro.⁶⁰⁷

A regra não subsiste sem o princípio. Do mesmo modo, não há princípio que possa ser aplicado sem o “atravessamento” de uma regra.⁶⁰⁸⁻⁶⁰⁹ Por isso, aliás, não há como aplicar uma regra que não se alinhe a um ou a vários princípios (constitucionais), ou que, noutras palavras, se encontre em desconformidade para com a ordem constitucional. Noutra viés, se eventual regra, à luz de determinado caso, se encontrar em perfeito alinhamento ao todo constitucional, ela deverá ser aplicada, não devendo submeter-se tal realidade ao arbítrio do intérprete, até

⁶⁰⁷ Id. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c. p. 170.

⁶⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c. p. 170.

⁶⁰⁹ E veja bem: dizer isso não é atribuir ao intérprete a missão de desvelar os sentidos que encobrem o verdadeiro sentido da regra, a partir da sua discricionariedade. Isso (esse todo condenável), por exemplo, se verifica nas teses de que princípios são valores, canal de legitimação ou institucionalização de uma ampla discricionariedade, a partir do qual caberia ao intérprete desvelar os valores escondidos debaixo do texto da lei ou de um dispositivo legal. Sobre o tema, vale trazer a balha a lição de Streck em seu *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, senão vejamos: “[...]. No fundo, a dogmática positivista não conseguiu ainda superar a metafísica clássica, circunstância facilmente perceptível em setores importantes da doutrina que a sustenta, acreditando que a palavra da lei (regra) designa não a coisa individual, mas a comum a várias coisas individuais, ou seja, a essência captável pelo intérprete (as súmulas são um típico exemplo da tentativa de abarcar a ‘substância’ dos diversos casos jurídicos); por outro lado, a dogmática jurídica também não superou a metafísica moderna, o que se pode perceber nas posturas de considerável parcela dos juristas que – a pretexto de ‘ultrapassar’ a ‘literalidade’ do texto – coloca no sujeito a tarefa heroica de descobrir os valores ‘escondidos’ debaixo da regra, isto é, na ‘insuficiência’ da regra - construída a partir da consciência de si do pensamento pensante – entra em cena o intérprete, para levantar o véu que ‘encobre o verdadeiro sentido da regra’ (sic). Enquanto as insuficiências provocadas pela limitação própria das regras eram ‘superadas’ pelas teorias da argumentação e correlatas (mas sempre ainda atreladas a teses axiológico-subjetivas), através do manuseio das incertezas (inerentes) da linguagem, o paradigma que supera esse modelo, sustentado no novo constitucionalismo, passa a ter na aplicação dos princípios – e não na sua ponderação como quer, por exemplo, Alexy – o modo de alcançar respostas adequadas constitucionalmente (respostas hermeneuticamente corretas), além de evitar a descontextualização do direito, cindindo o que é incindível: fato e direito, texto e norma, palavra e coisa, interpretação e aplicação, enfim, tantos dualismos que sustentam o modo positivista-metafísico do direito. [...]”. *Ibid.*, p. 170.

porque cumprir/aplicar a lei é o resultado de um considerável avanço civilizatório.⁶¹⁰ Isto é, a (in)aplicação de uma determinada regra restará, sempre, submetida ao atravessamento de

⁶¹⁰ “[...]. Explico: parece que, no Brasil, compreendemos de forma inadequada o sentido da produção democrática do direito e o papel da jurisdição constitucional. Tenho ouvido em palestras e seminários que ‘hoje possuímos dois tipos de juízes’: aquele que se ‘apega’ à letra fria (sic) da lei (e esse deve ‘desaparecer’, segundo alguns juristas) e aquele que julga conforme os ‘princípios’ (esse é o juiz que traduziria os ‘valores’ – sic – da sociedade, que estariam ‘por baixo’ da ‘letra fria da lei’). Pergunto: cumprir princípios significa descumprir a lei? Cumprir a lei significa descumprir princípios? Existem regras (leis ou dispositivos legais) desindexados de princípios? Cumprir a ‘letra da lei’ é dar mostras de positivismo? Mas, o que é ser um positivista? Permito-me explicar melhor isso: por vezes, cumprir a ‘letra da lei’ é um avanço considerável. Lutamos tanto pela democracia e por leis mais democráticas...! Quando elas são aprovadas, segui-las é nosso dever. Levemos o texto jurídico – quando ele estiver conforme a Constituição – a sério, pois! E, por favor, que não se venha com a velha história de que ‘cumprir a letra fria (sic) da lei’ é assumir uma postura positivista...! Aliás, o que seria essa ‘letra fria da lei’? Haveria um sentido em-si-mesmo da lei? Na verdade, confundem-se conceitos. As diversas formas de positivismo não podem ser colocadas no mesmo patamar e tampouco podemos confundir uma delas (ou as duas mais conhecidas) com a sua superação pelo e no interior do paradigma da linguagem. Mais pacientemente: positivismo exegético (que era a forma do positivismo primitivo) separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença – ainda muito presente no imaginário dos juristas – em torno da proibição de interpretar, corolário da vetusta separação entre fato e direito, algo que nos remete ao período pós-revolução francesa e todas as consequências políticas que dali se seguiram. Depois veio o positivismo normativista, seguido das mais variadas formas e fórmulas que – identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de um ‘fechamento semântico’ do direito – relegou o problema da interpretação jurídica a uma ‘questão menor’ (lembramos, aqui, de Kelsen). Atente-se: nessa nova formulação do positivismo, o problema do direito não está(va) no modo como os juízes decidem, mas, simplesmente, nas condições lógico-deontológicas de validade das normas jurídicas. Entretanto, uma coisa todos esses positivismos têm até hoje em comum: a discricionariedade (que acaba não se fixando sequer nos limites da ‘moldura’ semântica). E tenho a convicção de que isso se deve a um motivo muito simples: a tradição continental, pelo menos até o segundo pós-guerra, não havia conhecido uma Constituição normativa, invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático. Isso tem consequências drásticas para a concepção do direito como um todo! Quero dizer: saltamos de um legalismo rasteiro, que reduzia o elemento central do direito ora a um conceito estrito de lei (como no caso dos códigos oitocentistas, base para o positivismo primitivo), ora a um conceito abstrato-universalizante de norma (que se encontra plasmado na ideia de direito presente no positivismo normativista), para uma concepção de legalidade que só se constituiu sob o manto da constitucionalidade. Afinal – e me recordo aqui de Elías Díaz -, não seríamos capazes, nesta quadra da história, de admitir uma legalidade inconstitucional. Isso deveria ser evidente! Portanto, não devemos confundir “alhos” com ‘bugalhos’. Obedecer ‘à risca o texto da lei’ democraticamente construído (já superada a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com a ‘exegese’ à moda antiga (positivismo primitivo). No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é cooriginária. Portanto, hoje quando falamos em ‘legalidade’ estamos nos referindo a outra legalidade, uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito; uma legalidade, enfim, que se forma no horizonte daquilo que foi, prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional (não esqueçamos que o direito deve ser visto a partir de uma revolução copernicana que o atravessou depois do segundo pós-guerra). Repito: ‘cumprir a letra (sic) da lei’ significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável. A isso, deve-se agregar a seguinte consequência: é positivista tanto aquele que diz que texto e norma (ou vigência e validade) são a mesma coisa, como aquele que diz que ‘texto e norma estão descolados’ (no caso, as posturas axiologistas, realistas, pragmaticistas etc.). Não esqueçamos: Kelsen, Hart e Ross foram todos positivistas. E disso todos sabemos as consequências. Ou seja: apegar-se à letra da lei pode ser uma atitude positivista ou pode não ser. Do mesmo modo, não se apegar à letra da lei pode caracterizar uma atitude positivista ou antipositivista. Por vezes, ‘trabalhar’ com princípios (e aqui vai à denúncia do panprincipiologismo que tomou conta do ‘campo’ jurídico de terrae brasilis) pode representar uma atitude (deveras) positivista. Utilizar os princípios para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos legais – sem lançar mão da jurisdição constitucional (difusa ou concentrada) – é uma forma de prestigiar tanto a irracionalidade constante no oitavo capítulo da TPD de Kelsen, quando homenagear, tardiamente, o positivismo discricionarista de Herbert Hart. Não é desse modo, pois, que escapamos do positivismo. [...]”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c. p. 50-51.

princípios⁶¹¹, de modo a (i)legitimá-la. E, para tanto, aliás, é que o controle de constitucionalidade das leis se faz presente, seja na modalidade difusa, seja na modalidade concentrada.

5.3.4 A distinção entre *judicialização da política e ativismo judicial*

De acordo com o escólio de Clarissa Tassinari, é evidente que “[...] o novo modo de pensar o constitucionalismo a partir do século XX modificou a atuação do Poder Judiciário”.⁶¹² Por muito tempo, havia, no âmbito das funções jurisdicionais, uma resistência à aplicação da Constituição, tornando a decisão judicial uma atividade mecânica, de pretensa reprodução legislativa. Esse imaginário se transformou no Brasil a partir da Constituição de 1988, que potencializou o papel do Judiciário, ao reforçar o compromisso do Direito com o cumprimento do que estava previsto no texto constitucional. Ou seja, é sabido que uma das marcas da passagem da concepção de Estado Social para a de Estado Democrático de Direito justamente se caracteriza pelo deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário.⁶¹³ Essa realidade gera, por sua vez, um contexto no qual mais e mais matérias acabam por ser judicializadas, ou, noutras palavras, cresce a busca pela solução de conflitos ou insuficiências em face do Poder Judiciário.

Com efeito, para Oliveira et al., essa tendência judicializante que se verifica nas sociedades atuais (e não é diferente quanto ao contexto brasileiro) “[...] é típica das democracias de massa e tem seu paroxismo apresentado no contexto atual. Sua manifestação não obedece, diretamente, aos desejos do órgão judicante. Pelo contrário, ela se apresenta como fruto de contingências político-sociais”.⁶¹⁴ No âmbito político, fenômenos como o dirigismo

⁶¹¹ Por essa razão não conseguimos nos coadunar com a tese defendida pela maioria do STF de que a atração de inelegibilidades cominadas (lembramos, aqui, de Adriano Soares da Costa) sem o trânsito em julgado de eventual condenação não afrontaria o princípio da presunção de inocência. A atração de inelegibilidades dessa natureza pressupõe um juízo de culpa. Tal juízo de culpa, por sua vez, somente exsurgirá com o trânsito em julgado de uma condenação. Como, então, atrair uma pecha tão grave como é a inelegibilidade (suspensão parcial dos direitos políticos, vale lembrar) sem que se tenha, à luz do princípio da presunção de inocência, uma condenação transitada em julgado ou, dito de outro modo, o juízo de culpa efetivado diante dos pilares do Estado Democrático de Direito? Infelizmente, mesmo sendo esse o cerne do debate, houve certo tangenciamento no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade relativas à simbólica Lei da Ficha Limpa.

⁶¹² TASSINARI, Clarissa. A atuação do Judiciário em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 39, jul./dez. 2012.

⁶¹³ Ibid.

⁶¹⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 10., 2012, Curitiba. **Anais...** Curitiba: ABDConst., 2013. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2018. p. 272.

constitucional e a inflação legislativa contribuem para aumentar o espaço de interferência (possível) do judiciário no âmbito de regulamentação projetado pelo texto da Constituição e do manancial legislativo, lato senso (Leis, Medidas Provisórias, Regulamentos, Portarias, etc.). Vale dizer, com Lenio Streck, há um *aumento da dimensão hermenêutica do direito*: quanto mais direitos são constitucionalizados ou mais leis são editadas para regulamentar toda uma plêiade de matérias, maior será o espaço – possível – de concreção dessa normatividade, atividade que se realiza no âmbito da jurisdição, no enfrentamento das questões concretas e das demandas apresentadas pela sociedade.⁶¹⁵ Por outro lado, as razões sociais para a aglutinação cada vez maior de matérias judicializadas, deve-se ao aumento da litigiosidade e de uma peculiaridade que pode ser observada, em maior ou menor medida, na maioria dos países (pelo menos no que tange aos países ocidentais). Esta particularidade diz respeito a um imaginário difuso que tende a enxergar no judiciário o lugar legítimo para se discutir questões que, antes, eram debatidas no âmbito político (legislativo e executivo). Muitos fatores contribuem para isso, desde o desprestígio dos agentes públicos (que cada vez mais aparecem como protagonistas de casos de corrupção), passando pelo discurso retumbante da eficácia dos direitos fundamentais e desaguando no fato de que, de forma cada vez mais evidente, “[...] o juiz (melhor seria dizer: o judiciário – acrescentamos) passa a ser uma referência da ação política”.⁶¹⁶

Para que fique mais claro, devemos recorrer à obra de Lenio Streck: é por demais evidente, diz o autor, “[...] que se pode caracterizar a Constituição brasileira de 1988 como uma ‘Constituição social, dirigente e compromissória’, alinhando-se com as Constituições europeias do segundo pós-guerra”.⁶¹⁷ De qualquer maneira, a indagação seguinte é necessária: isso é suficiente? A Constituição é algo em si? E se basta? Ou deve ser efetivada dia após dia? Noutras palavras: os textos constitucionais não são “plenipotenciários, ‘produzindo’ eficacidades”.⁶¹⁸ Parece que esse é o espaço que deve ser ocupado pelo Estado (e conseqüentemente pela Teoria do Estado, que deve estar lado a lado com a Teoria da Constituição). Não há Constituição sem Estado. Do mesmo modo, não há Teoria da Constituição sem Teoria do Estado.⁶¹⁹

Dito de outro modo, a eficácia das normas (princípios e regras) constitucionais:

⁶¹⁵ Ibid.

⁶¹⁶ GARAPON, 1998, p. 41 apud OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 10., 2012, Curitiba. *Anais...* Curitiba: ABDConst., 2013. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2018. p. 273.

⁶¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014d. p. 39.

⁶¹⁸ STRECK, loc. cit.

⁶¹⁹ Ibid.

[...] exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da justiça constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só) nega a aplicação de tais direitos, mormente no plano dos direitos prestacionais e dos direitos de liberdade.⁶²⁰

Sendo a Constituição brasileira, pois, uma Constituição social, dirigente e compromissória – conforme o conceito que a tradição (autêntica) nos legou -, é absolutamente possível afirmar que o seu conteúdo está voltado/dirigido para o resgate das promessas (incumpridas) da modernidade (“promessas” entendidas como “direitos insculpidos em textos jurídicos produzidos democraticamente”).⁶²¹ Daí que o direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos (formalmente) uma Constituição democrática -, deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas (igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais etc.).⁶²² ⁶²³

Parece-nos claro, de tudo, que temos uma Constituição dirigente e compromissória, uma Carta com plena densidade normativa e que, assim sendo, acaba por *constituir-a-ação-do-Estado*. Uma Lei Maior com um extenso rol de direitos e garantias individuais, direitos sociais e coletivos como é a nossa acaba, de igual maneira, por expandir a *dimensão hermenêutica do Direito* (Streck). Assim, parece-nos clarividente, pois bem, que uma Constituição rica em direitos fundamentais como a brasileira requer(erá), inexoravelmente, mecanismos que garantam a sua plena eficácia. Eis, logo, a relevância do Poder Judiciário ou da Jurisdição

⁶²⁰ Ibid., p. 39.

⁶²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014d.

⁶²² Ibid.

⁶²³ Junto com Streck, pensamos que “a tese do dirigismo constitucional continua válida enquanto não resolvermos o triângulo dialético propugnado pelo próprio Canotilho (1. falta de segurança, 2. pobreza e 3. falta de igualdade política)”. A Constituição ainda vale. Enquanto não resolvermos essas três violências, não podemos dar um salto em direção à desconstitucionalização. Uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia, que também pode ser entendida como uma teoria da Constituinte dirigente adequada a países periféricos, deve tratar, assim, da construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade incumpridas, as quais, como se sabe, colocam em xeque os dois pilares que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito. Parece evidente, assim, que, quando se fala em Constituição dirigente, não se está – e nem se poderia – sustentar um normativismo constitucional (revolucionário ou não) capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias. O que permanece da noção de Constituição dirigente é a vinculação do legislador aos ditames da materialidade da Constituição, pela exata razão de que, nesse contexto, o Direito continua a ser um instrumento de implementação de políticas públicas. Por isso, é possível afirmar a continuidade da validade da tese da Constituição dirigente (uma vez adequada a cada país, com ênfase em países como o Brasil, em que o coeficiente de promessas da modernidade incumpridas é extremamente elevado): (STRECK, L. L. (2016). Rumo a Norundi, a bordo da CDI – Constituição Dirigente Invertida. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out27/senso-incumom-rumo-norundi-bordo-cdi-constituicao-dirigente-invertida>. [10 out.. 2019]).

Constitucional nesta quadra da história. Vale dizer: *se a Constituição é o fundamento (superior) de validade do jurídico e do político, a jurisdição constitucional é a sua condição de possibilidade*. Porém, essa maior participação do judiciário no espectro social não deve ser confundida com uma supremacia judicial. Reside aí, portanto, o *busílis* da questão.

Ocorre, de acordo com Tassinari, que:

[...] essa maior participação do Judiciário resultou confundida com uma atividade ilimitada. Em outras palavras, se a partir do Constitucionalismo Contemporâneo duas principais expressões passaram a estar diretamente vinculadas à atividade jurisdicional (judicialização política e ativismo judicial), um dos problemas que surge é a inexistência de uma diferenciação. Em um contexto em que frequentemente o Judiciário é acionado para resolver conflitos, a distinção entre ativismo e judicialização da política apresenta-se como indispensável, evitando que o Direito seja resumido tão somente a um produto das decisões judiciais, o que afeta as bases democráticas que fundam o Estado brasileiro.⁶²⁴

Com efeito, o fenômeno da judicialização da política (da vida e/ou do social) decorre situações diversas, consubstanciando-se num fenômeno que independe dos desígnios dos membros do Poder Judiciário. Trata-se, pois, de um fenômeno que encontra em sua gênese fatores de natureza *contingencial*.

Como fatores *contingenciais* deste fenômeno da judicialização da política, no sentido de uma maior interferência do Poder Judiciário na cena sócio-política, citamos: **a)** o constitucionalismo dirigente (constituição dirigente, compromissória e normativa, com extenso catálogo de direitos fundamentais individuais e sociais)⁶²⁵⁻⁶²⁶; **b)** a inflação legislativa; **c)** as crises políticas e insuficiências da política no sentido da implementação dos direitos sociais e coletivos; **d)** a crise da democracia, que tende a produzir um número cada vez maior e complexo de regulações; **e)** o maior acesso à justiça; **f)** a expansão da sociedade, que cada vez mais se torna marcada por uma profunda complexidade.⁶²⁷ Trata-se, então, a judicialização da política (e do social), de um movimento que denota uma faceta do protagonismo judicial nosso de cada dia⁶²⁸, consubstanciando-se em um fenômeno “[...] migratório do poder decisório próprio do

⁶²⁴ TASSINARI, Clarissa. A atuação do Judiciário em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 39, jul./dez. 2012.

⁶²⁵ “Ontem os Códigos, hoje as Constituições!”, rememorando as célebres palavras de Paulo Bonavides.

⁶²⁶ Vide capítulo 2.

⁶²⁷ Para tanto, ver: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 10., 2012, Curitiba. **Anais...** Curitiba: ABDConst., 2013. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2018.

⁶²⁸ Lenio Streck considera o protagonismo judicial como gênero, enquanto a judicialização da política e o ativismo judicial são as respectivas espécies.

Legislativo para o Judiciário”⁶²⁹, cuja gênese encontra assento em fatores de natureza contingencial, como dito. Dentre eles, os acima.

Aprofundando a temática, Tassinari sustenta que a judicialização da política deveria ser compreendida também como um fenômeno *circunstancial*, porquanto decorrente de um contexto de fortalecimento da jurisdição no pós-Segunda Guerra Mundial, e, ao mesmo tempo, contingencial, “[...] no sentido de que o Judiciário é chamado a intervir pela inércia de algum dos outros Poderes do Estado, apresentando-se, portanto, muito mais como fruto de uma conjuntura político-social”.⁶³⁰ Nesse sentido, Valle⁶³¹ acertadamente afirma que a constitucionalização do direito após a Segunda Guerra Mundial, a legitimação dos direitos humanos e as influências dos sistemas norte-americano e europeu são fatores que contribuíram fortemente para a concretização do fenômeno da judicialização do sistema político, inclusive o brasileiro. Tais acontecimentos provocaram uma maior participação/interferência do Estado na sociedade, o que, em face da inércia dos demais Poderes, abriu espaço para a jurisdição, que veio a suprimir as lacunas deixadas pelos demais braços do Estado. Desse modo, o Judiciário passou a exercer um papel determinante na definição de certos padrões a serem respeitados. É praticável, portanto, como dizemos, identificar o fenômeno da judicialização da política como fruto do caráter dirigente e compromissório das Constituições, do surgimento e da consolidação dos Tribunais Constitucionais (na Europa e no Brasil), do aumento da litigiosidade e da inflação legislativa, do maior acesso à justiça e, ao fim e ao cabo, da crise da democracia.

Desse modo, torna-se perfeitamente possível (e correto) identificar o fenômeno da judicialização como decorrente de situações diversas, como o caráter compromissório e dirigente das Constituições, o aumento da litigiosidade e do acesso à justiça, a inflação legislativa em determinadas matérias, a crise da democracia com um “sem-número” de regulações das mais diversas etc. Sem contar, ademais, neste percurso, certo descontentamento com a classe política, que acaba, por meio de um perigoso imaginário desencadeado pela opinião pública, por conferir ao Judiciário um papel protetor (ou pai) da sociedade contra as mazelas da política e dos políticos. Por tudo, sobretudo, resta evidenciado que a judicialização da política, como espécie do gênero protagonismo judicial, é um fenômeno que independe dos desígnios dos membros do Poder Judiciário. A judicialização, definitivamente, é um fenômeno

⁶²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014d. p. 47.

⁶³⁰ TASSINARI, Clarissa. A atuação do Judiciário em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 41, jul./dez. 2012.

⁶³¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 32.

que exsurge da relação entre os Poderes do Estado, representando um fenômeno político-jurídico gerado pelas democracias hodiernas. A judicialização de questões políticas e sociais não depende de um ato volitivo do poder judiciário, mas, sim,

[...] decorre da expansão da sociedade (que se torna cada vez mais complexa) e da própria crise da democracia, que tende a produzir um número gigantesco de regulações (seja através de leis, medidas provisórias, decretos, portarias, etc.) e que encontram seu ponto de capilarização no judiciário e, principalmente, nas questões cujo deslinde envolve um ato de jurisdição constitucional.⁶³²

A judicialização da política, conseqüentemente, não é um mal em si, mas algo de natureza contingencial e circunstancial, fruto de fatores múltiplos, e em especial no contexto das democracias modernas.

Ocorre, de acordo com o *jusfilósofo* Lenio Luiz Streck, que, enquanto a judicialização pode ser considerada como um fenômeno contingencial, a questão do ativismo, por outro lado, é extremamente mal compreendida no Brasil. Assim, um juiz ou tribunal incorre em ativismo:

[...] quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados; já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional) [...].⁶³³

Eis aí, desde logo, a principal diferenciação entre *judicialização* e *ativismo*, ou seja: enquanto a judicialização é um problema das democracias contemporâneas, e tem por gênese uma pecha contingencial/circunstancial, o ativismo judicial é um fenômeno marcado por fatores de caráter comportamental, dependendo de um ato volitivo (ou de vontade) do órgão julgante. Noutras palavras, o ativismo ocorre quando o juiz ou o Tribunal decide por argumentos de moral ou de política e afins, de onde exsurge que o Direito (ou a sua autonomia) acaba sendo substituído pelas convicções pessoais do julgador. Não é distinto, por oportuno, o escólio de Oliveira et al., segundo o qual “[...] a judicialização é um fenômeno político gerado pelas democracias contemporâneas; ao passo que o ativismo é um problema interpretativo, um

⁶³² OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 10., 2012, Curitiba. **Anais...** Curitiba: ABDConst., 2013. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdiacaoRafael.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2018. p. 302.

⁶³³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b. p. 589.

capítulo da teoria do direito (e da Constituição)”.⁶³⁴ Portanto, judicialização e ativismo são espécies do gênero protagonismo judicial. Porém, enquanto aquela é notabilizada por fatores de natureza contingencial/circunstancial, este se caracteriza por um problema derivado de fatores de caráter comportamental.

Uma Constituição nova exige novos modos de análise; no mínimo, uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e uma nova teoria hermenêutica.⁶³⁵ Em 1988, como já mencionado no subcapítulo anterior, o Brasil recebeu uma nova Constituição, rica em direitos fundamentais, com a agregação de um vasto catálogo de direitos sociais. A pergunta que se colocava era: de que modo poderíamos olhar o novo com os olhos do novo? Afinal, nossa tradição jurídica estava assentada num modelo liberal-individualista (que opera com os conceitos oriundos das experiências da formação do direito privado germânico e francês), em que não havia lugar para direitos de segunda e terceira dimensões.⁶³⁶ Do mesmo modo,

[...] não havia uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico. Essas carências jogaram os juristas brasileiros nos braços das teorias alienígenas. Conseqüentemente, as recepções dessas teorias foram realizadas, no mais das vezes, de modo acrítico, sendo a aposta no protagonismo dos juízes o ponto comum da maior parte das teorias.⁶³⁷

Logo, para Streck,

[...] as recepções das teorias voluntaristas – em especial as que colocam a Constituição como ‘ordem concreta de valores’ (portanto, com filiação na jurisprudência dos valores e com tendências à incorporação das teses do realismo jurídico), ultrapassaram esse ‘modelo de aplicação do Direito’.⁶³⁸

Na verdade ocorreu uma troca: do modelo que apostava na estrutura do Direito (objetivismo), passou-se a adotar uma postura de perfil subjetivista, que deu - e dá - azo não somente ao decisionismo stricto sensu, mas também ao instrumentalismo (processo civil) e ao

⁶³⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 10., 2012, Curitiba. **Anais...** Curitiba: ABDConst., 2013. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdiçãoRafael.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2018. p. 271.

⁶³⁵ No mesmo sentido: STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011a.

⁶³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c.

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 83-84.

⁶³⁸ STRECK, loc. cit.

inquisitivismo (processo penal).⁶³⁹ Enfrentar, então, esse “novo” protagonismo, na dicção de Streck, “[...] será o papel de uma hermenêutica preocupada com a democracia”.⁶⁴⁰

Daí, por oportuno, que as raízes do *ativismo judicial à brasileira* encontram o ponto de estofo em uma verdadeira *mixagem teórica*⁶⁴¹, representando, pois, uma espécie de “institucionalização – *desinstitucionalizada* – da discricionariedade” a partir da recepção equivocada de teorias estrangeiras, as quais foram erguidas em tempo e contexto distintos, à luz das respectivas realidades locais. Ante a falta, teorias alienígenas acabaram importadas no pós-Constituição de 1988, e assim o foram de maneira errônea, como sói ocorrer na tradição jurídica brasileira, diga-se de passagem. A respectiva recepção, por seu turno, relegou-nos, ao fim e ao cabo, uma verdadeira ode ao protagonismo judicial. Logo, destas teorias, citamos, com Lenio Streck, as seguintes: *jurisprudência dos valores* alemã, *teoria da argumentação jurídica* de Robert Alexy (a *ponderação alexyana*) e *realismo jurídico* norte-americano (*ativismo estadunidense*). Vejamos, então, cada uma dessas recepções equivocadas; “[...] pelo modo como são trabalhadas no Brasil, a Jurisprudência dos Valores e a teoria da argumentação de Robert Alexy serão analisadas em conjunto”.⁶⁴² Começemos por estas.

Com efeito, no direito alemão, a *Jurisprudência dos Valores* serviu para “[...] equalizar a tensão produzida depois da outorga da *Grundgesetz* pelos aliados, em 1949[...]”.⁶⁴³ (grifo do autor). Ou seja:

[...] nos anos que sucederam à consagração da lei fundamental, houve um esforço considerável por parte do *Bundesverfassungsgericht* para legitimar uma Carta que não tinha sido constituída pela ampla participação do povo alemão. Daí a afirmação de um *jus* distinto da *lex*, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a *valores* aparece, assim, como mecanismo de ‘abertura’ de uma legalidade extremamente fechada.⁶⁴⁴ (grifo do autor).

Nesse sentido, Lenio Streck⁶⁴⁵ alerta para fato de que a tese da Jurisprudência dos Valores é, até hoje, de certo modo, preponderante naquele Tribunal, circunstância que tem provocado historicamente fortes críticas no plano da teoria constitucional ao *modus* interventivo

⁶³⁹ Ibid.

⁶⁴⁰ Ibid., p. 84.

⁶⁴¹ Id. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

⁶⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b. p. 47.

⁶⁴³ Ibid., p. 48.

⁶⁴⁴ STRECK, loc. cit.

⁶⁴⁵ Ibid.

do tribunal alemão. Além disso, diz Streck, não há como descurar que “[...] a referida tensão efetivamente teve, a partir do segundo pós-guerra, papel fundamental na formatação da teoria constitucional contemporânea, por exemplo, em Portugal, na Espanha e no Brasil”.⁶⁴⁶

Entretanto, este é o ponto, “[...] os juristas brasileiros não atentaram para as distintas realidades (Brasil e Alemanha)”.⁶⁴⁷ No caso específico do Brasil, onde, historicamente, até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de “emplacar”, a grande luta tem sido de estabelecer condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional.⁶⁴⁸ Da Jurisprudência dos Valores os teóricos brasileiros tomaram emprestada a tese fundante – a de que a Constituição é uma ordem concreta de valores, sendo papel dos intérpretes o de encontrar e relevar esses interesses ou valores. O modo mais específico de implementação dessa recepção foi a teoria da argumentação de Robert Alexy (segunda recepção equivocada), que, entretanto, recebeu uma leitura superficial por parcela considerável da doutrina e dos tribunais.⁶⁴⁹⁻⁶⁵⁰

Daf que, da jurisprudência dos valores,

[...] os teóricos brasileiros (por todos, lembremos Luis Roberto Barroso [...], Ana Paula de Barcellos [...] e Daniel Sarmento [...]) tomaram emprestado a tese principal, repetida *ad nauseam*, de que ‘a Constituição é uma ordem concreta de valores’, sendo o papel dos intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores (por vezes, ocorre uma mixagem dessa postura com as teses da *Interessenjurisprudenz*, de Philipp Heck, que, aliás, foi quem cunhou a expressão *Abwägung* – sopesamento).⁶⁵¹ (grifo do autor).

Como dito, a forma mais específica dessa implantação “[...] foi a teoria da argumentação de Robert Alexy, que, entretanto, recebeu uma leitura superficial por parcela considerável da doutrina e dos Tribunais de *terrae brasilis*”.⁶⁵² O Direito Constitucional brasileiro, nessa medida,

⁶⁴⁶ Ibid., p. 48.

⁶⁴⁷ STRECK, loc. cit.

⁶⁴⁸ Ibid.

⁶⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

⁶⁵⁰ Isso fica claro na obra daquele que talvez seja o maior expoente do *neoconstitucionalismo* à brasileira, e entusiasta, portanto, da jurisprudência dos valores e da teoria da argumentação de matiz alexyana, ou seja, Luis Roberto Barroso, senão vejamos: “[...] a colisão entre princípios constitucionais decorre, como assinalado acima, do pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento dialético e compromissório que é a Constituição. Como estudado, não existe hierarquia em abstrato entre tais princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto”. Cf. BARROSO apud Ibid., p. 48-49.

⁶⁵¹ Id. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 10, jul./dez. 2011a.

⁶⁵² STRECK, loc. cit.

[...] foi tomado pelas teorias da argumentação jurídica, sendo raro encontrar constitucionalistas que não se rendam à distinção (semântico) estrutural regra-princípio e à ponderação (Alexy). A partir desse equívoco, são desenvolvidas/seguidas diversas teorias/teses por vezes incompatíveis entre si.⁶⁵³

Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que é impossível – sim, insista-se, é realmente impossível – fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é (insista-se, efetivamente não é) uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais” (sic), algo do tipo “[...] entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um” (sic). Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa “escolha direta”.⁶⁵⁴ Veja-se, logo: as teorias matrizes têm, em si, descompassos evidentes, em especial, o fato de se considerarem *pós-positivistas*, quando, em verdade, não são (a aposta na discricionariedade *ratio final* denuncia o apego ao *juspositivismo* de cariz semântica, de onde exsurge apenas e tão somente a superação do positivismo primitivo, e nada mais; mesmo assim, de qualquer maneira, parcela considerável da doutrina e dos tribunais brasileiros conseguiu ainda operar a respectiva recepção de maneira equivocada, tudo ao desconsiderar, primeiramente, o contexto no qual as teorias foram erguidas e, de mais a mais, os seus meandros; daí, por exemplo, que, se a teoria da argumentação de Robert Alexy foi desenvolvida para “racionalizar” a jurisprudência dos valores do Tribunal Constitucional alemão, aqui no Brasil ela foi recepcionada de maneira evidentemente errônea (superficial e acrítica), relegando-nos, pois, uma o oposto, ou seja, uma clara “irracionalidade” (sic), tudo a partir do momento em que se acredita que a ponderação poderia se dar de maneira direta e representar uma verdadeira escolha do intérprete).

Nesse contexto, Lenio Streck vai dizer também, à luz deste conjunto de incongruências, que, no Brasil, *no uso (absolutamente) descriterioso da teoria alexyana*, transformaram a ponderação em um “princípio”. Com efeito, diz Streck, se, na formatação proposta por Alexy,

[...] a ponderação conduz à formação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção –, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performativo, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos. Esse tratamento equivocado – que enxerga a ponderação como um princípio – fica evidente a partir de uma simples pesquisa nos tribunais brasileiros.⁶⁵⁵

⁶⁵³ STRECK, loc. cit.

⁶⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 10, jul./dez. 2011a.

⁶⁵⁵ Ibid., p. 12.

De se consignar, por fim, que esse uso da ponderação como um “verdadeiro” princípio decorre de um fenômeno muito peculiar à realidade brasileira, o *panprincipiologismo*. Em linhas gerais, o *panprincipiologismo* é um subproduto do “neoconstitucionalismo” à brasileira, que acaba por fragilizar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse panprincipiologismo faz com que – a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais – haja uma proliferação incontrollada de enunciados (*Standards*) para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional.⁶⁵⁶

Assim, com apoio na doutrina de Streck⁶⁵⁷, não há como ignorar que toda essa discussão repousa raízes no debate/enfrentamento do Constitucionalismo (Contemporâneo) – considerado como tal o constitucionalismo originado do pós-segunda guerra - com o (velho) positivismo (que possui várias facetas). Com efeito, diz o autor que:

[...] o positivismo se ergueu a partir da crença de que o mundo poderia ser abarcado pela linguagem e que a regra, no plano do direito, ‘abarcaria essa ‘suficiência de mundo’. Ou seja, a ideia seria de que a regra suportaria, à exaustão, a descrição da realidade. A partir disso, começam os problemas do positivismo primitivo. A razão (objetivismo) começa a dar lugar à vontade do intérprete (subjetivismo).⁶⁵⁸

Veja-se o longo caminho percorrido desde o positivismo primitivo até as correntes que surgiram após a segunda guerra mundial. Nesse sentido, é razoável apontar para a jurisprudência dos valores e o positivismo normativista kelseniano como as matrizes que colocaram na vontade o locus do fundamentum. Na insuficiência daquela parte da linguagem para fornecer as respostas, chama-se à colação a subjetividade do intérprete, que, de forma solipsista, levanta o véu que “encobre” a resposta que a regra não pôde dar. Os problemas decorrentes da equivocada interpretação do dualismo kelseniano todos conhecemos, culminando com o errôneo entendimento de que a interpretação como ato de vontade – a ser feito pelo juiz – representaria uma “faceta crítica” da Teoria do Direito. Já os “efeitos colaterais” do voluntarismo da jurisprudência dos valores podem ser vistos nas teses conhecidas como “neoconstitucionalistas”, onde a ponderação de valores se transformou no canal de legitimação/institucionalização de uma ampla discricionariedade.

⁶⁵⁶ Ibid., p. 12-13.

⁶⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c.

⁶⁵⁸ Ibid., p. 169-170.

Em caminho similar, temos a utilização tabula rasa do termo ativismo judicial na doutrina e jurisprudência brasileiras, com inspiração central no realismo jurídico norte-americano – e esta é a terceira recepção equivocada de que fala Streck.⁶⁵⁹ Note-se: nos Estados Unidos – e esta é/foi a terceira recepção equivocada –, a discussão sobre o governo dos juízes e sobre o ativismo judicial acumula mais de duzentos anos de história. Não se pode esquecer, por outro lado, que ativismo judicial nos Estados Unidos foi feito às avessas num primeiro momento (de modo que não se pode considerar que o ativismo seja sempre algo positivo). O típico caso de um ativismo às avessas foi a postura da Suprema Corte estadunidense com relação ao *new deal*, que, aferrada aos postulados de um liberalismo econômico do tipo *laissez faire*, barrava, por inconstitucionalidade, as medidas intervencionistas estabelecidas pelo governo Roosevelt.⁶⁶⁰ As atitudes intervencionistas a favor dos direitos humanos fundamentais ocorrem em um contexto que dependia muito mais da ação individual de uma maioria estabelecida do que pelo resultado de um imaginário propriamente ativista. O caso da Corte Warren, por exemplo, foi resultante da concepção pessoal de certo número de juízes e não o resultado de um sentimento constitucional acerca desta problemática.⁶⁶¹

Já no Brasil, como diz Streck, “[...] esse tema toma ares dramáticos [...]”.⁶⁶² Basta lembrar, nesse sentido,

[...] que ativismo judicial aparece como um princípio no anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo (art. 2º, letra i). Por certo, tal projeto de lei não foi ainda analisado pelo Poder Legislativo, mas a simples menção ao ativismo judicial como um ‘princípio norteador’ (sic) do processo coletivo brasileiro já dá conta do estado de profundo impasse teórico que impera na doutrina.⁶⁶³

Como se pode perceber,

[...] a assim denominada ‘era dos princípios’, que propiciou o surgimento de textos constitucionais com características sociais-diretivas, encontrou – mormente em países como o Brasil – um imaginário jurídico ainda fortemente dependente da metodologia tradicional e de suas variações, a partir de um amplo espectro que abrangia desde formalistas até adeptos do direito alternativo (realistas ao estilo dos *Critical Legal Studies*).⁶⁶⁴ (grifo do autor).

⁶⁵⁹ Id. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011a.

⁶⁶⁰ WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law**. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

⁶⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011a.

⁶⁶² *Ibid.*, p. 14.

⁶⁶³ STRECK, loc. cit.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 19.

Com efeito, de um lado, doutrina e jurisprudência, ainda ligadas à dogmática jurídica tradicional, continuaram a sustentar práticas normativistas, com enormes dificuldades para compreender minimamente o advento de uma nova teoria das fontes; já de outro, setores que, embora engajados na concretização da Constituição, passaram a apostar no Poder Judiciário como condutor desse processo, mas sem a correspondente reflexão acerca das condições de possibilidade desse protagonismo. Ou seja, a falta de teorias adequadas às demandas de uma Constituição como a brasileira permitiu a formação de um forte protagonismo judicial.⁶⁶⁵

A judicialização da política, então, é um fenômeno característico das democracias modernas, materializado por fatores de natureza contingencial (e circunstancial). Já o ativismo judicial está estritamente vinculado a fatores de natureza comportamental, associado a um ato de vontade do juiz ou tribunal. Nesse espaço, a força motriz desta aposta no ativismo ou no protagonismo judicial reside, sobretudo, em um elemento primordial: a discricionariedade. No Estado Democrático de Direito, no entanto, não se pode admitir que decisões judiciais sejam discricionárias, por isso é necessário buscar meios para impedi-las. E o limite da discricionariedade está na fundamentação (pela principiologia constitucional), pois o juiz, na tomada da decisão deverá optar pela resposta correta, ou seja, conforme a Constituição.⁶⁶⁶ Assim, o ativismo judicial exsurge no momento em que o magistrado não decide dentro dos limites estabelecidos pela Constituição, agindo de forma discricionária, questão perpassada, portanto, pelo problema hermenêutico da interpretação da Constituição.⁶⁶⁷

5.3.5 A *Integridade* e a *Coerência* na jurisprudência – o artigo 926 do Novo CPC

A tese de que o Direito deve ter coerência e integridade é do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, que foi um dos grandes críticos do positivismo jurídico. O grande diferencial do conjunto de sua obra, escrita, dentre outros aspectos, com a pretensão de ruptura com o juspositivismo, está no reconhecimento do Direito como uma atividade interpretativa (conceito interpretativo) sem que isso represente a defesa de posturas relativistas no julgamento dos casos. Ao contrário, a percepção de uma dimensão interpretativa do fenômeno jurídico parte da divergência – que, por sua vez, representa a para reflexiva sobre determinada prática jurídica –

⁶⁶⁵ Ibid.

⁶⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c.

⁶⁶⁷ Ibid.

para afirmar a existência de respostas corretas no Direito, constituídas no esforço de, diante da divergência, encontrar a melhor interpretação possível para determinada controvérsia.⁶⁶⁸

Desse modo, como afirma Lenio Streck, a resposta correta de Dworkin jamais poderia representar, por exemplo, “[...] uma proibição interpretativa, uma antecipação de respostas aos problemas jurídicas ou, então, a existência de uma fórmula infalível para certas controvérsias (pretensões que, sob certa perspectiva, aparecem na construção de súmulas vinculantes [...])”.⁶⁶⁹ Ao contrário, como também afirma Streck, a tese da resposta correta de Dworkin “[...] está centrada numa abertura do jurista para o fenômeno interpretativo, o que faz parte da condição humana”.⁶⁷⁰

Aqui, no entanto, vale o alerta: isso, de maneira alguma, representaria (ou poderia vir a representar) um exercício arbitrário por parte do intérprete ou, nas palavras de Streck, “uma espécie de especialidade da esfera jurídica”⁶⁷¹, como se fosse da vagueza e da ambiguidade dos textos legais “que se extraísse o dever de interpretar do jurista”.⁶⁷² Pelo contrário, se trata do reconhecimento de que essa dimensão interpretativa é, por assim dizer, cotidiana, constitutiva das práticas sociais, e o Direito consiste numa prática social.⁶⁷³

Ao mesmo tempo, tudo isso demonstra o esforço de Dworkin em defender que existe certa objetividade no Direito, o que aparece em suas obras a partir da defesa de certos elementos, tais como: moralidade política (construção de uma moral não relativista); responsabilidade política do julgador (para promover a igualdade); interpretação jurídica como romance em cadeia (vinculação do julgador a casos passados e comprometimento com as especificidades da controvérsia).⁶⁷⁴

É justamente neste espectro doutrinário, portanto, que se assentará a tese da *coerência* e da *integridade* do Direito, tudo como uma construção tendente a garantir a *igualdade*, não apenas perante à Lei (ou perante os textos legais), mas, também, e principalmente, perante o Direito (ou diante do produto da interpretação dos textos legais).

Vale dizer, por conseguinte, que no âmbito das decisões judiciais “os diversos casos serão julgados com igual consideração”.⁶⁷⁵ Analiticamente, pode-se dizer que: a) *coerência*

⁶⁶⁸ Id. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 33.

⁶⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 33.

⁶⁷⁰ STRECK, loc. cit.

⁶⁷¹ STRECK, loc. cit.

⁶⁷² STRECK, loc. cit.

⁶⁷³ Ibid., p. 33-34.

⁶⁷⁴ Ibid., p. 34.

⁶⁷⁵ STRECK, loc. cit.

liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si. Trata-se de um ajuste das circunstâncias fáticas que o caso deve guardar com os elementos normativos que o Direito impõe ao seu desdobramento; e b) *integridade* é a exigência de que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, numa perspectiva de ajuste de substância. A integridade traz em si um aspecto mais valorativo/moral enquanto a coerência seria um *modus operandi*, a forma de alcançá-la.⁶⁷⁶ De algum modo, a integridade refere-se a um freio ao estabelecimento de dois pesos e duas medidas nas decisões judiciais, constituindo-se em uma garantia contra arbitrariedades interpretativas, vale dizer, coloca efetivos freios às atitudes solipsistas-voluntaristas, pois aponta um caminho. A igualdade política exige que coerência e integridade sejam faces da mesma moeda. A ideia nuclear da coerência e da integridade é a concretização da igualdade.⁶⁷⁷

Mais claramente: haverá *coerência* se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isso, estará assegurada a integridade do Direito a partir da *força normativa* da Constituição. A *coerência* assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado por meio de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Coerência significa igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento. Coerência também quer dizer “jogo limpo”⁶⁷⁸.

Já a *integridade* é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, *que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido*. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, por meio dessas *comunidades de princípios*, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade. Ou seja: por mais que o julgador desgoste de determinada solução legislativa e da interpretação possível que dela se faça, *não pode ele quebrar a integridade do Direito, estabelecendo um “grau zero de sentido”*, como que, fosse o Direito uma novela, matar o personagem principal, como se isso — a morte do personagem — *não fosse condição para a construção do capítulo seguinte*.⁶⁷⁹

⁶⁷⁶ STRECK, loc. cit.

⁶⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 34.

⁶⁷⁸ Id. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 abr. 2016a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 7 dez. 2018.

⁶⁷⁹ Ibid.

Para a CHD de Lenio Streck, esta ideia (verdadeiro imperativo) de Coerência e Integridade “aponta para uma aproximação com a tradição hermenêutica continental”.⁶⁸⁰ Em especial, “na ideia de tradição e no peso da história efetual de Hans-Georg Gadamer”.⁶⁸¹ A aproximação em questão, nas palavras de Streck, “aparece de forma muito clara em nossa proposta de teoria da decisão judicial”⁶⁸², isto é: a defesa de respostas constitucionalmente adequadas (numa ampliação da tese de Dworkin) parte das premissas de que o Direito não pode ser o campo das incertezas (dos relativismos), e que nele (e em toda a nossa experiência) há sempre algo anterior que nos vincula, direciona nosso olhar.⁶⁸³

É daí, por oportuno, que surge o artigo 926 do Novo Código do Processo Civil (NCPC), fruto da chamada “*emenda streckiana/dworkiniana*”, segundo o qual “*Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”. E nele, conforme o alerta de Streck, “recai uma carga epistêmica de infinito valor”.⁶⁸⁴ Primeiro, porque um modo de evitar a jurisprudência lotérica é exigir coerência e integridade; segundo, a garantia da previsibilidade e da não surpresa; terceira, o dever de *accountability* em relação à Constituição, justamente ao artigo 93, IX (da CF). E um quarto elemento: o STF deve também manter a coerência e integridade nas suas próprias decisões. Em todas. Nesse sentido, cresce igualmente o papel do STJ, *locus* da unificação do Direito infraconstitucional⁶⁸⁵ (e das demais Cortes Superiores, como o TSE).

A esse respeito, calha afirmar que *a jurisdição eleitoral não é um bom exemplo de como respeitar a coerência e a integridade* nos provimentos judiciais daí derivados. Com efeito, há vários exemplos de como a Justiça Eleitoral ignora tais pilares do exercício jurisdicional, onde nem mesmo o TSE respeita os seus próprios provimentos precedentes, bastando rememorar a recorrente afirmativa no âmbito da Corte, segundo a qual a jurisprudência dela própria variaria de eleição a eleição – ou seja: “*para aquela eleição a jurisprudência foi uma, para esta eleição é outra, etc.*”.

Sobre o tema, se afigura como pertinente a crítica formulada por Francisco Borges Motta e Rodrigo López Zílio em artigo publicado no Conjur, segundo a qual “[...] a Justiça Eleitoral não é uma divisão autônoma da jurisdição constitucional brasileira e não deve se

⁶⁸⁰ STRECK, op. cit., p. 35.

⁶⁸¹ STRECK, loc. cit.

⁶⁸² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 35.

⁶⁸³ STRECK, loc. cit.

⁶⁸⁴ Id. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 abr. 2016a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 7 dez. 2018.

⁶⁸⁵ Ibid.

comportar como se fosse”.⁶⁸⁶ Aliás, é na Justiça Eleitoral, mais do que nos demais ramos da jurisdição constitucional, que a *dificuldade contramajoritária* se torna mais visível. A interferência direta da justiça nos processos políticos representativos (e de constituição da representação) é necessária e virtuosa, mas não se pode dar de modo discricionário.⁶⁸⁷ Numa palavra final, conforme concluem os autores, “[...] a isonomia e a dignidade humana devem coordenar a experiência jurídica e justificar o emprego da força coletiva de coerção. Quando não o fizerem, é porque nós, participantes deste empreendimento coletivo, fracassamos”.⁶⁸⁸

Dentre outros tantos, um “bom” exemplo de como a Justiça Eleitoral, em geral, e o TSE, em especial, *não respeita a coerência e a integridade* no âmbito das suas atribuições jurisdicionais, pode-se dizer, repousa no julgamento do *Recurso Especial Eleitoral n° 263-37*, originário do Município de Alto Taquari-MT.

Com efeito, o apelo nobre precitado chegou ao TSE tendo sido originado de duas impugnações ao registro de candidatura do então recorrido, ocasião na qual duas questões foram aventadas em ambas às impugnações, quais sejam: a) incidência do candidato na causa de inelegibilidade inserta na alínea ‘1’ do inciso I do artigo 1º da LC 64/90 (condenação colegiada ou transitada em julgado por atos de improbidade administrativa); b) descumprimento de condição de elegibilidade consubstanciada na filiação partidária pelo prazo mínimo estabelecido em lei, isto é, o prazo de seis meses anteriores à eleição.

Quanto à primeira questão, mantendo a decisão do TRE-MT, o TSE afastou alegada inelegibilidade do candidato, tudo porque inexistentes as circunstâncias elementares hábeis à atração da respectiva restrição, ou seja, uma condenação (colegiada ou transitada em julgado) que tenha importado danos ao erário público e enriquecimento ilícito. Não havendo falar na cumulatividade dos requisitos supra, não haveria falar na causa de inelegibilidade em comento. Andou bem a decisão regional, bem assim a v. decisão superior lavrada pelo TSE.

Já quanto à questão derradeira, isto é, a ausência de cumprimento da condição de elegibilidade prevista no inciso V do parágrafo 3º do artigo 14 da CF, qual seja a filiação partidária (pelo prazo mínimo de seis meses anteriores ao pleito), o deslinde do caso *não* contou com o mesmo acerto.

⁶⁸⁶ MOTTA, Francisco Borges; ZÍLIO, Rodrigo Lopez. Coerência, integridade e Justiça Eleitoral: mundos à parte? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 set. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-21/opinia-coerencia-integridade-justica-eleitoral-mundos-parte>>. Acesso em: 8 dez. 2018.

⁶⁸⁷ MOTTA, Francisco Borges; ZÍLIO, Rodrigo Lopez. Coerência, integridade e Justiça Eleitoral: mundos à parte? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 set. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-21/opinia-coerencia-integridade-justica-eleitoral-mundos-parte>>. Acesso em: 8 dez. 2018.

⁶⁸⁸ Ibid.

Com efeito, o candidato foi condenado à suspensão dos direitos políticos por cinco anos nos autos de Ação Cível Pública (ACP) por improbidade administrativa. Tratou-se, pois, da ACP (improbidade administrativa) nº 2-03.20003.811.0092, código 12203, que tramitou no juízo da Comarca de Alto Taquari/MT, com sentença proferida contra o candidato, determinando a suspensão dos direitos políticos deste, pelo período de 05 (cinco) anos, em decorrência prática de ato ímprobo. A condenação transitou em julgado em data de 19-07-2011. A pena em comento encontrou termo em 19-07-2016. Logo, para o TSE, a suspensão dos direitos políticos seria causa de perda da filiação partidária. E, considerando que a pena em se exauriu apenas e tão somente em julho de 2016, o TSE, em sessão datada de 19-12-2016, concluiu pelo não cumprimento da condição de elegibilidade consubstanciada na filiação partidária, isso no prazo legal mínimo de seis meses anteriores ao pleito eleitoral. Com isso, reformado o aresto regional, foi indeferido o registro de candidatura do candidato – que havia sido eleito no pleito eleitoral de 2016.

Ocorre, no entanto, que o candidato jamais teve decretada contra si a pena de perda dos direitos políticos, mas, sim, suspensão dos direitos políticos – isso pelo prazo de cinco anos. O candidato, então, quedou-se com os direitos políticos suspensos pelo prazo de cinco anos, algo que perdurou até a data de 19 de julho de 2016. Assim sendo, o TSE deveria ter distinguido perda de direitos políticos de suspensão dos direitos políticos (tal e qual o texto constante do art. 15 da CF). E por qual razão? Simples. Segundo o artigo 22, inciso II, da Lei nº 9096/95 (Lei dos Partidos Políticos) é causa de *cancelamento* da filiação partidária a *perda dos direitos políticos*. À luz da legislação de regência, conseqüentemente, *suspensão de direitos políticos não é causa de cancelamento da filiação partidária*. A suspensão dos direitos políticos *apenas suspende os efeitos da filiação partidária, isso pelo período enquanto perdurar a pena* (cinco anos, no caso). Não se ignora a existência da filiação, tampouco o prazo. Apenas os respectivos efeitos se encontram suspensos por tempo determinado, e nada mais. Tão logo finda a pena (cinco anos, no caso), a filiação volta à tona, tornando-se hígida à plenitude (vale dizer: considerado todo o histórico de filiação, sobretudo quanto ao lapso temporal). A decisão do TSE, por ter confundido tais conceitos, já por aqui se afigura como *equivocada*.

Não obstante isso, o que mais nos importa aqui é que *em situação precedente absolutamente idêntica* ao caso ora citado, o TSE decidiu o seguinte:

Registro. Candidato. Vereador. Condenação criminal. Suspensão de direitos políticos. Filiação partidária. 1. Conforme decisão proferida por esta Corte Superior no julgamento do caso Belinati, que se fundou inclusive no Acórdão nº 12.371, relator Ministro Carlos Velloso, subsiste a filiação anterior à

suspensão dos direitos políticos. 2. Não se tratando de nova filiação, mas de reconhecimento de filiação anterior, que esteve suspensa em razão de cumprimento de pena, tem-se como atendido o requisito do art. 18 da Lei nº 9.096/95. Recurso especial conhecido e provido. (RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 22980, Acórdão nº 22980 de 21/10/2004, Relator(a) Min. CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 21/10/2004 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 16, Tomo 1, Página 248).⁶⁸⁹

Ademais, por oportuno, colha-se excerto do voto condutor do julgado, *verbis*:

[...]. Os fatos são incontroversos e podem ser apreciados. Verifico que não se contesta o fato de o recorrente estar filiado ao PP desde 1985 e, ao requerer o registro, já se encontrar com seus direitos políticos restabelecidos. No julgamento do caso Belinati ficou claro que o Tribunal entendeu - ao adotar precedente, REspe nº 12.371, de 1992, da relatoria do ilustre Ministro Carlos Velloso - que subsiste a filiação anterior à suspensão dos direitos políticos. Recordo, no particular, o voto de Sua Excelência: Na hipótese da alínea I do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90, o sujeito não tem cassados os seus direitos políticos, ocorrendo, apenas, pelo prazo ali estabelecido, a supressão do ius honorum. ou do direito de ser votado, permanecendo íntegro o ius suffragii. ou o direito de votar, (...) (sic). Por isso, acrescentou o parquet, com acerto: Desta forma, consideramos perfeitamente válida a filiação do recorrente ao PTB, provada nos autos para efeito [sic] para efeito de registro de sua candidatura. Registro, ainda, que nos debates havidos, o Vice Procurador-Geral Eleitoral, Roberto Monteiro Gurgel Santos, afirmou: Sr. Presidente, repito que a situação seria absolutamente diversa, houvesse o recorrente permanecido no mesmo partido. No seu r. voto, o eminente Ministro Peçanha Martins reproduziu a manifestação da douta Procuradoria-Geral Eleitoral, que, naquele caso, assim se pronunciou: (...) (sic) Caso o recorrente tivesse permanecido na agremiação partidária a que anteriormente filiado, diverso seria o resultado, porquanto, aí sim, os precedentes invocados no recurso viriam em seu favor, porque, independentemente da plenitude dos seus direitos políticos, subsistiria a filiação. Nesse sentido, oportuna é a transcrição do seguinte excerto das contrarrazões, trazidas pela ilustrada Procuradoria Regional Eleitoral: É oportuno salientar que se o recorrente houvesse permanecido em seu partido político original, o Partido da Frente Liberal - PFL, não haveria problema com sua filiação partidária, pois a jurisprudência é pacífica no sentido de que a perda do mandato eletivo não afeta a filiação preexistente: (...) (sic) Assim, não se tratando de nova filiação, mas de reconhecimento de filiação anterior, que esteve suspensa em razão de cumprimento de pena, quero crer que, com maior razão, está atendido o requisito do art. 18 da Lei nº 9.096/95. Em face do exposto, dou provimento ao recurso para deferir o registro do recorrente.⁶⁹⁰

Note-se, portanto, que a questão jurídica versada num e noutro caso é(ra) absolutamente idêntica. Ocorreu, contudo, que a solução jurídica atribuída aos casos foi diametralmente

⁶⁸⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 22980, Acórdão nº 22980. Relator: Ministro Carlos Eduardo Caputo Bastos. Brasília, DF, 21 de outubro de 2004. **RJTSE**, Brasília, DF, v. 16, n. 1, p. 249, jan./mar. 2005.

⁶⁹⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. loc. cit.

oposta, em manifesta inobservância do artigo 926 do NCPC, segundo a qual a jurisprudência deve se manter estável, íntegra e coerente.

A propósito, denota-se que a decisão colegiada acima referida calcou suas conclusões em pretense precedente do TSE, qual seja o RO nº 181952. Segundo a decisão, “[...] a suspensão dos direitos políticos em condenação por improbidade administrativa opera a partir do trânsito em julgado da decisão e acarreta a perda da filiação partidária e do cargo eletivo, bem como o impedimento de o candidato ser diplomado”.⁶⁹¹ (grifo nosso). Ocorre, em primeiro lugar, que tal decisão não se amoldava à questão de direito posta (o candidato, naquela situação, se encontrava com direitos políticos suspensos, o que impediria, por si, o deferimento do registro, da diplomação, da posse e do exercício do cargo). Em segundo lugar, no mais, tanto a decisão de fundo, quanto o pretense precedente trazido à baila, ignoraram, sobremodo, o julgamento do TSE lavrado nos autos do Recurso Ordinário nº 22980.

Noutras palavras, a decisão colegiada não respeitou a integridade e a coerência do Direito, tal e qual requer o art. 926 do NCPC. Tampouco respeitou a tradição sedimentada no âmbito do próprio TSE. E, de mais a mais, ignorou absolutamente os capítulos da história institucional do TSE, manifestada por meio da respectiva jurisprudência (faamos aqui da metáfora do “romance em cadeia” de Ronald Dworkin). Eis aí um clarividente exemplo de como a jurisdição eleitoral não vem respeitando a coerência e a integridade do Direito. Nesse espectro, vale dizer: a decisão, por imposição legal (e de princípio: igualdade – isonomia – equanimidade - *fairness*), deveria ter respeitado a decisão paradigmática (RO nº 22980) ou, se assim não fosse, ao menos deveria ter dispendido uma forte carga de fundamentação, seja para vencer tal precedente (*overruling*), seja para contorna-lo (*distinguishing*). Não o fez.

Respeitar ou agir de forma coerente e íntegra quer dizer: o ato de aplicar a lei possui responsabilidade política. Um sistema jurídico que tem na coerência e na integridade o seu vetor de racionalidade, nem precisaria ter mecanismos formais de vinculação jurisprudencial. Se o judiciário julga por princípio, o corolário é a manutenção da coerência e, conseqüentemente, da integridade. Julgamentos que lançam mão de argumentos morais inexoravelmente quebrarão a cadeia de coerência, uma vez que a integridade estará comprometida.⁶⁹²

Coerência não é simplesmente se ater ao fato de que cada nova decisão deve seguir o que foi decidido anteriormente. Claro que é mais profunda, porque exige consistência em cada

⁶⁹¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário nº 181952. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2015. **DJE**, Brasília, DF, v. 25, p. 126, 4 fev. 2016.

⁶⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017a. p. 36.

decisão com a moralidade política (não a comum!) instituidora do próprio projeto civilizacional (nos seus referenciais jurídicos) em que o julgamento se dá. A ideia nuclear da coerência e da integridade é a *concretização da igualdade*, que, por sua vez, está justificada a partir de uma determinada concepção de dignidade humana.⁶⁹³

A *integridade* quer dizer: tratar a todos do mesmo modo e fazer da aplicação do Direito um “jogo limpo” (*fairness* — que também quer dizer tratar todos os casos equanimemente). Exigir coerência e integridade quer dizer que o aplicador *não pode dar o drible da vaca hermenêutico* na causa ou no recurso, do tipo “seguindo minha consciência, decido de outro modo”. O julgador não pode tirar da manga do colete um argumento (lembramos do artigo 10 do CPC) que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu. Também o julgador não pode quebrar a cadeia discursiva “porque quer” (ou porque sim).⁶⁹⁴

5.3.6 Os cinco princípios a serem observados no âmbito da interpretação-aplicação dos textos legais e constitucionais

Segundo Lenio Streck, em sua cruzada por um controle hermenêutico das decisões judiciais (e o ativismo judicial, como dito, é problema da interpretação-aplicação do Direito e, logo, da Teoria do Direito), na medida em que estamos de acordo que a Constituição possui características especiais oriundas de um “profundo câmbio paradigmático”,

[...] o papel da hermenêutica passa a ser, fundamentalmente – longe de qualquer perspectiva formalista-exegético-originalista –, o de preservar a força normativa da Constituição e o grau de autonomia do direito diante das tentativas usurpadoras provenientes do processo político (compreendido *lato sensu*).⁶⁹⁵

Desse modo, é que, de modo a assegurar a autonomia do Direito e a força normativa da Constituição neste estágio do Estado Democrático de Direito, bem assim a estrutura da legalidade (entendida hoje como uma legalidade constitucional, para além da legalidade típica do positivismo exegético), e com inspiração na filosofia hermenêutica de Heidegger, na hermenêutica filosófica de Gadamer e na teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin

⁶⁹³ Id. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 abr. 2016a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 7 dez. 2018.

⁶⁹⁴ Ibid.

⁶⁹⁵ Id. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 27, jul./dez. 2011a.

(moralidade pública, responsabilidade política dos juízes, coerência e integridade do Direito), a crítica hermenêutica de Streck vem propor um conjunto mínimo de princípios hermenêuticos, todos a serem seguidos pelo intérprete. Tais princípios, sustentados na historicidade da compreensão e na sedimentação dessa principiologia, somente se manifestam quando colocados em um âmbito de reflexão que é radicalmente prático-concreto, pois representam um contexto de significações históricas compartilhadas por uma determinada comunidade política. A interpretação do direito somente tem sentido se implicar um rigoroso controle das decisões judiciais, porque se trata, fundamentalmente, de uma questão que atinge o cerne desse novo paradigma: a democracia. E sobre isso parece não haver desacordo.⁶⁹⁶

Os princípios são os seguintes:

- a) Princípio Um: a preservação da autonomia do direito: a Constituição é norma e vincula. Trata-se, também, de uma garantia contra o poder majoritário, no sentido de que sustentar uma legalidade na jurisdição e a partir dela. Assim, a partir daí, nesse novo paradigma, o direito deve ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização, alcançada diante dos fracassos da falta de controle da e sobre a política. Logo, a Constituição, dessa maneira, é a manifestação deste (acentuado) grau de autonomia do direito,

[...] devendo este ser entendido na sua dimensão autônoma face às outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral (e aqui há que se ter especial atenção, uma vez que a moral tem sido utilizada como a ‘porta de entrada’ dos discursos adjudicadores com pretensões corretivas do direito, trazendo consigo a política e a análise econômica do direito).⁶⁹⁷

- b) Princípio Dois: o controle hermenêutico da interpretação constitucional, a superação da discricionariedade (tipicamente positivista) e o papel de “constrangimento epistemológico” destinado à doutrina: A partir do “encurtamento” do espaço de manobra e conformação do legislador e do conseqüente aumento da proteção contra maiorias (eventuais ou não) – cerne do contramajoritarismo –, parece evidente que, para a preservação do nível de autonomia conquistado pelo direito, é absolutamente necessário implementar mecanismos de controle daquilo que é o repositório do deslocamento do polo de tensão da legislação para a jurisdição: as decisões judiciais.

⁶⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasiliis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 27-28, jul./dez. 2011a.

⁶⁹⁷ STRECK, loc. cit.

Em outras palavras, a autonomia do direito e a sua umbilical ligação com a dicotomia “democracia/constitucionalismo” exigem da teoria constitucional uma reflexão de cunho hermenêutico.⁶⁹⁸ Importa referir, ademais, que a defesa de um efetivo controle hermenêutico das decisões judiciais, a partir do dever fundamental de justificação e do respeito à autonomia do direito, não quer dizer que, por vezes, não seja aconselhável e necessário uma atuação propositiva do Poder Judiciário (justiça constitucional), mormente se pensarmos no indispensável controle de constitucionalidade que deve ser feito até mesmo, no limite, nas políticas públicas. Entretanto, a defesa de posturas substancialistas e concretistas acerca da utilização da jurisdição constitucional – que implica inexorável avanço em relação às tradicionais posturas *self restraining* – não pode ser confundida com decisionismos e atitudes pragmati(cis)tas, em que o Judiciário se substitui ao legislador, com o aumento desmesurado de protagonismos judiciais, problemática bem presente e facilmente detectável no direito de *terrae brasiliis*. Deve-se evitar aquilo que se denomina de “ativismo”. Ou seja, deve-se ter bem clara a distinção entre judicialização, que é contingencial e produto de (in)competências na relação entre os Poderes, e ativismo, que é sempre decorrente de um problema solipsista-comportamental.⁶⁹⁹ Por fim, quanto ao “constrangimento epistemológico destinado à doutrina”, tal pressuposto resume-se ao seguinte verbete: “a doutrina deve voltar a doutrinar” (Streck). Ou seja: o papel da doutrina de hoje é basicamente de mero espectador do protagonismo judicial. Daí que Streck irá clamar por uma “accountability hermenêutica”, no sentido de que, para ser efetivamente doutrina, “[...] esta deve constranger epistemologicamente a operacionalidade do direito. Trata-se de ‘hermeneutizar’ a doutrina do direito, fazendo com que a teoria do direito seja alçada à condição de possibilidade de qualquer interpretação-aplicação”⁷⁰⁰;

- c) Princípio Três: o respeito à integridade e à coerência do direito: o respeito à integridade e à coerência engloba princípios (que, por vezes, se confundem com “métodos” de interpretação) construídos ao longo dos anos pela teoria constitucional, tais como o princípio da unidade da Constituição, o princípio da concordância prática entre as normas ou da harmonização, o princípio da eficácia

⁶⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasiliis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 27-28, jul./dez. 2011a.

⁶⁹⁹ Ibid.

⁷⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasiliis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 31, jul./dez. 2011a.

integradora ou do efeito integrador, e até mesmo o princípio da proporcionalidade (embora seu uso descriterioso o tenha desgastado entre nós), entendido como *fairness* (equanimidade), além da exigência do tratamento igualitário (*equal concern and respect*), como diria Dworkin. Seja o nome que a eles se dê, trata-se de padrões interpretativos relevantes para a consolidação da força normativa da Constituição. A integridade está umbilicalmente ligada à democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito.⁷⁰¹ Trata-se, pois, de “consistência articulada”. Com isso, afasta-se, de pronto, tanto o ponto de vista objetivista, pelo qual “o texto carrega consigo a sua própria norma” (lei é lei em si), como o ponto de vista subjetivista-pragmatista, para o qual a norma pode fazer soçobrar o texto. Ou seja, esse respeito à tradição, ínsito à integridade e à coerência (que é consistência “em princípio”, ou seja, a decisão deve expressar uma expressão unitária – e não *ad hoc* – de justiça), é substancialmente antirrelativista e deve servir de blindagem contra subjetivismos e objetivismos.⁷⁰² Em suma: haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin⁷⁰³: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma coerente ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade. Dito de outro modo, enquanto a coerência significa dizer que, em casos semelhantes, deve-se proporcionar a garantia da isonomia dos princípios subjacentes nesta cadeia, a integridade exige

⁷⁰¹ DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 176.

⁷⁰² STRECK, op. cit.

⁷⁰³ DWORKIN, 2011. p. 78 apud STRECK, Lenio Luiz. A Crítica Hermenêutica do Direito e o Novo Código de Processo Civil: apontamentos sobre a coerência e a integridade. In: CONSTITUIÇÃO, sistemas sociais e hermenêutica jurídica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a. n. 11. p. 157-168.

que os juízes construam seus argumentos de forma a manifestar um direito íntegro, e não algo fragmentado, como um aglomerado de decisões que refletem apenas perspectivas individuais. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. A integridade é uma forma de virtude política que significa rechaçar a tentação da arbitrariedade⁷⁰⁴⁻⁷⁰⁵;

- d) Princípio Quatro: o dever fundamental de justificar as decisões (a fundamentação da fundamentação): Se nos colocamos de acordo que a hermenêutica a ser praticada no Estado Democrático de Direito não pode deslegitimar o texto jurídico-constitucional produzido democraticamente, parece evidente que há uma forte responsabilidade política dos juízes e tribunais, circunstância que foi albergada no texto da Constituição, na especificidade do art. 93, IX, que determina, embora com outras palavras, que o juiz explicita as condições pelas quais compreendeu. Isso é o que se pode chamar de “o espaço epistemológico da decisão”⁷⁰⁶. O dever de fundamentar as decisões (e não somente a decisão final, mas todas as do iter) está assentado em um novo patamar de participação das partes no processo decisório. A fundamentação está ligada ao controle das decisões, e o controle depende dessa alteração paradigmática no papel das partes da relação jurídico-processual. Por isso, o protagonismo judicial-processual deve soçobrar diante de uma adequada garantia ao contraditório e dos princípios já delineados. Decisões de caráter “cognitivista”, de ofício ou que, serodiamente, ainda buscam a “verdade real” se pretendem “imunes” ao controle intersubjetivo e, por tais razões, são incompatíveis com o paradigma do Estado Democrático⁷⁰⁷⁻⁷⁰⁸;

⁷⁰⁴ Ibid.

⁷⁰⁵ O NCPC/2015, em seu artigo 926, contemplou, a partir daquilo que se convencionou chamar de emenda *dworkiana/streckiana*, a integridade e a coerência do direito, tudo ao professar o seguinte: Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

⁷⁰⁶ Id. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 32, jul./dez. 2011a.

⁷⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011a.

⁷⁰⁸ O §1º do artigo 489 do NCPC/2015 contemplou, pode-se dizer, esse dever de *accountability* da decisões judiciais, tudo ao disciplinar o seguinte: Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

e) Princípio Cinco: o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada: Há, pois, um direito fundamental ao cumprimento da Constituição. Mais do que isso, trata-se de um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição ou, se assim se quiser, uma resposta constitucionalmente adequada (ou, ainda, uma resposta hermeneuticamente correta em relação à Constituição). Antes de qualquer outra análise, deve-se sempre perquirir a compatibilidade constitucional da norma jurídica com a Constituição e a existência de eventual contradição. Deve-se sempre perguntar se, à luz dos princípios e dos preceitos constitucionais, a norma é aplicável ao caso. Mais ainda, há de se indagar em que sentido aponta a pré-compreensão (*Vorverständnis*), condição para a compreensão do fenômeno. Para interpretar, é necessário compreender (*verstehen*) o que se quer interpretar. Este “estar diante” de algo é condição de possibilidade do agir dos juristas: a Constituição.⁷⁰⁹ O direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, mais do que o assentamento de uma perspectiva democrática (portanto, de tratamento equânime, respeito ao contraditório e à produção democrática legislativa), é um “produto” filosófico, porque caudatário de um novo paradigma que ultrapassa o esquema sujeito-objeto predominante nas duas metafísicas (clássica e moderna).⁷¹⁰

5.3.7 As únicas seis hipóteses pelas quais o juiz ou o Tribunal não está obrigado a aplicar a lei ou o texto legal

Por derradeiro, compreendemos que a legislação democraticamente construída deve ser necessariamente resguardada, de modo que a (in)aplicação do arcabouço normativo infraconstitucional restará sempre condicionada ao exercício da jurisdição constitucional – o contrário representaria provável e seguramente uma decisão ativista.

Logo, à luz da CHD de Lenio Streck, seriam apenas *seis* as hipóteses pelas quais os juízes e tribunais *não* estariam obrigados a aplicar determinada lei ou dispositivo legal, hipóteses estas, reitera-se, inexoravelmente vinculadas ao chamamento da jurisdição constitucional: **a)** o ato normativo é inconstitucional, assim declarado via controle difuso ou controle concentrado de constitucionalidade; **b)** aplicação dos critérios de resolução de antinomias (*Lex posterior derogat legi priori*; *Lex specialis derogat legi generalis*; *Lex superior*

⁷⁰⁹ STRECK, op. cit.

⁷¹⁰ Ibid.

derogat legi inferior); **c)** interpretação conforme à Constituição; **d)** nulidade parcial sem redução de texto; **e)** nulidade parcial com redução de texto; **f)** a regra jurídica (aplicada ao caso concreto) viola um princípio constitucional.⁷¹¹

A intervenção jurisdicional neste campo só poderia restar efetivada se alinhada para com tais princípios. E com outros, diga-se de passagem, como que em um condicionamento recíproco. Nesse caminhar, se a jurisdição constitucional passa a ser, neste estágio, verdadeira condição de possibilidade da democracia, parece-nos evidente que ela ou o respectivo exercício não podem atacar o próprio regime. Logo, p. ex.: a formulação de políticas públicas cabe aos poderes Legislativo e Executivo, uma vez que essas opções são uma decorrência da democracia representativa e, por vezes, da participativa. Não cabe aí uma manifestação jurisprudencial, portanto.⁷¹² Já “[...] nos casos de ineficiência ou omissão na execução das políticas públicas, cabe[ria] a intervenção judicial”.⁷¹³ Aí podem aparecer algumas situações. O Judiciário está autorizado a intervir, quando o poder público não fizer o aporte exigido na Constituição.⁷¹⁴ Dentro dessa perspectiva, é de se concluir que as decisões judiciais envoltas à questão do adimplemento das políticas públicas, seja na saúde ou em qualquer outra prestação de caráter social negada pelo Estado-executivo ou pelo Estado-legislativo,

[...] não devem ser pautadas pelo casuísmo, ou no dizer de Streck (2008:99), de modo solipsista, mas dentro de uma perspectiva de cumprimento do texto constitucional, em busca da resposta adequada dentro dos parâmetros preceituados pela Constituição Federal, sob pena de não haver avanços para as próximas gerações.⁷¹⁵

A jurisdição constitucional vez mais tem sido chamada a se manifestar sobre os temas mais variados e, em muito, para garantir os direitos fundamentais-sociais do cidadão. A judicialização da política, por fatores de natureza contingencial, é marcante no espaço público brasileiro. Porém, não pode o Judiciário utilizar a judicialização dessas matérias como álibi à prática de ativismos (decisionismos e discricionariedades). O ativismo judicial, como

⁷¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014d.

⁷¹² LIMBERGER, Temis. Direito à saúde e políticas públicas: a necessidade de critérios judiciais, a partir dos preceitos constitucionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 180-199, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/7534/6028>>. Acesso em: 9 dez. 2018.

⁷¹³ Ibid., p. 195.

⁷¹⁴ Ibid.

⁷¹⁵ STRECK, 2008 apud LIMBERGER, Temis. Direito à saúde e políticas públicas: a necessidade de critérios judiciais, a partir dos preceitos constitucionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 196, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/7534/6028>>. Acesso em: 9 dez. 2018.

demonstrado, é um fenômeno que deriva de elemento volitivo do intérprete-aplicador, a partir do qual o direito ou a sua autonomia estaria (e assim o é!) a ser substituído pela vontade do próprio, materializada, ao final e ao cabo, por argumentos de moral e de política (e/ou de economia, não raro). A judicialização da política (da vida ou do social), assim sendo, não é um mal em si. O ativismo, por outro lado, já foi dito, é sempre nocivo, representando, sobremaneira, o soçobrar do Direito em prol das convicções pessoais do intérprete.

5.4 O ativismo judicial eleitoral na berlinda: uma crítica hermenêutico-constitucional dos fundamentos do julgamento da chapa presidencial (eleita em 2014) pelo Tribunal Superior Eleitoral - de como os votos vencedores (em parte) e os votos vencidos não resistem a um controle hermenêutico e constitucional

Em 17 de junho de 2017 o julgamento da “Chapa Dilma-Temer” se consumou perante o TSE, ocasião na qual, por maioria de quatro votos a três, as ações foram julgadas totalmente *improcedentes*. Votaram pela cassação os Ministros Herman Benjamin, Rosa Weber e Luiz Fux. Votaram pela absolvição os Ministros Gilmar Mendes, Admar Gonzaga, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto e Napoleão Nunes Maia. Por apertada maioria, portanto, as ações foram julgadas *improcedentes*, negando-se, dessa maneira, a cassação dos diplomas – e dos mandatos – outorgados aos candidatos majoritários eleitos na eleição presidencial de 2014.

Duas questões despontaram como as mais relevantes no curso deste emblemático caso jurídico, quais sejam: o debate acerca da “*estabilização da demanda*” e da “*(im) possibilidade de o juiz eleitoral produzir provas de ofício*”, isso em sede de arguição *preliminar*, além do efetivo *julgamento de mérito* da controvérsia.

Os votos proferidos, vencedores (ao menos em parte) e vencidos, contaram, no entanto, com diversas incongruências, as quais não passam, pois, por um mínimo crivo hermenêutico-constitucional, na esteira da CHD de Lenio Streck. Noutras palavras, o julgamento da Chapa Dilma-Temer pelo TSE, sobretudo naquilo que representou o cerne do debate travado no âmbito da jurisdição eleitoral de teto, contou com diversas anomalias insustentáveis hermenêutica e constitucionalmente, cristalizando, pois, exemplo clarividente de um ativismo judicial na Justiça Eleitoral brasileira.

Com relação à matéria de índole *preliminar*, naquilo que se refere à “*estabilização da demanda*”, discutiu-se acerca da possibilidade de alargamento da causa de pedir fática, para além dos limites da petição inicial e do prazo decadencial hábil à propositura das ações correspondentes – até 15 dias após a diplomação dos eleitos, quanto às novas provas trazidas

aos autos no curso do feito, que dariam conta de desvios de recursos públicos da “Petrobrás” para a campanha eleitoral de 2014 e da chamada “fase Odebrecht” – delações premiadas dos executivos, ocasião na qual se imputou aos demandados outros ilícitos que não aqueles descritos na inicial, dentre eles o próprio despejo direto de recursos públicos na campanha eleitoral.

A questão é(ra) que a inicial nada referiu concretamente acerca destes fatos e provas. Arelado a isso, de igual modo, discutia-se a “ilicitude da prova referente à Odebrecht por se originar em vazamento de colaboração premiada”, o “cerceamento de defesa” e os “limites instrutórios do juiz na colheita de provas referentes à empresa Odebrecht”, sobretudo porque, por ordem e requerimento do Ministro Relator, foram produzidas várias provas novas, não requeridas pela acusação, tampouco pela defesa, provas, aliás, que deram conta de fatos que não compuseram a causa de pedir fática das demandas propostas contra os representados.

Já quanto ao *mérito*, de mais a mais, discutiu-se, evidentemente, se havia falar ou não na prática de abuso de poder econômico, abuso de poder político e “caixa dois” pelos candidatos majoritários eleitos no processo eleitoral de 2014, o que deveria ter se dado à luz dos estritos limites dos elementos constantes dos autos, não em fatores externos, como ocorreu.

A decisão pela improcedência dos pedidos gerou “certo anticlímax (que tomou) conta dos que ansiavam pela consumação do ‘Fora, Temer’”, como afirmam Roberta Maia e Fernando Neisser.⁷¹⁶ Parte dos que se frustraram, seguem os autores, desabafa: “a decisão foi política, não jurídica”⁷¹⁷. Apesar do ineditismo de se haver julgado o mérito de pedido de cassação dirigido contra um mandato presidencial, aquela afirmação é o mais frequente bordão dito ao final de julgamentos da Justiça Eleitoral. Seja quando se conclui pela cassação, seja quando se conclui pela manutenção do eleito, é muito possível que se ouça esse veredicto. Mas o que anima esse tipo de afirmação? Mais frequentemente, trata-se de uma reação à insatisfação com o resultado previamente esperado. O dispositivo da decisão, se contrário à expectativa do indivíduo, corre sério risco de ser tachado de “político”. Raramente promove-se o adequado teste de legitimidade de uma decisão judicial: o exame da fundamentação adotada na decisão.⁷¹⁸

Eis a nossa proposta, portanto. E, para tanto, procuraremos extrair dos votos, especialmente dos vencidos, tais inconsistências aqui denunciadas, demonstrando, pois, que

⁷¹⁶ GRESTA, Roberta Maia; NEISSER, Fernando Gaspar. Análise completa do julgamento da chapa Dilma/Temer pelo TSE. **Justificando**, [S.l.], 16 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/06/16/analise-completa-do-julgamento-da-chapa-dilma-temer-pelo-tse/>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁷¹⁷ Ibid.

⁷¹⁸ Ibid.

elas não se sustentam ante a CHD – p. ex. “verdade real”, “livre convencimento”, “clamor popular”, “vontade das ruas”, “juiz-ator”, “art. 23 da LC n. 64/90”, etc.

5.4.1 Fase preliminar do julgamento

Dos quatro dias de julgamento no TSE, praticamente três foram tomados com o exame de questões processuais. Isso porque ali estava concentrada a principal tensão a ser resolvida: se a ação seria julgada com base apenas em fatos aduzidos nas petições iniciais ou se outros, alegados posteriormente, deveriam ser levados em consideração. O debate girava em torno da “estabilização da demanda”, prevista atualmente no art. 329 do CPC/2015, em função da qual a causa de pedir fática e a jurídica se tornam imutáveis a partir da conclusão da fase postulatória do processo. Há um objetivo de eficiência processual comumente associado à estabilização, que é evitar a prática de atos inúteis – porquanto sem relação como o que será julgado – na fase instrutória. Mas há também um viés garantista na regra: uma vez que vincula também o juiz, a estabilização consolida a preclusão *pro judicato*, assegurando que a decisão final atenda ao princípio da não surpresa. A regra processual não era, certamente, desconhecida de qualquer dos Ministros. Mas o debate se travou sobre: 1) a possibilidade de desconsideração dessa regra no âmbito das ações eleitorais; 2) a existência de prévia decisão pelo alargamento da demanda, em Agravo Interno julgado na AIME 7-61; 3) o destino a ser dado às provas da denominada “fase Odebrecht”⁷¹⁹.

A abertura do voto do Ministro *Herman Benjamin*, Relator do feito, encaminhou-se no sentido de reivindicar o tratamento da AIJE como *investigação*. Destacando a nomenclatura “ação de investigação judicial eleitoral”, trazida no art. 22 da LC 64/90, afirmou ele que o procedimento tem por finalidade última descortinar e punir ilícitos, tanto alegados inicialmente quanto revelados no curso da ação. Sustentou ainda que as ações eleitorais, pelo interesse público de seu objeto, devem possibilitar a apuração da chamada “verdade real”. E ressaltou que essa compreensão é respaldada pelo art. 23 da LC 64/90, que chega a permitir ao Tribunal decidir com base em quaisquer indícios, presunções, circunstâncias e fatos que “preservem o interesse público de lisura eleitoral”, mesmo aqueles não indicados ou alegados pelas partes.⁷²⁰ As provas em voga deveriam ser acolhidas e apreciadas, compreendeu o Relator.

⁷¹⁹ GRESTA, Roberta Maia; NEISSER, Fernando Gaspar. Análise completa do julgamento da chapa Dilma/Temer pelo TSE. **Justificando**, [S.l.], 16 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/06/16/analise-completa-do-julgamento-da-chapa-dilma-temer-pelo-tse/>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁷²⁰ Ibid.

Aqui começaram os problemas. Em que pese à nomenclatura, a AIJE se afigura como um processo judicial, devendo-se, dessa maneira, fazer valer a *normatividade constitucional*, especialmente os princípios constitucionais da *ampla defesa*, do *contraditório* e do *devido processo legal* (CF, art. 5º, inc. LIV e LV). A questão é que, ao afirmar que a AIJE seria uma “investigação”, o *Relator* do feito, ignorando a necessária *imparcialidade do juiz*, lançou-se na condição de verdadeiro *inquisidor*, produzindo inúmeras provas – documentais e testemunhas, além de periciais – sem que nenhuma das partes as tenha requerido, e em manifesto prejuízo da defesa, diga-se.

Sobre a problemática, foi dito pelo Ministro Herman Benjamin que: “*Na Justiça Eleitoral, os poderes instrutórios do Juiz são amplos, com base nos interesses públicos indisponíveis e relevantes que tutela, na lisura eleitoral e no poder-dever de buscar a verdade real*”.⁷²¹ (grifo nosso). De mais a mais, foi consignado no voto proferido pelo *Relator* que:

*Não viola os poderes instrutórios do Juiz a coleta de provas ex officio pelo Juízo Eleitoral na Ação de Investigação Judicial Eleitoral, na Ação de Impugnação de Mandato Eletivo e na Representação pelo art. 30-A, considerando-se o bem jurídico dessas ações: a legitimidade e a normalidade do processo eleitoral, cuja lisura é elemento essencial do valor democrático no regime político brasileiro. (Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 194358, Acórdão, Relator(a) Min. Herman Benjamin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 12/09/2018, Página 48-54).*⁷²² (grifo nosso).

Com isso, o *Relator* do feito defendeu o acolhimento das provas relativas à Odebrecht, mesmo que tais fatos não tenham sido trazidos nas iniciais, representando, portanto, inovações na demanda. De igual modo, ao final e ao cabo, defendeu-se a produção de provas por parte do próprio magistrado, o que restaria legitimado pelo *interesse público na lisura eleitoral*, bem assim pela *verdade real*, além do art. 23 da LC n. 64/90.

Divergiram, contudo, os Ministros Napoleão Maia, Admar Gonzaga, Tarcísio Vieira e Gilmar Mendes, tudo por entenderem que o acolhimento destas provas, produzidas a destempo, afrontaria o *devido processo legal*, o *rito processual* constante do artigo 22 da LC nº 64/90 e

⁷²¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 194358. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, [9 de junho de 2017]. **DJE**, Brasília, DF, p. 49, 12 set. 2018b.

⁷²² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 194358. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, [9 de junho de 2017]. **DJE**, Brasília, DF, p. 49, 12 set. 2018b.

garantia da *estabilização da demanda*⁷²³⁻⁷²⁴. E acertaram, afinal, o *rito processual subjacente não autorizaria tal prática e não houve qualquer declaração de inconstitucionalidade*, de modo a não aplicarem-se os dispositivos legais correspondentes. Decidir como decidiu o Relator *representaria deixar de aplicar um dispositivo legal sem o atravessamento da jurisdição constitucional*. Além disso, considerada a *natureza acusatória do processo judicial eleitoral*, não haveria como aceitar que o juiz produzisse provas a seu bel-prazer, o que o transformaria em *inquisidor e sepultaria a necessária imparcialidade*, considerada a *equidistância* que o julgador deve manter em relação às partes. Além disso, afrontaria, pois o *devido processo legal* e o *contraditório – paridade de armas*. Os votos vencedores, portanto, se afiguraram aqui como corretos. A resposta por eles consagrada foi uma *resposta constitucionalmente adequada*.

Os demais Ministros (Luiz Fux e Rosa Weber) insistiram, em contrapartida, mediante um olhar *consequencialista* e por meio de *argumentos de moral*, para ficar claro, que, uma vez já ajuizadas as ações, “esse aspecto constituiria filigrana”⁷²⁵. Nas palavras do Min. Luiz Fux, seria “[...] impossível uma corte descobrir e não levar em consideração. Nós somos uma corte. Avestruz é que enfia a cabeça no chão”⁷²⁶. Atacou-se, com isso, a *autonomia do Direito*, afinal, pelo que se depreende, *o Direito (Eleitoral) acabou predado pela moral*.

A esse respeito, o Min. Gilmar Mendes afirmou (acertadamente) que:

[...]. Não se trata de apelo exagerado às formalidades processuais, mas de respeito à aplicação do devido processo legal no Direito Eleitoral. O processo eleitoral tem um *ethos* que é o de resolver pendências com uma dada celeridade, mas também não produzir instabilidade.⁷²⁷ (grifo nosso).

⁷²³ Vejamos o que disse sobre a polêmica o Min. Gilmar Mendes, *verbis*: “[...]. Não se trata de apelo exagerado às formalidades processuais ressaltou, mas de respeito à aplicação do devido processo legal no Direito Eleitoral. O processo eleitoral tem um *ethos* que é o de resolver pendências com uma dada celeridade, mas também não produzir instabilidade”. TEIXEIRA, Matheus. “Há evidente extrapolação do objeto”, diz Gilmar sobre ação de cassação da chapa. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 jun. 2017a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-08/evidente-extrapolacao-objeto-gilmar-tse>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁷²⁴ Também, por oportuno, cite-se a manifestação do Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, *litteris*: “[...]. Na minha visão, fatos estranhos à causa de pedir não podem ser considerados hoje, o que não quer significar impunidade. Os fatos não só podem, como devem ser investigados, mas pela competência adequada. A competência é o primeiro limite do poder do juiz. [...]”. *Ibid.*

⁷²⁵ GRESTA, Roberta Maia; NEISSER, Fernando Gaspar. Análise completa do julgamento da chapa Dilma/Temer pelo TSE. **Justificando**, [S.l.], 16 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/06/16/analise-completa-do-julgamento-da-chapa-dilma-temer-pelo-tse/>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁷²⁶ *Ibid.*

⁷²⁷ TEIXEIRA, Matheus. “Há evidente extrapolação do objeto”, diz Gilmar sobre ação de cassação da chapa. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 jun. 2017a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-08/evidente-extrapolacao-objeto-gilmar-tse>>. Acesso em: 14 out. 2018.

Com relação à discussão preliminar que norteou este julgamento, percebe-se claramente que os votos tendentes a acolherem as provas derivadas de delações premiadas originárias da chamada “Fase Odebrecht” contaram com vários vilipêndios constitucionais, legais e hermenêuticamente insustentáveis, tais como: a) verdade real (que, no Brasil, é um paradoxo em si, pois, se a “verdade real” (sic) é algo vinculado à era objetivista/essencialista, tem sido utilizada, aqui, como um álibi argumentativo destinado justamente ao oposto, ou seja, ao subjetivismo que, ao final e ao cabo, dará vazão a uma postura desveladamente inquisitivista por parte do julgador); b) livre convencimento (motivado ou não, não importa); c) *vilipêndios a ritos processuais* (que são garantias, controles de poder), calcados em argumentos como “a prova é do juízo” ou “o juiz tem liberdade de apreciação e produção da prova”; d) *acolhimento de provas extemporâneas*, de surpresa, em afronta a ritos processuais, bem como ao princípio do contraditório; e com provas ilícitas acolhidas, a partir de “ponderações” (sic), com lastro em argumentos discricionários e abstratos e, como tais, facilmente manipuláveis, como o “interesse público” (de quem?) ou o “bem comum” (?), mesmo que a Carta impeça que qualquer indivíduo seja investigado, denunciado, processado e condenado com base em elementos probatórios obtidos por meios ilícitos; e) “*provas inquisitoriais fundamentando decisões judiciais*”; f) *produção de provas por parte do Judiciário Eleitoral*, que insiste em atuar na produção probatória, vindo a atacar, de morte, a estrutura do processo, que impõe, por força do princípio do contraditório, a paridade de armas entre as partes, além da equidistância que o julgador deve manter em face das mesmas; e g) a *baixa constitucionalidade* verificada no caso, especialmente vislumbrada a partir da aplicação de dispositivos legais claramente inconstitucionais, que, por sua vez, denunciam muito bem o cenário que paira sobre o Direito Eleitoral brasileiro, pautado que é em um nada velado protagonismo pretoriano ou, no caso, em um inquisitivismo indiscretamente arraigado (artigo 7º, § único⁷²⁸, artigo 22, VI⁷²⁹ e artigo 23⁷³⁰, da LC 64/90).

Com relação à citada *verdade real* e ao pretense *livre convencimento do juiz* calha afirmar, na esteira da CHD de Lenio Streck, que tal “dogma” não passa de algo já consolidado no “senso comum teórico dos juristas”, que se coloca na “[...] contramão dos avanços proporcionados pela viragem linguística. Os citados ‘princípios’ nada mais são do que a

⁷²⁸ “O Juiz, ou Tribunal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento”.

⁷²⁹ “Nos 3 (três) dias subsequentes, o Corregedor procederá a todas as diligências que determinar, ex officio ou a requerimento das partes”.

⁷³⁰ “O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral”.

confissão da prevalência do esquema sujeito-objeto. Por isso a desnecessidade de uma crítica mais alongada”.⁷³¹ A *verdade real* é mencionada nada menos do que em *vinte e sete (27) oportunidades* no referido acórdão. Já o *livre convencimento* é referido por *sete (07) vezes*.

A esse respeito, ilustrativa é a crítica de Lenio Streck, segundo a qual “[...] a ideia de ‘verdade real’ remete para um conceito de verdade em correspondência com a realidade, com a ‘coisa objeto do conhecimento’”.⁷³² Ilustrativa, nesse sentido, seria a imagem de um juiz que não passava (na verdade, ainda hoje é assim) de um juiz que era um produto mixado por dois modelos filosóficos (melhor dizendo, vulgatas de dois modelos): ao mesmo tempo em que “cava” a prova ao seu talante (sendo, assim, um subjetivista), utiliza-se, ideologicamente, do “mito do dado” para dar “pureza” ao “produto escavado”. Este me parece ser o *busílis* da questão. Ocorre que ambos os paradigmas (objetivista e subjetivista) estão mortos. Destarte, por que a verdade real, fruto de uma mixagem de paradigmas absolutamente antagônicos, ainda nos persegue?⁷³³

O “livre convencimento” é utilizado como uma espécie de “pedra filosofal da hermenêutica” (ou o santo graal da interpretação). Isto porque, por ele — o livre convencimento — pode-se fazer (e afirmar) qualquer coisa.⁷³⁴ E isto, a toda evidência, não é democrático. O princípio do contraditório deve ser respeitado, afinal, é um princípio, e, como tal, é deontológico.⁷³⁵ E, sem falar noutras coisas, a Constituição exige a fundamentação/motivação

⁷³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b. p. 535.

⁷³² Id. A verdade das mentiras e as mentiras da verdade (real). **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 nov. 2013a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-28/senso-incomum-verdade-mentiras-mentiras-verdade-real>>. Acesso em: 8 dez. 2018.

⁷³³ STRECK, Lenio Luiz. A verdade das mentiras e as mentiras da verdade (real). **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 nov. 2013a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-28/senso-incomum-verdade-mentiras-mentiras-verdade-real>>. Acesso em: 8 dez. 2018.

⁷³⁴ Id. O Direito AM/DM (antes e depois do mensalão). **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 set. 2012b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-27/senso-incomum-direito-am-dm-antes-depois-mensalao>>. Acesso em: 8 dez. 2018.

⁷³⁵ “[...]. Há sempre, pois, uma diferença entre o que é ‘correto’ em abstrato e aquilo que é verdadeiro em concreto (na *applicatio*). Se o convencimento e a apreciação da prova se dão de maneira ‘livre’ (*sic*) — aliás, essa tese é impossível de provar filosoficamente — pode o magistrado condenar nessas circunstâncias, dando prevalência à palavra da suposta vítima? Claro que não! Portanto, há que se ter muito cuidado com jargões e lendas urbanas. Decidir e depois fundamentar? O que importa referir é que, independentemente da raiz histórica, nada justifica que parte da comunidade jurídica ainda se apegue a tais concepções, a não ser a insistência em manter um modelo incompatível com a República e que se torna autorreferencial. Fundamenta-se em si próprio, mesmo que de forma flagrantemente inautêntica. [...]. Permito-me afirmar: Um processo penal constitucional se pauta em um Ministério Público responsável por perseguir provas e acusar quando cabível for, uma defesa plena e com paridade de meios, e um magistrado independente e imparcial que se limite a decidir com base nas provas produzidas sob o crivo do contraditório e amarrado à necessidade de fundamentar cada uma de suas decisões, nos termos da Constituição. É esse seu compromisso e seu dever político de decidir conforme o Direito. Por que estou dizendo isso? É porque, no fundo, corremos o risco, no futuro — pela importância real e simbólica que tem a Suprema Corte —, de os juízes passarem a aproveitar provas colhidas sem contraditório, além de se sacramentar algo que nem está no CPP: O tal do livre convencimento (motivado). Alguém dirá: Mas está na doutrina. Mas a doutrina pode estar tão atrasada? Se a doutrina insiste na existência do livre convencimento ou

das decisões judiciais (CF, art. 93, IX). A *verdade real (sic)*, por sua vez, é apenas um álibi retórico, e não deve legitimar a produção de provas por parte do Judiciário (sob pena de afronta à paridade de armas, o que também é uma questão de princípio).⁷³⁶

Há claro *descompasso de paradigmas filosóficos* nesse mantra da *verdade real*, como se, ainda hoje, pudéssemos sufragar uma espécie de “metafísica jurídica”, *in casu* inspirada, de um lado, pelo paradigma da metafísica clássica (de perfil objetivista), no qual, *grosso modo*, havia o império da coisa/objeto sobre o sujeito, ou seja, os sentidos estavam nas coisas, e, de outro, na metafísica moderna (de índole subjetivista), na qual havia o império do sujeito sobre a coisa ou o sujeito assujeitador do objeto, isto é, o sentido estaria na mente (na consciência de si do pensamento pensante, parafraseado Streck).

Já quanto ao *acolhimento de provas para além da causa de pedir fática* constante das iniciais, bem assim a respeito da *produção de provas pelo magistrado*, há clarividente *afronta*

na livre apreciação da prova, então é porque ela mesma é, por assim dizer, ‘inconstitucional’. No mínimo, é aparádigmáticas. Depois não venham os doutrinadores se queixarem de heterodoxias... Há uma lógica na discussão da ‘questão da prova’. Se o sistema é inquisitório, então o juiz é inquisitivista. Trata-se, queiramos ou não, de um ‘presidencialismo processual’. Nele, o juiz busca provas de ofício, inquirir as testemunhas do seu modo (sem obedecer aos ditames claros do artigo 212 do CPP) e coloca a sua subjetividade no lugar das próprias provas. Afinal, se ele ‘ente’ que o réu é culpado, poderá dizer que o conjunto probatório induz a uma conclusão (essa espécie de ‘método indutivo’ pode ser lida no voto do ministro Dias Toffoli, na AP 481, que, paradoxalmente, volta-se contra a própria posição do ministro na apreciação do *case* mensalão). Mais. Filosoficamente, não tem qualquer sentido dizer que o livre convencimento, por ser ‘motivado’, torna-se compatível com a Constituição. Desde quando a motivação-fundamentação supre algo que lhe é condição de possibilidade? Explico. Se tenho ‘livre convencimento’, então não tenho compromisso com a efetiva prova dos autos (sou ‘o sujeito’ que ‘assujeita’ o objeto, a coisa, o processo... isso na filosofia tem nome!). Afinal, ‘minha convicção é livre’. Então, o que estaria por trás disso? Simples: o fato de que ‘primeiro eu decido e, só depois, vou buscar o fundamento’. Só que isso transforma a sentença em um ato teleológico e não deontológico. Sentença não vem de *sentire* (desafio alguém, em 2012, a me demonstrar o contrário). Sentença não é escolha. Sentença é um ato de responsabilidade política, como diz Dworkin. Impossível, no plano filosófico, dizer que primeiro se decide para depois fundamentar... É como se fosse possível atravessar o ‘abismo gnosiológico’ do conhecimento e, depois, retornar para construir a ponte pela qual já se passou... Ou, simplesmente, alguém atravessar de uma montanha a outra e, depois, retornar para construir a ponte pela qual já passou. Se alguém decide e depois fundamenta, faz, na verdade, uma teleologia, colocando-se fora do paradigma da intersubjetividade. Portanto, fora da democracia. Lamento informar. Acreditar no livre convencimento é igualar a decisão ao que Hans Kelsen, no oitavo capítulo de sua TPD, destinava para a decisão jurídica: um ato de mera política jurídica (como se sabe, Kelsen não dava importância ao ato de decidir... para ele, isso não era ciência jurídica). Só que ele era um pessimista moral. Por isso, a sua Ciência do Direito era uma metalinguagem sobre a linguagem objeto... Mas, infelizmente, isso parece ser muito complexo para uma parte da comunidade jurídica. Portanto, falar em livre convencimento (motivado ou não) é uma contradição performativa. Isso vale também para o processo civil. O que acontece é que a doutrina processual — parcela considerável dela — não ultrapassou os marcos da filosofia da consciência (na verdade, de sua vulgata). [...]’ (grifo do autor). STRECK, Lenio Luiz. O Direito AM/DM (antes e depois do mensalão). **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 set. 2012b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-27/senso-incomum-direito-am-dm-antes-depois-mensalao>>. Acesso em: 8 dez. 2018.

⁷³⁶ Sobre o tema: “A (IN)CONSTITUCIONALIDADE NA/DA DECISÃO JUDICIAL ELEITORAL (RE)VESTIDA COM O MANTO DA VERDADE REAL”, ver: NUNES, Georgia Ferreira. A (in)constitucionalidade na/da decisão judicial eleitoral (re)vestida com o manto da verdade real. In: MORAIS, José Luiz Bolzan de; MAZZA, Willame Parente. **Estado contemporâneo: direitos humanos, democracia, jurisdição e decisão**. Curitiba: Juruá, 2014.

ao princípio do contraditório por parte dos votos inclinados a dar guarida a tais elementos probatórios inovantes, frutos, pois, de delações premiadas surgidas no curso do feito.⁷³⁷

Se o *contraditório* é um princípio — definitivamente o é —, então, como afirma Streck, “possui densidade normativa”⁷³⁸. É, pois, deontológico e vinculante. Logo, de que modo uma prova produzida sem respeitá-lo pode estar apta a servir de subsídios para condenar? Se as decisões devem ser fundamentadas, como conjugar isso com o tal “livre convencimento”? Há uma questão óbvia aqui: se o convencimento é livre (*sic*), a eventual motivação não é mais que uma capa de sentido posta para escamotear sua concepção realizada livremente, de forma que perderá relevância o fato de se observar ou não a imposição de *due process of law*⁷³⁹.

Além disso, ignorou-se, com isso, o *rito processual* constante do art. 22, *caput*, da LC n° 64/90, segundo o qual:

Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou

⁷³⁷ Nos autos da PET n°. 5700, originária do Distrito Federal, o Ministro do STF, Celso de Mello, deu verdadeira aula acerca deste controverso instituto, desmitificando muito do que vem sendo dito pela dogmática jurídica contemporânea nestas bandas do Brasil: “Nenhuma condenação penal pode ser proferida se for fundamentada unicamente em depoimento prestado em delação premiada, mesmo que diversos delatores façam a mesma acusação. [...] A decisão traz praticamente um manual com os limites da delação premiada. O ministro ressalta que a delação premiada é um instrumento de obtenção de prova, e não meio de prova. Caso contrário, o Estado estaria incentivando falsas denúncias feitas sob o pretexto de colaborar com a Justiça, o que geraria erros judiciários e condenações de pessoas inocentes, analisou. O decano do STF argumenta que nenhum juiz pode usar a ‘corroboração recíproca ou cruzada’, ou seja, não pode ‘impor condenação ao réu pelo fato de contra este existir, unicamente, depoimento de agente colaborador que tenha sido confirmado, tão somente, por outros delatores’. O ministro também destacou que não se pode manter um acusado preso preventivamente como forma de extrair dele uma colaboração premiada, algo que viola os direitos fundamentais previstos na Constituição. Celso de Mello ainda aponta que o acusado e seus advogados têm direito a todos os documentos do inquérito, incluindo a íntegra dos depoimentos de delatores. ‘Esse postulado assume inegável importância no plano das garantias de ordem jurídica reconhecidas ao investigado e ao réu, pois, como se sabe, o princípio da comunhão (ou da aquisição) da prova assegura ao que sofre persecução penal — ainda que submetida esta ao regime de sigilo — o direito de conhecer os elementos de informação já existentes nos autos e cujo teor possa ser, eventualmente, de seu interesse, quer para efeito de exercício da autodefesa, quer para desempenho da defesa técnica’, diz a decisão. Traçados os limites do uso das delações premiadas, Celso de Mello explica que a investigação penal é um ‘incontornável dever jurídico do Estado’, e a devida resposta do poder público à notícia de um crime, mesmo que ela venha de depoimento de colaboração com a Justiça. A seu ver, a polícia e o Ministério Público somente podem deixar de apurar um delito se for evidente a inexistência de delito — algo não verificado nos relatos de Pessoa que mencionam Mercadante e Nunes. No entanto, esclarece que a mera instauração de inquérito penal não tira a presunção de inocência dos investigados — isso só ocorre após o trânsito em julgado de decisão condenatória. E a culpa deve ser provada sempre pelo Estado, apontou. [...]”. RODAS, Sérgio. Decisão de Celso de Mello traz manual completo acerca da delação premiada. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 14 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-14/delacao-justifica-investigacao-nao-sentenca-celso-mello>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

⁷³⁸ STRECK, Lenio Luiz. O Direito AM/DM (antes e depois do mensalão). **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 set. 2012b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-27/senso-incomum-direito-am-dm-antes-depois-mensalao>>. Acesso em: 8 dez. 2018

⁷³⁹ Ibid.

*utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político [...].*⁷⁴⁰ (grifo nosso).

As provas devem ser trazidas ou ao menos indicadas por ocasião da inicial, portanto. Não há espaço para inovações.

Não obstante isso, *sem a atração da jurisdição constitucional*, e ignorando as *seis hipóteses* pelas quais o juiz não estaria obrigado a aplicar a lei ou o texto legal, tal e qual ensina a CHD – *a) o ato normativo é inconstitucional, assim declarado via controle difuso ou controle concentrado de constitucionalidade; b) aplicação dos critérios de resolução de antinomias (Lex posterior derogat legi priori; Lex specialis derogat legi generalis; Lex superior derogat legi inferior); c) interpretação conforme à Constituição; d) nulidade parcial sem redução de texto; e) nulidade parcial com redução de texto; f) a regra jurídica (aplicada ao caso concreto) viola um princípio constitucional* –, os votos inclinados a dar acolhimento às novas provas (delações da Odebrecht, basicamente) passaram por cima do referido dispositivo legal, transformando o processo judicial eleitoral em claro instrumento de *inquisição*, ao arrepio, portanto, da *legalidade constitucional* (contraditório, imparcialidade do juiz, devido processo legal) e da *legalidade estrita* (art. 22 da LC n. 64/90).

Ocorre, no entanto, na esteira das lições de Lenio Streck, que os Tribunais “[...] devem decidir responsabilidade política. Não para agradar A ou B; não para aliviar a própria consciência; não para moralizar o direito. Juiz não constrói leis; segue padrões interpretativos”.⁷⁴¹ Doa a quem doer. Incomode quem incomodar. Contra tudo e contra todos, se o direito do réu existe e está comprovado, deve conceder o habeas corpus ou absolver, mesmo que, internamente, pense que o acusado deva ser frito no inferno⁷⁴², apenas para exemplificar. Se determinado cidadão faz jus ao deferimento do registro de candidatura, deve-se deferi-lo e deixar que o povo decida o seu destino nas urnas, por mais controverso que o sujeito seja. Se não há provas contundentes acerca de determinada acusação, deve-se absolver o indivíduo, e não julgar com lastro em indícios e presunções. Provas inquisitoriais não devem ser aproveitadas, afinal, isto é uma questão de princípio (contraditório). O livre convencimento não deve ser trazido como álibi argumentativo em uma decisão. Trata-se de algo inconstitucional. É um absoluto resquício de tempos inquisitivistas, além de representar uma contradição em

⁷⁴⁰ 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: 10 out. 2018.

⁷⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. O que é decidir por princípios? A diferença entre a vida e a morte. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/senso-incomum-decidir-principios-diferenca-entre-vida-morte>>. Acesso em: 9 dez. 2018.

⁷⁴² Ibid.

termos. O inquisitivismo está sustentado “[...] em um paradigma filosófico ultrapassado, no qual o ‘sujeito’ assujeita o ‘objeto’. [...]”.⁷⁴³ O ônus da prova não deve ser invertido, de modo a legitimar condenações. Passados trinta anos da promulgação da Constituição, já deveríamos ter aprendido que quem acusa deve provar o fato da acusação, pois. Por pior que possa parecer o acusado, por mais que se diga que ele é corrupto ou algo do tipo, não é ele quem deve provar a inocência, mas acusação provar o contrário (trata-se, novamente, de uma questão de princípio – presunção de inocência). Igualmente, a moral não deve servir como álibi retórico-argumentativo-interpretativo. O Direito deve ser respeitado no seu grau de autonomia. E Direito não é moral. A moral (*a la carte*, como sempre), já foi dito, não corrige o Direito.

Também o *artigo 23 da LC nº 64/90*, que autoriza que o juiz produza *provas de ofício* e julgue com base *em presunções e fatos não constantes dos autos ou alegados pelas partes* com o fito de resguardar o “*interesse público de lisura eleitoral*”, foi insistentemente citado. Sobre o tema, diga-se de passagem, já há críticas de importantes juristas brasileiros, como Lenio Streck, Francisco Motta, Rafael Tomaz de Oliveira, Roberta Maia Gresta, Luiz Fernando Pereira e Fernando Neisser.

O *artigo 23 da LC nº 64/90*⁷⁴⁴, prevê o seguinte: “*O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral*”.⁷⁴⁵ (grifo nosso). O referido dispositivo legal foi citado no acórdão em comento por *dezessete (17) vezes*, enquanto os termos *lisura eleitoral* e *interesse público* foram mencionados em *vinte e quatro (24)* e *sessenta e seis (66) oportunidades*, respectivamente. E assim o foram para cancelar o acolhimento de provas que deram conta de fatos não consignados nas iniciais e com o objetivo de dar guarida aos poderes instrutórios do juiz, mesmo que tal ato represente manifesto inquisitivismo.

⁷⁴³ Ibid.

⁷⁴⁴ Nada obstante todos os problemas que surgem do artigo de lei em questão, o plenário do STF, ao julgar improcedente a ADI nº 1.082, confirmou a “constitucionalidade” do dispositivo em voga.

⁷⁴⁵ Além de (absurdamente) inconstitucional, este artigo da LC 64/90 vai de encontro às disciplinas assentadas pelo NCPD, especialmente quanto aos artigos 10 (não surpresa), 371 (julgamento mediante análise das provas – jamais presunções) e artigo 489 (exaustiva motivação das decisões judiciais). Logo, pode-se dizer que o artigo 23 está revogado. E nem se diga que, por se tratar de um dispositivo imerso em lei complementar, não haveria falar em revogação, tendo em vista a natureza ordinária do neófito diploma processual civil. E há duas razões para tanto: a primeira, é que, no nosso entender, não há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária (a diferença é de quórum); a segunda, por sua feita, de qualquer maneira, é a de que a reserva de matéria a ser legislada por lei complementar restringe-se às inelegibilidades, e nada mais. Logo, seguramente, além de inconstitucional, o artigo 23 da LC 64/90 está, de qualquer maneira, revogado pelos dispositivos do NCPD. **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: 10 out. 2018.

Pelo preceito legal em liça, portanto, o Tribunal poderia vir a formar a sua convicção pela livre apreciação de fatos públicos e notórios, pela não menos livre apreciação de indícios e presunções e, ainda, pela livre apreciação da prova produzida, atentando, igualmente, para circunstâncias ou fatos não indicados ou alegados pelas partes. Quer dizer: a despeito da soberania popular ou da cidadania (num sentido político estrito) e do devido processo legal, ao invés de exigir provas cabais e irretorquíveis para anular votos, a lei se apega a indícios e presunções, como se estes, numa sólida democracia, pudessem se sobressair à manifestação sagrada do eleitorado. Porém, é exatamente isso que está contido no texto legal em liça. Isto é, a soberania popular, de onde provém que a manifestação do eleitorado é a grande força motriz na legitimação do poder político da democracia, pode(ria) ser relegada a voluntarismos de toda ordem, lastreados em indícios e presunções, fatos públicos e notórios e, ademais, em circunstâncias outras não alegadas ou conhecidas pelas partes (e o contraditório, como fica?).

Será, no entanto, que, numa democracia constitucional que se preze, poderiam os Tribunais (e juízes) formarem convicções pela “livre apreciação” (de alguma coisa)? O art. 93, inc. IX, da CF não exigiria a motivação das decisões judiciais, garantia que representa um verdadeiro direito fundamental assegurado ao jurisdicionado? Tal direito (fundamental) não exigiria que o Judiciário fundamentasse às suas decisões, contemplando os argumentos das partes e as provas dos autos, ao invés de decidir como quer? Isto não é, pois, um limite a tal “liberdade”? E o direito fundamental ao contraditório⁷⁴⁶, que pressupõe o direito de informação, o direito de manifestação e o direito de a parte ver os seus argumentos considerados (até mesmo para contrapor a decisão, se for o caso)? Este princípio constitucional, que exige que as partes conheçam dos argumentos e provas constantes dos autos em tempo hábil e em respeito às regras do jogo, e que sobre elas possam apresentar um contraponto, além de reclamar que os seus argumentos sejam contemplados pelo julgador, não limitaria essa tal “liberdade”? E a própria vedação constitucional às provas obtidas por meios ilícitos, também não?

Note-se, portanto, que o problema deste esquizofrênico dispositivo legal, de plano, já se evidencia. Ora, numa democracia, não há como permitir que decisões sejam prolatadas com base em “livres convicções” ou “livres apreciações”. As decisões devem ser efetivadas com

⁷⁴⁶ “Mandado de Segurança. [...] 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. [...] 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 24.268**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2004.

lastro em fundamentações/motivações (jurídicas) e não em protagonismos lastreados na discricionariedade e no decisionismo. As decisões judiciais, como manifestações de poder, devem ser legitimadas. E, para tanto, fundamentação exaustiva há de haver. Os Tribunais não podem apreciar livremente os fatos, provas e argumentos. Ao menos frente à Constituição da República não. O inciso IX do artigo 93 da CF exige a fundamentação das decisões judiciais. E este, atrelado aos princípios do contraditório e da ampla defesa, representa verdadeiro postulado do Estado Democrático de Direito, para utilizar as palavras de Alexandre Morais da Rosa. Por isso, o convencimento do magistrado não de ser oposto à garantia fundamental do cidadão de ver as suas teses apreciadas pelo Estado-Juiz, não sendo, assim, livre. Os fundamentos de uma decisão democrática são condições de possibilidade para o devido controle de validade. O contrário, pois, nada mais é do que arbitrariedade.⁷⁴⁷⁻⁷⁴⁸ E nem se diga, aliás, que o convencimento, apesar de livre, seria motivado (livre convencimento motivado). Trata-se, este *standard*, de mero álibi argumentativo utilizado para encobrir o protagonismo

⁷⁴⁷ Inobstante todas as vicissitudes provenientes desse dispositivo, o Tribunal Superior Eleitoral tem reiterados precedentes dando guarida ao malsinado artigo 23 da Lei Complementar n.º. 64/90. Veja-se, por exemplo: “ELEIÇÕES 2014. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA INDEFERIDO. DEPUTADO FEDERAL. ART. 1.º, I, L, DA LC Nº 64/90. CONDENAÇÃO POR ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. INELEGIBILIDADE. INCIDÊNCIA. DESPROVIMENTO. 1. Nos termos da jurisprudência mais recente desta Corte, a inelegibilidade que surge após o pedido de registro de candidatura pode ser apreciada nas instâncias ordinárias, desde que garantidos o contraditório e a ampla defesa, não havendo falar em colisão com o disposto no art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/97, tendo em vista o disposto no art. 7.º, parágrafo único, da LC nº 64/90, segundo o qual, “o Juiz, ou Tribunal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento”. (RO nº 15429/DF, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, PSESS de 26.8.2014). [...]”. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 38427**. Relatora: Ministra Luciana Christina Guimarães Lóssio. Brasília, DF, 24 de outubro de 2014c.

⁷⁴⁸ “Não é distinta, também na esfera de atuação do TSE, a incessante aposta no solipsista “livre convencimento”, senão vejamos: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO NOS PRÓPRIOS AUTOS. ELEIÇÕES 2012. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. REVALORAÇÃO DA PROVA. INVIABILIDADE. SÚMULAS 7 DO STJ E 279 DO STF. DESPROVIMENTO. 1. De acordo com a jurisprudência sedimentada neste Tribunal Superior Eleitoral, é possível o Tribunal de origem, em análise de admissibilidade, apreciar o mérito do recurso especial eleitoral sem que isso configure usurpação de competência, sobretudo porque as decisões desta Corte Superior não estão vinculadas ao juízo de admissibilidade recursal. Precedentes. 2. Não há ofensa ao art. 275 do Código Eleitoral e ao art. 93, IX, da Constituição Federal nas situações em que o Tribunal de origem decide a lide a partir do devido exame dos fatos e provas submetidos à sua apreciação. 3. Ter como ocorrido fato que a Corte Regional consigna expressamente não haver sido demonstrado no caso, a prática de abuso de poder econômico constitui óbice intransponível nesta via extraordinária por exigir o reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça e da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. 4. Segundo a jurisprudência deste Tribunal Superior e da Corte de Justiça, o exame do dissídio jurisprudencial fica prejudicado, porquanto faz referência à mesma tese que respaldou o recurso com base na alínea a do inciso I do art. 276 do Código Eleitoral, cujo julgamento esbarrou no óbice da Súmula 7 do STJ. Precedentes. 5. Não há violação do art. 131 do Código de Processo Civil, com motivo na existência de afronta ao princípio da persuasão racional, se, da moldura fática do decisum impugnado, exsurge-se que a convicção dos julgadores foi fundada no livre exame dos fatos e provas submetidas à sua apreciação. 6. Agravo regimental desprovido”. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 66798**. Relatora: Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura. Brasília, DF, 11 de setembro de 2014. **DJE**, Brasília, DF, v. 180, p. 39-40, 25 set. 2014a.

pretoriano no ato de julgar. E é simples: se o convencimento, apesar de motivado, é (ou seria) livre, a respectiva “motivação” (*sic*) também o será(ia) (ou não?). Veja-se, então, que o “motivado” do livre convencimento nada mais é do que uma singela capa de sentido para encobrir o que foi decidido livremente, pouco importando a garantia do *due process of law*. O cerne da questão, ao fim e ao cabo, é que o intérprete não pode decidir como quer. Não pode analisar a prova como quer e decidir como bem entende. E muito menos se utilizar deste ornamento para decidir com escopo em qualquer prova, por exemplo, indiciária ou inquisitorial (condenar com base em indícios e presunções, provas indiciárias, elementos inquisitoriais, fatos alheios ao contraditório, fatos públicos e notórios – a quem? –, inversão do ônus da prova, livres apreciações etc., é inconstitucional. Desgraçadamente inconstitucional!).

Portanto, a legitimação da decisão somente se dará por meio de robusta fundamentação, a partir do direito, da prova, da prova lícita, dos limites semânticos do texto legal, das regras do jogo processual democrático etc. Numa democracia, o decidir deve corresponder a algo legitimado perante todas as regras do jogo, começando pela CF. E, se um determinado dispositivo legal “autoriza” o decidir mediante “livres convicções”, este dispositivo, a toda evidência, é inconstitucional. Não podemos depender, ao fim e ao cabo, de um julgamento tomado com base na consciência ou na razão prática do julgador, por meio da sua *subjetividade assujeitadora* (Streck). Isso, definitivamente, não é democrático. Logo, definitivamente, não deve se desenvolver numa arena (que se diga) democrática (!).

E o legislador complementar não se contentou: de mais a mais, consta no texto legal que os Tribunais poderiam lavrar uma decisão se utilizando, para tanto, da “livre apreciação dos indícios e presunções” (!). O que se tem, com base nesse dispositivo de lei, é que o intérprete-aplicador poderia indeferir ou desconstituir/cassar um registro de candidatura, cassar ou negar um diploma, e até mesmo desconstituir um mandato eletivo outorgado pelo povo, se utilizando para tanto de “indícios” e “presunções”. Dito de outro modo é o princípio democrático e a soberania popular subordinados, por um artigo de lei (!), a indícios e a presunções. E a presunção de inocência, isto é, a “verdadeira presunção”, como ficaria? Noutras palavras, se há algo a presumir, não seria a inocência dos acusados, pois? Como ficam os “indícios e as presunções” (*sic*), então? E o direito fundamental à elegibilidade? E a soberania popular? E a democracia? Veja-se a gravidade que isso representa. É a submissão do processo eleitoral a critérios subjetivos, dando azo a inseguranças e a injustiças, quando, ao contrário, deveria se estar a exigir provas irrefutáveis para tanto. Tudo, não fosse o bastante, atentando, ainda, o juiz ou o Tribunal, como razões de decidir, para “circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes”. Quer dizer: valendo-se, o órgão judicante, de “indícios” e

“presunções” e, no mais, de “circunstâncias” ou “fatos” que não passaram pelo crivo do contraditório e da ampla defesa.

O problema não é novo, quiçá uma exclusividade da legislação eleitoral, contudo. Com inspiração nas lições de Lenio Streck, poderíamos mencionar, tal como faz o eminente jurista, o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), conjuntamente com o artigo 126 do CPC de antanho, os quais apontam que: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito".⁷⁴⁹ O artigo 3º do CPP – que remonta à década de 1940 – não é distinto. Segundo este "a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito". Já o artigo 335 do já citado CPC de 1973 dispõe ainda hoje que: "O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvando, quanto a esta, o exame pericial"⁷⁵⁰ (?). O novo CPC, apesar de novo, manteve tal disciplina. Estes artigos de lei, todos de índole positivista, cujas matrizes repousam na promoção de discricionariedades e decisionismos, são inconstitucionais, vez que não recepcionados. Quanto ao art. 4º da LINDB, que apenas repristina a antiga Lei de Introdução ao Código Civil, não é diferente. E a razão é simples. Na era dos princípios e do Constitucionalismo Contemporâneo, como falar-se em "omissão da lei", a ser solucionada mediante "analogias" (a quê?), "costumes" (de quem?) e princípios gerais do direito (e os princípios constitucionais)? A Constituição Federal, ao final e a cabo, serve para quê?⁷⁵¹

Neste ponto, volvendo à temerária redação contida no art. 23 da LC nº 64/90, e sobre a sua controversa origem, importante gizar que Lenio Streck foi o pioneiro na crítica desse preceito legal. Veja-se:

[...]. O que está por trás desse vício hermenêutico para o qual nem mesmo o Poder Legislativo se atentou? Na verdade, o Parlamento, ao aprovar esse dispositivo, deu um tiro no pé, porque retira a apreciação das irregularidades (lato sensu) ocorridas nos pleitos eleitorais a partir de critérios objetivos e

⁷⁴⁹ BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de instrução às Normas do Direito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

⁷⁵⁰ Id. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015a**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

⁷⁵¹ Sobre o fato de o sistema jurídico brasileiro ainda estar arraigado em paradigmas do positivismo jurídico, com assento na filosofia da consciência, sugerimos a leitura da obra de Lenio Streck, de onde extraímos a inspiração para a presente crítica. Em especial, três acentuadas obras literárias, a saber: (1) STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c. (2) STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013d. (3) STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

entrega-os à livre apreciação de outro poder. E não se diga que tudo isso é para preservar o interesse público de lisura eleitoral, bastando, para tanto, lembrar da meia dúzia de votos comprados no caso do processo envolvendo o casal Capeberibe (Amapá) para constatarmos que a ‘a coisa não é bem assim’. O problema é esse: quanto mais apostamos na subjetividade (por exemplo, em presunções), mais aumenta o grau de insegurança. E de injustiças. Comparando o referido artigo 23 com o artigo 131 do CPC (que é de 1973, portanto, plena ditadura militar), é possível constatar que esse (artigo 131) é mais democrático (embora igualmente problemático) do que o dispositivo aprovado na democracia. Pelo menos esse dispositivo exige fundamentação, que não baseada em presunções (para ficar só nisso). O Brasil é pródigo nesse tipo de ‘delegação’. Na verdade, o que se pode esperar de um sistema jurídico ou da dogmática jurídica que aceita pacífica e passivamente uma Lei como nome de chocolate suíço (Lindt), a tal LINDB — com pretensão de ser a ‘Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro’? O conjunto da ‘obra’. Vejamos: mesmo com a vigência de um novo Código Civil desde 2003, continuamos com o fantasma da velha Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, não obstante ter recebido uma nova denominação. Assim, com a edição da Lei 12.376, em 2010, passou a ter o título de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Um dos pilares da Lei é o artigo 4º, que, ao lado do artigo 126 do CPC, funciona como uma espécie de fechamento autopoietico do sistema jurídico, verbis: ‘quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito’. Em linha similar, tem-se o artigo 3º do CPP, também da década de 40 do século passado, segundo o qual a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito. Já o artigo 335 do CPC, fruto do regime militar, acentua que em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece (sic) e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial. Chega a ser patético isso, pois não? Tais dispositivos — que são tudo ‘farinha-do-mesmo-saco-antihermenêutico’ — a par de sua inequívoca inspiração positivista (permitindo discricionariedades e decisionismos) e sua frontal incompatibilidade com uma leitura hermenêutica do sistema jurídico, mostram-se tecnicamente inconstitucionais (não recepcionados). Com efeito, com relação à LINDB, é preciso ter claro que, na era dos princípios e do Constitucionalismo Contemporâneo, tudo está a indicar que não é mais possível falar em ‘omissão da lei’ que pode ser ‘preenchida’ a partir da analogia (sic), costumes (quais e de quem, cara pálida?) e os princípios gerais do direito. Isso apenas demonstra um atraso epistemológico da teoria do direito. Idade da pedra (lascada). Ou seja, da LIIC à LINDB, nelas nada de novo se reconhece que nos permita entender normas como sendo o conjunto de regras e princípios. Pela leitura da LINDB ainda temos na regra a pedra fundamental do sistema jurídico, ao ponto de precisarmos inserir o princípio na regra, como se a regra autorizasse ou validasse o princípio. O problema vai além. Ainda não conseguimos superar a velha teoria das normas (o que denuncio constantemente), confundindo os princípios constitucionais (elementares do constitucionalismo contemporâneo) com os princípios gerais do direito. Assim, quando defino na lei que no caso de omissão o nosso juiz decide de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, estou enfatizando tal confusão, já que a lei me autoriza e direciona o uso de princípios (gerais do direito) na solução de controvérsias. Quem ainda usa princípios gerais do direito está no tempo do Portanto, a força simbólica de(sses) dispositivos (artigos 23 da LC 64, 4º da LICC, 126 e 335, do CPC e 3º do CPP) enfraquece sobremodo o valor da doutrina na construção do

conhecimento jurídico, com o conseqüente fortalecimento do papel do aplicador da lei. Ponto para o protagonismo judicial. Depois nos queixamos que a doutrina não mais doutrina... Cada vez mais, os juristas ficam à mercê de decisões tribunalícias, como a dar razão ou a repriminar as velhas teses do realismo jurídico, pelas quais o direito se realiza na decisão, forma acabada de um positivismo que, buscando superar o formalismo exegético, abriu, historicamente, o caminho para discricionariedades e decisionismos. [...].⁷⁵²

Não é distinta, portanto, frente ao quadro, a realidade envolta ao malfadado artigo 23 da Lei das Inelegibilidades (tampouco o é com relação ao §único do art. 7º e do mesmo diploma). A origem é a mesma, sendo que a aposta na discricionariedade e no decisionismo não autoriza outra conclusão. Trata-se da positivista crença no protagonismo judicial (discricionariedade e decisionismo). É o paradigma da filosofia da consciência que, mesmo hoje, segue inundando o sistema jurídico brasileiro, bem como o ideário dos juristas locais. Mas, aqui, o problema é ainda mais grave. É a aposta no absoluto subjetivismo, consubstanciado na defesa da livre apreciação dos "fatos públicos e notórios" (o que é isso, não sabemos), dos "indícios" e das "presunções" (?), e das "circunstâncias" não constantes dos autos e não alegadas-apreciadas-conhecidas pelas partes. Tudo a despeito, aliás, da livre escolha dos representantes populares e da manifestação popular sufragada democraticamente nas urnas, as quais, por força do princípio democrático, somente poderiam ser suprimidas ou desconstituídas com lastro em elementos cabais, obtidos por meios lícitos. Bem assim, não seria outra a exigência para desconstituir-se um registro de candidatura, que somente poderia ser solapado com lastro em elementos fiéis e fidedignos, jamais em indícios e presunções, portanto. E o princípio constitucional da presunção de inocência? E o voto, manifestação sagrada do eleitorado, como fica? E o direito fundamental a elegibilidade? E a Constituição Federal? E a democracia? Esse artigo da Lei das Inelegibilidades, definitivamente, é o clímax do antidemocrático subjetivismo. Ocorre que a democracia não se coaduna com isso. Na democracia, não há espaço para tal aposta no subjetivismo.

Na verdade, além de inconstitucional, o dispositivo é contraditório e paradoxal. Para preservar o interesse público e a lisura, devemos exigir que qualquer anulação de eleição (ou algo do gênero) deve estar calcada em provas firmes. Robustas. Consistentes. E que esses fatos (e indícios e presunções) não possam ser apreciados livremente. Na democracia — e tenho insistido nisso — não há espaço para livre convencimento e tampouco (ou muito menos) livre

⁷⁵² STRECK, Lenio Luiz. O que é a livre convicção de indícios e presunções? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 fev. 2014e. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-13/senso-incomum-livre-conviccao-indicios-presuncoes>>. Acesso em: 18 out. 2018.

apreciação da prova.⁷⁵³ Moral da história: Só um parlamento fraco — ou ignorante (no sentido de não saber do que está tratando) — aprova coisas contra si mesmo (e contra a democracia). Um parlamento preocupado com a democracia começaria amanhã mesmo (ou ainda hoje) um trabalho de filtragem nas leis existentes.⁷⁵⁴

Não fosse o bastante, note-se, por oportuno, que este artigo da lei das inelegibilidades vai de encontro, inclusive, ao Novo Código de Processo Civil (Lei n.º. 13.105/15), especialmente quanto aos artigos 7º, 10, 371, 489, 926 e 927.⁷⁵⁵ É absolutamente

⁷⁵³ Ibid.

⁷⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. O que é a livre convicção de indícios e presunções? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 fev. 2014e. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-13/senso-incomum-livre-conviccao-indicios-presuncoes>>. Acesso em: 18 out. 2018.

⁷⁵⁵ Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório; Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício; Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento; Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé; Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação; Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015a.

inconstitucional. E, de qualquer maneira, se encontra num quadro de clarividente antinomia em face do novel diploma processual civil.

Os exemplos acima, cujo rol não é exaustivo, denotam, a nosso ver, muito bem o problema a ser enfrentado, isto é, a considerável crise da teoria das fontes que assenta raízes no direito brasileiro, não sendo distinta a realidade inerente ao direito eleitoral. Todo esse “estado de coisas”, aliás, insistimos na crítica, deriva também da ausência de uma maior digressão acerca da origem e dos fundamentos do Direito Eleitoral (e do Processual Eleitoral). Ora, seguimos insistindo nisto, a ideia de um Direito Eleitoral deve estar intimamente ligada ao Estado Democrático de Direito.⁷⁵⁶

Importante contraponto a esse tipo de álbi retórico-argumentativo é encontrado na jurisprudência do STF, valendo reproduzir excerto de voto prolatado pelo Ministro Eros Grau nos autos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 144, ocasião na qual foi dito o seguinte, *verbis*:

[...]. É bom que se diga, mais uma vez, que ninguém está autorizado a ler na Constituição o que lá não está escrito, prática muito gosto dos neo e/ou pós-positivistas, gente que reescreve a Constituição na toada de seus humores. Permito-me afirmar, ademais, que o Poder Judiciário não está autorizado a substituir a ética da legalidade por qualquer outra. [...]. Por isso, talvez, há no ar uma vontade de superação da cisão entre o direito e moral. A importação de valores éticos para dentro do horizonte do jurídico permitiria qualificar como tal, como jurídico, apenas um sistema normativo, ou uma norma singular, dotado de certo conteúdo de justiça. O que permitiria caracterizar como válida a norma ou o sistema de normas seria esse conteúdo de justiça. Mesmo em certas decisões judiciais de quando em quando surge, em discursos que desbordam da racionalidade, o apelo à moralidade como razão de decidir. Tal e qual texto normativo estariam a violar o ordenamento, ou seriam mesmo inconstitucionais, por comprometerem a moralidade ou princípio da moralidade. É certo, como anotei em outra oportunidade, que a Constituição do Brasil define a moralidade como um dos princípios da Administração. Não a podemos, contudo, tomar de modo a colocar em risco a substância do sistema de direito. O fato de o princípio da moralidade ter sido consagrado no art. 37 da Constituição não significa abertura do sistema jurídico para introdução, nele, de preceitos morais. Daí que o conteúdo desse princípio há de ser encontrado no interior do próprio direito. A sua contemplação não pode conduzir à substituição da ética da legalidade por qualquer outra. [...]. A exigência de comprovação de idoneidade moral do cidadão enquanto requisito de elegibilidade sob a égide da presunção de culpabilidade contemplada em

Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

⁷⁵⁶ Não por menos, Nohlen acaba por asseverar que: “Por un lado, en la medida que el derecho electoral cimienta la certeza de que la representación política corresponde a la voluntad política del electorado expresada a través del voto, en igual medida este derecho se convierte en un instrumento técnico-jurídico para garantizar la democracia”. NOHLEN, Dieter. **Tratado de derecho electoral comparado de América Latina**. Ciudad de México: FCE, 1998. p. 7.

lugar nenhum da Constituição (qualquer pessoa poderá ser considerada culpada independentemente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória) instala a incerteza e a insegurança jurídicas. Consubstancia uma violência. Substitui a objetividade da lei [rectius da Constituição] pelo arbítrio dos que o possam exercer por fundamentos de força, ainda que no desempenho de alguma competência formal bem justificada. Prevalecerá então à delação, como ocorreu por longo tempo na velha Roma. As túnicas brancas que os Ministros Carlos Britto e Lewandowski mencionaram há pouco, túnicas tão brancas nos filmes da Metro, não foram suficientes para ocultar a perfídia. A delação prevalecia. Tristes tempos, qual os descreve PAUL VEYNE¹², que o abandono da phrónesis reeditará entre nós. Os primeiros atos dos regimes de terror que a História registra em páginas torpes sempre avançaram sobre a intimidade dos cidadãos, de modo que, de governados, eles vieram sendo transformados em meros instrumentos do governo. Depois, a ansiedade por justiça a qualquer preço, que domina as massas. Observei sucessivamente, em texto escrito com o Professor LUIZ GONZAGA DE MELLO BELLUZZO, que a violência faz parte do cotidiano da sociedade brasileira, e de modo tal que isso nega a tese do homem cordial que habitaria a individualidade dos brasileiros. (...) (sic) Aqui as virtudes republicanas encontram seus limites no privado, o que nos coloca diante da absoluta imprecisão dos limites da legalidade. As garantias da legalidade e do procedimento legal, conquistas da modernidade das quais não se pode abrir mão, são afastadas, inconsciente, a sociedade, de que assim tece a corda que a enforcará. (...) (sic) Na democracia brasileira, as massas não exercem participação permanente no Estado; são apenas eleitoras. Em determinados momentos, contudo, elas despontam, na busca, atônita, de uma ética --- qualquer ética --- o que irremediavelmente nos conduz ao "olho por olho, dente por dente". (...) (sic) Sob a aparência da democracia plebiscitária e da justiça popular, perecem os direitos individuais, fundamentos da cidadania moderna, tais como foram construídos ao longo da ascensão burguesa e consolidados pelas duas revoluções do século XVIII, a política e a econômica. É tragicamente curioso que os valores mais caros à modernidade iluminista, a liberdade de expressão e de opinião, tenham se transformado em instrumentos destinados a conter e cercar o objetivo maior da revolução das luzes: o avanço da autonomia do indivíduo. Não bastasse isso, os ímpetos plebiscitários, autorizados pelas leis da imprensa [a imprensa, segundo PAUL VIRILIO, goza da prerrogativa de editar as suas próprias leis!], os ímpetos plebiscitários autorizados pelas leis da imprensa colocam em risco o sistema de garantias destinado a proteger o cidadão das arbitrariedades do poder, seja ele público ou privado. [...].⁷⁵⁷

Deve-se decidir por princípios! Não pela moral, tampouco pela política. Decidir por princípios, enfim, significa *não ser consequencialista nos moldes da análise moralista do Direito* (Streck). Casuísmos morais e políticos, definitivamente, não representam algo que se desenvolva na arena (da jurisdição) democrática.

O Judiciário tem um papel salutar no regime democrático, que é o papel contramajoritário na defesa dos direitos fundamentais em detrimento das investidas de maiorias

⁷⁵⁷ Decisão de julgamento (Lei 9.882/99) publicada no DJE e no DOU. ÍNTEGRA do voto do ministro Eros Grau no julgamento sobre Lei de Inelegibilidade. **Migalhas**, [S.l.], 8 ago. 2008. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI66550,81042-Integra+do+voto+do+ministro+Eros+Grau+no+julgamento+sobre+Lei+de>>. Acesso em: 10 out. 2018.

de ocasião e, até mesmo, contra os “clamores do povo” que, não raro, tomando ares de turba enfurecida, brada por “enforcamentos em praça pública”. Fatos sociais, ao final e ao cabo, não legitimam dribles argumentativos tendentes a legitimar transpasses da ordem jurídica, de modo a legitimar medidas pretendidas de antemão. Isto é ativismo. E o ativismo é antidemocrático, para o “bem” ou para o “mal”.

Nas dicções de Streck, Oliveira e Barreto, temos uma Constituição “[...] que é o Alfa e o Ômega da ordem jurídica democrática. Uma Constituição dirigente e compromissória. Viver em uma democracia tem seus custos”.⁷⁵⁸

Em suma: propugnando sempre pela preservação do grau de autonomia atingido pelo direito na democracia, pensamos que melhor mesmo é confiar na Constituição e na forma que ela mesma impõe para a sua alteração e à formulação de leis. Afinal, duzentos anos de constitucionalismo deveriam nos ensinar o preço da regra contramajoritária. Ulisses, no comando do seu barco, sabia do perigo do canto das sereias...! Ah, os fatos sociais...; nada mais, nada menos, que o retorno ao velho positivismo fático; enfim, em pleno Estado Democrático de Direito, a volta ao velho “realismo jurídico”. E, numa palavra final: quando a Constituição não diz o que a gente quer, não podemos “alterá-la” ou “esticá-la” a partir de princípios construídos *ad hoc*. Não se altera a Constituição por intermédio de ativismos judiciais.⁷⁵⁹⁻⁷⁶⁰

⁷⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o Canto das Sereias: ativismos judiciais e o perigo da instauração de um “terceiro turno da Constituinte”. **RECHTD – Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 77, jul./dez. 2009.

⁷⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. O que é decidir por princípios? A diferença entre a vida e a morte. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/senso-incomum-decidir-principios-diferenca-entre-vida-morte>>. Acesso em: 9 dez. 2018.

⁷⁶⁰ No julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC) n.º. 29 e 30, nas quais se discutiu, no mérito propriamente dito, a constitucionalidade da lei da “Ficha Limpa”, posturas ativistas formaram a tônica dos julgamentos, notadamente através da repriminção acrítica, (a)paradigmática e descontextualizada de teorias voluntaristas, como a jurisprudência dos interesses e a jurisprudência dos valores. Na ocasião, para o efeito de chancelar constitucionalmente o fato de o diploma legal prever a atração de causas de inelegibilidade tão somente a partir de uma decisão lavrada por um órgão colegiado, foi dito o seguinte: “Estamos diante de uma ponderação entre dois valores constitucionais de mesmo nível [a presunção de inocência e a vida pregressa do candidato]. A Lei da Ficha Limpa busca proteger os valores de moralidade e probidade na política. É uma opção legislativa legítima que foi feita pelo Congresso Nacional”. Esta tônica, por seu turno, permeou os demais votos inclinados a dar vazão à aplicabilidade da lei, mesmo que em afronta ao princípio da presunção de inocência que, aliás, para o Min. Luiz Fux, seria regra, e não um princípio. Discordamos deste pensamento, por evidente. E daquele, pois bem, não é diferente. Princípios são valores? Diz-se, por aí, que são normas; mas, quando em conflito, seriam valores. Podem, os princípios, ser normas e valores ao mesmo tempo? Se são valores não são normas. Se são normas não podem ser valores. Ou não? Daí que Eros Grau tão bem diz que a doutrina – e a jurisprudência – tropeça(m) em si mesma(s) ao dizer(em) que princípios são valores. Definitivamente: princípios são normas ou condições de possibilidade para a normatividade (Streck), enfim. Princípios não são valores. Não há, conseqüentemente, este dito conflito entre princípios (quem diz isso sufraga a ideia dos valores). E, muito menos, afinal, que se ponderar alguma coisa. E a razão é simples: dizer que princípios são valores nada mais é do que um canal para submeter à autonomia do direito a argumentos de moral (qualquer moral). Daí que ponderação e discricionariedade são faces da mesma moeda. Com elas, parafraseando Lenio Streck, se diz qualquer coisa sobre qualquer coisa. Tanto que, no caso em questão, inventou-se uma espécie de conflito entre valores (presunção de inocência e moralidade para o exercício do mandato político, considerada

Nesse ínterim, a grande cena é que há uma resistência demasiado acentuada em constitucionalizar-se de uma vez por todas o Direito Eleitoral – e o Processual Eleitoral. No mais, numa íntima conjugação com este problema, geralmente calcados em discursos de índole repressivo-moralista, sobretudo cotidianamente, existe um indiscreto preconceito com relação à eficácia da CF em âmbito eleitoral e processual eleitoral, seja na esfera da atividade legislativa, seja no escopo do poder judicial. Figuras como “filtragem constitucional” ou “efeito dirigente-compromissório” são, sobretudo, meras desconhecidas. E as interpretações voluntaristas/axiologistas e teleológicas/finalísticas, e, como tais, arbitrárias, representam a ordem do dia.

Dito de outra forma, nessa lógica, os fins justifica(ria)m os meios, quando, no âmbito jurídico, a máxima é exatamente o inverso, isto é: os meios justificam/legitimam os fins. Nesse caminho, então, é que provas ilícitas são admitidas; atos processuais tomados ao arrepio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal são legitimados; álibis retórico-argumentativos como a verdade real, o livre convencimento, a livre apreciação das provas etc., são manipulados de modo a esconder uma vontade de poder que reside em condenar; a presunção de inocência é relativizada; a inversão do ônus da prova se impõe, ainda que veladamente; interpretações voluntaristas, discricionárias e, como tais, arbitrárias, são efetivadas; discursos sensacionalistas são corriqueiros; a autonomia do direito dá lugar à moral subjetiva e a fundamentos de moral e de política (em detrimento dos argumentos de princípio); condenações são lavradas através de meros testemunhos, prestados, evidentemente, por pessoas imersas no ambiente de disputa eleitoral, no qual, bem sabemos, imperam, por vezes, *paixões condenáveis* (Min. Marco Aurélio); o “interesse público” é manipulado como um argumento a legitimar ilegalidades; o poder judiciário se torna artífice do sistema acusatório (produzindo provas e afins); etc.

Todos esses problemas estiveram presentes no julgamento em análise. O citado dispositivo legal, como concluem Roberta Maia Gresta e Fernando Neisser, é, sem dúvida, “eco

a vida pregressa do candidato), para o efeito de, por intermédio da dita “ponderação de valores”, suprimir-se um direito fundamental de primeira estirpe em qualquer regime que se diga democrático, isto é, a presunção de inocência. Em prol de um pretenso interesse coletivo ou público na moralidade dos candidatos, suprimiu-se uma garantia secular, fruto direto do processo de evolução civilizatória que acabou por desembocar no Estado Democrático de Direito. Ocorre que não haveria de se “ponderar” absolutamente nada. Tampouco de se partir, nesse desiderato, para a famigerada dicotomia “público x individual” para o efeito de refutar a eficácia normativa de princípios constitucionais (no caso, da presunção de inocência). Assim, esta decisão é exemplo clarividente de um provimento jurisdicional ativista. E o é em razão da discricionariedade/arbitrariedade *ratio final* que a abarcou. Tratou-se, então, de uma decisão ativista, no sentido de solipsista. E inconstitucional, por conseguinte.

do processo inquisitorial”⁷⁶¹. O juiz que persegue a *verdade real* é, portanto, parcial em sua busca por elementos que corroborem as imputações feitas ao réu, pressupondo que o *interesse público* é sinônimo de condenação. Isso é suficiente para demonstrar sua inadequação à presunção de não culpabilidade, presente no Estado Democrático de Direito – ou, no caso específico do âmbito eleitoral, à presunção de legitimidade do mandato conquistado por expressão da soberania popular.⁷⁶²

Daí, pois, que o acolhimento destas novas provas, e a aceitação expressa da minoria quanto à possibilidade de o juiz produzir provas a granel, transformando-se em claro investigador em detrimento das partes (principalmente da defesa, por óbvio), representou manifesto inquisitivismo, além de ter sido algo proveniente de argumentos morais e políticos, em desrespeito à autonomia do direito (tão defendida pela CHD de Lenio Streck), como se a argumentos morais subjetivos e políticos pudessem colonizar o Direito no ato da aplicação – isso fica evidente no voto do Ministro Luiz Fux, que afirmou que o tribunal não poderia produzir um julgamento que desconsiderasse a “realidade política”.

A crítica de Rafael Tomaz de Oliveira é oportuna nesse caminho, segundo a qual o voto de S. Exa., fazendo coro à velha moda *instrumentalista*, “[...] disse que as ‘questões de fundo’ não podem prevalecer sobre as questões de mérito, sendo necessário que o acórdão a ser produzido pelo tribunal seja “o máximo possível coincidente com a realidade”⁷⁶³. Para o autor, também o Ministro Herman Benjamin, ao votar como votou,

[...] voltou a esgrimir o vetusto ‘princípio’ (sic) da verdade real (posso imaginar Lenio Streck, neste momento, acusando dor aguda em virtude de sua LER), como forma argumentativa justificadora do juiz-produtor-de-prova e, igualmente, da necessidade de se considerar todo o material oriundo das delações premiadas obtidas na operação ‘lava jato’, máxime as delações da Odebrecht, no seio da ação eleitoral de “cassação da chapa Dilma-Temer.”⁷⁶⁴

Disse, pois, o autor, que:

[...] como se sabe, a expressão ‘verdade real’ não sobrevive a um exame lógico-analítico primário. É uma expressão vazia. Poder-se-ia afirmar, numa

⁷⁶¹ GRESTA, Roberta Maia; NEISSER, Fernando Gaspar. Análise completa do julgamento da chapa Dilma/Temer pelo TSE. **Justificando**, [S.l.], 16 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/06/16/analise-completa-do-julgamento-da-chapa-dilma-temer-pelo-tse/>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁷⁶² Ibid.

⁷⁶³ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Quem venceu no TSE? A teoria do avestruz ou do cofrinho? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/diario-classe-quem-venceu-tse-teoria-avestruz-ou-cofrinho>>. Acesso em: 12 out. 2018.

⁷⁶⁴ Ibid.

certa tradição carnapiana, que se trata de um enunciado metafísico. A hermenêutica vai um pouco além, mas, mesmo assim, chega a resultado comum: a verdade real é uma expressão que promove um jogo retórico e estilístico, mas não se coaduna com a melhor tradição democrática.⁷⁶⁵

Ora, numa perspectiva democrática, de processo participativo, de contraditório dinâmico, não cabe esse tipo de argumento que ainda se relaciona com a ideia de que o destinatário da prova é o juiz (e não o processo); e que este ente — o juiz — deve fazer, internamente, um juízo de certeza sobre o caso antes de proferir seu julgamento.⁷⁶⁶ De se frisar: não estou aqui a avaliar se a ação deve ser julgada procedente ou improcedente (no momento em que escrevi este texto, ainda não conhecia o resultado do julgamento). Mas é de se anotar que, com esse tipo de argumento, qualquer que seja o resultado, ficará, do ponto de vista jurídico, profundamente afetado. Somos mesmo um país que pratica um tipo de Direito que ainda não se libertou completamente de comportamentos medievais. Além de tudo o que foi dito acima, temos ainda que este processo acaba por desnudar que não conseguimos diferenciar Direito de política. Tudo nele é estranho. A começar pelo fato de ter durado tanto tempo. Daí que faz sentido a tese de que um processo que fique permanentemente em aberto nunca deixará de possibilitar nova instrução probatória. O que seria *kafkiano*, para dizer o mínimo. Por outro lado, o argumento de que cassando o presidente a situação política e econômica do país ficará ainda pior também não pode ser um motivo para a improcedência da ação. Do contrário, estaríamos no plano de um consequentialismo qualquer.⁷⁶⁷

Citando, por oportuno, a doutrina de Lenio Streck, vale dizer que:

[...] ao objeto do processo só são aportadas as questões fáticas levantadas pelas partes, sem que nessa matéria o juiz possa ampliá-lo. É bem verdade que o artigo 23 da LC 64/1990 obriga o tribunal a atentar oficiosamente ‘para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes’, desde ‘*que preservem o interesse público de lisura eleitoral*’ (d. n.). Lembre-se que, na Justiça Eleitoral, para além de interesses egoísticos, tutela-se primordialmente uma *macroinstituição* chamada ‘*lisura das eleições*’, pilar central da democracia representativa, que se fragmenta em *microinstituições* como ‘isonomia entre os candidatos’, ‘moralidade das eleições’ e ‘proteção da vontade do eleitor’ (obs.: *instituições* nada mais são do que entidades [*e.g.*, organizações públicas, escolas, museus], bens [*e.g.*, patrimônios histórico e artístico, meio ambiente], relações [*e.g.*, família, casamento], valores [*e.g.*, fé pública, veracidade da propaganda, lealdade concorrencial, moralidade administrativa], agrupamentos [p. ex.,

⁷⁶⁵ Ibid.

⁷⁶⁶ Ibid.

⁷⁶⁷ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Quem venceu no TSE? A teoria do avestruz ou do cofrinho? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/diario-classe-quem-venceu-tse-teoria-avestruz-ou-cofrinho>>. Acesso em: 12 out. 2018.

comunidades tradicionais], hábitos [e.g., tradições, festas, costumes], utilidades [e.g., saúde, esporte, segurança, educação] e normas [e.g., lei, Constituição], cuja preservação estrutural e cujo bom funcionamento são indispensáveis à identidade e à própria existência de uma determinada sociedade e ao bem-estar de seus cidadãos). Nesse sentido, o processo eleitoral caracteriza-se não só por uma forte nota de *supraindividualidade*, mas de *supragrupalidade* (afinal, não diz respeito a um grupo ou uma coletividade específica, mas a toda a sociedade). Todavia, a tutela do chamado ‘interesse público de lisura eleitoral’ nada mais é do que a tutela de um direito subjetivo difuso, que é ‘direito subjetivo sob titularidade indeterminada’ ou ‘não subjetivado’, cuja satisfação em juízo só se pode fazer a requerimento de quem tem legitimidade ativa para tanto: o MP (CF, artigo 129, III). Portanto, o artigo 23 da Lei de Inexigibilidades cria uma usurpação funcional, pois imputa à autoridade judicial atribuição típica do Ministério Público Eleitoral. Pior: arranca o ‘im’ da imparcialidade [= imparcialidade = não atuar como parte = ser funcionalmente neutro], atirando o juiz no mesmo patamar daqueles que se interessam *ex ante* pelo desfecho que será dado à causa. Em suma, o juiz se torna um ‘promotor eleitoral fantasiado com toga’.⁷⁶⁸ (grifo do autor).

Atenção: não parece paradoxal que, para a discussão acerca de uma nota promissória ou uma cláusula de um contrato de *leasing* se tenha a garantia da não surpresa, com o reforço dos artigos 371, 489, 026 e 927, e, ao mesmo tempo, mantenhamos o poder de julgamento por livre apreciação de prova e por presunções justamente na atividade mais importantes de uma democracia: uma eleição? Para dirimir um problema de divisão de um terreno, todas as garantias de contraditório etc.; já *para o processo eleitoral, a possibilidade de a parte ser surpreendida e até mesmo de o juiz julgar por coisas que só ele percebeu, a partir da sua intuição ou algo correlato...* Afinal, o que é uma presunção? Como aferir isso? Se o poder emana do povo, não tem de se dar mais valor ao voto popular do que às presunções pessoais?⁷⁶⁹

A jurisdição eleitoral brasileira, dessa forma, denota, pois, um déficit paradigmático e constitucional sem igual, tanto que todos esses problemas, para além deste caso, são demasiado recorrentes na história institucional do TSE – I) verdade real⁷⁷⁰; (II) livre convencimento

⁷⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz; COSTA, Eduardo José da Fonseca. O julgamento no TSE: pedindo licença para uma análise jurídica. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-15/senso-incomum-julgamento-tse-pedindo-licenca-analise-juridica>>. Acesso em: 15 out. 2018.

⁷⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz; COSTA, Eduardo José da Fonseca. O julgamento no TSE: pedindo licença para uma análise jurídica. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-15/senso-incomum-julgamento-tse-pedindo-licenca-analise-juridica>>. Acesso em: 15 out. 2018.

⁷⁷⁰ “[...]. **O princípio do livre convencimento autoriza o juiz a dispensar a prova que não se demonstre necessária para a aferição da verdade real.** 10. Agravos regimentais desprovidos. (grifo nosso). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 1622602. Relator: Ministro Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira. Brasília, DF, 1 de dezembro de 2011. **DJE**, Brasília, DF, v. 29, p. 43, 9 fev. 2012a.

(motivado ou não, não importa)⁷⁷¹; (III) livre apreciação da prova⁷⁷²; (IV) ritos processuais (que são garantias contra o (ab)uso de poder) massacrados a partir de posturas voluntaristas⁷⁷³; (IV) provas colhidas e acolhidas ao arrepio do contraditório⁷⁷⁴; (V) direitos fundamentais submetidos a argumentos vagos e meramente retóricos como o “interesse público” ou o “bem comum”⁷⁷⁵; (VI) decisões judiciais carecedoras de fundamentação idônea e, por certo, desprovidas de um agir constitucional (CF, art. 93, IX); (VII) tentativas de subordinação do direito (ou da sua autonomia) a argumentos de moral ou de política; (VIII) a moral subjetiva como predadora ou adjudicadora do direito (e a moral, definitivamente, não corrige o direito; se assim fosse, aliás, o que corrigiria a moral?); (IX) provas ilícitas acolhidas com lastro em argumentos discricionários e abstratos e, como tais, facilmente manipuláveis, como o já mencionado “interesse público” (*sic*), mesmo que a Constituição impeça que qualquer indivíduo seja investigado, denunciado, processado e condenado com base em elementos probatórios obtidos por meios ilícitos⁷⁷⁶; (X) a marcante figura do juiz-ator ou juiz-

⁷⁷¹ “[...] 3. O sistema processual brasileiro está calcado no princípio do **livre convencimento motivado** (art. 131 do CPC), de sorte que é lícito ao magistrado ponderar sobre a qualidade e força probante das provas produzidas, desde que o faça motivadamente. [...]”. (grifo nosso). BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Agrado de Instrumento nº 75824**. Relator: Ministro Marcelo Ribeiro. Brasília, DF, 8 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudInteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=75824&processoClasse=AI&decisaoData=20110208&decisaoNumero=>>>. Acesso em: 18 out. 2018.

⁷⁷² “[...]”. Nos termos da jurisprudência mais recente desta Corte, a inelegibilidade que surge após o pedido de registro de candidatura pode ser apreciada nas instâncias ordinárias, desde que garantidos o contraditório e a ampla defesa, não havendo falar em colisão com o disposto no art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/97, tendo em vista o disposto no art. 7º, parágrafo único, da LC nº 64/90, segundo o qual, o Juiz, ou Tribunal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento”. Id. Recurso Ordinário nº 15429. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. Brasília, DF, 26 de agosto de 2014. **RJTSE**, Brasília, DF, v. 25, n. 3, p. 556, 26 ago. 2014f.

⁷⁷³ “[...]”. Alegação de cerceamento de defesa. Juntada intempestiva do rol de testemunhas. A nulidade relativa à não juntada do rol de testemunhas no momento do oferecimento da inicial de ação de investigação judicial eleitoral ou no da apresentação da defesa é meramente relativa e está sujeita à preclusão. Precedente. [...]”. Id. Recurso Especial Eleitoral nº 38332. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. Brasília, DF, 26 de maio de 2015. **DJE**, Brasília, DF, v. 120, p. 248-249, 26 jun. 2015b.

⁷⁷⁴ Vide gravações ambientais clandestinas, produzidas mediante engodo para que, após, terceiro que não o interlocutor as utilize em juízo como elemento acusatório.

⁷⁷⁵ Basta rememorar o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº. 29 e 30, que trataram da (in)constitucionalidade da “Lei da Ficha Limpa”.

⁷⁷⁶ Por exemplo, foi a decisão do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia nos autos do Recurso Eleitoral nº. 13653-50: “[...] *mesmo que prova tivesse sido obtida por meio pouco recomendável, de qualquer sorte deve ser imperiosamente valorada por conta da natureza dos interesses defendidos, com a aplicação do princípio da proporcionalidade, invocado para salvaguardar valores maiores, in casu, a supremacia do interesse público. Trilhando nesse entendimento, gizo o fato de que nos sistemas jurídicos em geral, os valores por eles protegidos encontram-se escalonados conforme o grau de importância atribuído pela sociedade. Assim, a materialização dos valores e direitos que se mostram mais importantes, em casos específicos, pode-se dar através da aceitabilidade processual de provas colhidas, mesmo que logradas mediante meios não previstos em lei. Nessa esteira de intelecção, a incidência da Teoria da proporcionalidade amaina a vedação ao uso da prova obtida por meio impróprio para admiti-la excepcionalmente em casos de extrema gravidade, dando abrigo, destarte, a outros valores fundamentais, considerados mais urgentes na concreta avaliação do caso. Nesse passo, a proibição da prova adquirida por meio distinto daquele corriqueiramente admitido, não se*

inquisidor⁷⁷⁷; (XI) o *panprincipiologismo* (Streck); (XII) o instrumentalismo ou, até mesmo, o inquisitivismo; (XIII) o apego a mitos interpretativos desconectados do paradigma do Estado Democrático de Direito, como os tais fatos públicos e notórios (a quem?), a analogia (a quê) e os princípios gerais de direito (e os princípios constitucionais, como ficam?); (XIV) a aposta em indícios e presunções (?) como elementos hábeis à desconstituir um registro de candidatura, um diploma ou até mesmo um mandato eletivo⁷⁷⁸⁻⁷⁷⁹; (XV) inversão do ônus da prova⁷⁸⁰; (XVI) a sustentação de construções voluntaristas-axiologistas como a tese que princípios são valores, que dá azo à malsinada ponderação (sic) de valores (sic); (XVII) interpretações teleológicas ou finalísticas absolutamente antidemocráticas; e aquelas outras pregações que acabam por descambar numa cena na qual impera a discricionariedade/arbitrariedade interpretativa, para citar apenas estas.

Em todos os casos, enfim, há direitos fundamentais de primeira grandeza sob a mira deste problema, tratando-se de algo, portanto, que contribui significativamente para o arrefecimento do Estado Democrático de Direito, substituindo-se, pois, o pilar da democracia representativa, por uma espécie de *juristocracia*, para utilizar as palavras de Ran Hirschl.⁷⁸¹

afigura absoluta, podendo ceder quando em conflito com outro direito fundamental, de maior peso, isso em decorrência da isenção ao respeito que se deve a outras garantias de igual ou superior relevância, como ocorre na vertente, pois aqui os bens jurídicos tutelados, quais sejam, o Estado Democrático de Direito, a soberania popular, a lisura e transparência das eleições suplantam – e muito – o bem jurídico hipoteticamente violado: a privacidade da empresa pertencente ao acionado. [...]” (grifo nosso). BAHIA. Tribunal Regional Eleitoral. **Recurso Eleitoral nº. 13653-50**. Salvador, 24 de maio de 2011.

⁷⁷⁷ “ELEIÇÕES 2008. Agravo regimental no recurso especial. Registro de candidatura ao cargo de vereador. Preliminar. Cerceamento de defesa. Ausência. Prejuízo não demonstrado (art. 219 do Código Eleitoral). **Produção de prova pelo Juízo Eleitoral. Possibilidade**. Matéria de ordem pública. Precedentes. [...]” (grifo nosso). BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 34097**. Relator: Ministro Joaquim Benedito Barbosa Gomes. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2008.

⁷⁷⁸ LC 64/90, art. 23: “O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral”. 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: 10 out. 2018.

⁷⁷⁹ “[...]. 3. A circunstância de a compra de voto ter sido confirmada por uma única testemunha não retira a credibilidade, nem a validade da prova, que deve ser aferida pelo julgador. Precedentes. 4. **A convicção do julgador quanto à anuência do candidato ao ilícito do art. 41-A da Lei das Eleições será formada não apenas relevando a prova produzida, mas fatos públicos e notórios, bem como indícios e presunções**. Precedente. 5. Agravo regimental a que se nega provimento”. (grifo nosso). BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 399403104**. Relator: Ministro José Antônio Dias Toffoli. Brasília, DF, 14 de novembro de 2013. **DJE**, Brasília, DF, v. 31, p. 98-99, 13 fev. 2014b.

⁷⁸⁰ “[...]. De acordo com o art. 333, I, do CPC, o ônus da prova incumbe a quem alega o fato. Na hipótese dos autos, **o Tribunal de origem inverteu indevidamente o onus probandi ao considerar que os representados não lograram êxito em apresentar provas de que não captaram votos de maneira ilícita**. 4. Agravo regimental não provido.” (grifo nosso). Id. **Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 958152967**. Relator: Ministra Fátima Nancy Andrighi. Brasília, DF, 6 de março de 2012. **DJE**, Brasília, DF, v. 66, p. 20, 10 abr. 2012b.

⁷⁸¹ HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007; tb. HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização**

Dessa forma, com o marcante apoio do dogmatismo jurídico⁷⁸², o poder do voto vai dando espaço ao solipsismo tribunalício. E, por oportuno, acabando por contrariar irremediavelmente aquilo que o Min. Gilmar Mendes costuma chamar de “atuação minimalista da Justiça Eleitoral”.

E veja: esse fenômeno, que tem como embrião a sociedade civil e o parlamento, mas que, talvez como consequência, também frutifica na esfera da jurisdição, acaba por trazer efeitos à própria arena envolta ao debate político. Não é por menos, por oportuno, que Néviton Guedes faz o alerta segundo o qual:

[...] corre-se o sério risco de que a *moralização da política* leve a um nefasto rebaixamento da disputa eleitoral. Ao invés da discussão de ideias, planos de governos e projetos que atendam os graves problemas que atingem nossa sociedade nos três níveis de governo de nossa Federação, vai-se tornando mais provável o terrível vaticínio de que candidatos de todas as cores políticas, desgraçadamente, vejam-se incentivados e mesmo obrigados a responder a um anseio difuso — em tudo lamentável — de conquistar a vitória com a moralização do debate político. [...] nada mais pernicioso à democracia do que o comportamento de quem pretende fazer política moralizando a si mesmo (como ‘o bem’) e o oponente (como ‘o mal’). [...]. Todo esse enredo, ao final ao cabo, não só não contribui para o aperfeiçoamento do regime democrático, como lhe retira a essência (parte dela, melhor dizendo), isto é, a tolerância e o reconhecimento dos divergentes, tudo a partir de discursos moralistas que, verdadeiramente, em conteúdo ou densidade, pouco ou nada possuem. E tudo isso, no mais, sem falar da *infantilização* (TOCQUEVILLE) do eleitorado que esse fenômeno pode vir a gerar (e tem sido assim, arrisco a dizer).⁷⁸³ (grifo do autor).

Desse modo, já por meio da questão preliminar que norteou boa parte do julgamento da Chapa Dilma-Temer pelo TSE, é plenamente possível extrair diversas incongruências, de modo que, com assento na CHD de Lenio Streck, poderíamos dizer que tais argumentos, verificados especialmente nos votos inclinados a dar guarida a novos fatos e provas e ao poder instrutório do juiz (*verdade real, livre convencimento, livre apreciação de provas, produção de provas pelo juiz, interesse público de lisura eleitoral, etc.*) não passariam pela mínima filtragem

da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-175, maio/ago. 2009.

⁷⁸² É, por exemplificativo, a curiosa visão adotada por Daniel Carvalho de Oliveira: “[...]. Projeta-se como fundamental para o futuro do processo democrático brasileiro que a Justiça Eleitoral exerça de forma ampla o ativismo judicial como medida para garantir e potencializar a efetivação das suas missões constitucionais e dos valores democráticos. [...]”. OLIVEIRA, Daniel Carvalho de. 80 anos da Justiça Eleitoral: perspectivas históricas e desafios democráticos futuros. **Paraná Eleitoral**, Curitiba, v. 1 n. 1, p. 22, 2012.

⁷⁸³ GUEDES, Néviton. Discurso da moralização da política faz mal à nossa jovem democracia. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-04/constituicao-poder-discurso-moralizacao-politica-faz-mal-democracia>>. Acesso em: 9 dez. 2018.

hermenêutica (*superação do esquema sujeito-objeto pelo giro ontológico linguístico e superação da discricionariedade tipicamente positivista*) e constitucional (*autonomia do Direito, normatividade constitucional, jurisdição constitucional, contraditório, não surpresa, imparcialidade do magistrado, devido processo legal, fundamentação das decisões judiciais, proibição de provas ilícitas, sistema acusatório*).

5.4.2 Fase de mérito do julgamento

A análise do mérito das ações teve início com o voto do relator, que apreciou um a um os alegados atos constitutivos de abuso de poder político e econômico praticados pela chapa Dilma/Temer.⁷⁸⁴ Quatro questões centraram o mérito das acusações e, portanto, o voto a ser proferido pelo Relator do feito, a saber: 1) a configuração do abuso de poder econômico em razão do recebimento da chamada propina-gordura ou propina-poupança; 2) a possibilidade (ou não) de sopesamento das provas que apontaram o recebimento de recursos por fora da contabilidade oficial das campanhas, uma vez que a inicial não apontara esta conduta; 3) o suposto ilícito decorrente do superfaturamento de gastos com algumas das empresas contratadas pela campanha; e 4) a condenação pelo chamado “contexto de abuso” ou “conjunto da obra”, uma somatória assistemática de diversos ilícitos para conformação da gravidade necessária à procedência das ações.⁷⁸⁵

O ministro Herman Benjamin informou que, após ampla análise das provas e fatos, constatou nos autos os seguintes ilícitos: “propina-gordura” ou “propina-poupança” na Petrobras; pagamento feito pela empresa Keppel Fels à Mônica Moura em 2014; contrato da Sete Brasil com a construção de navios-sonda e a distribuição de propinas ao PT; “propina ou caixa dois gordura” ou “propina ou caixa dois poupança” à conta corrente permanente da Odebrecht; compra de apoio político para a chapa da Coligação Com a Força do Povo, no caso, o episódio da compra de tempo de propaganda no rádio e na televisão; setor de Operações Estruturadas da Odebrecht e o pagamento de caixa dois a “Feira” em benefício de Mônica Moura em prol da campanha da coligação em 2014. E, finalmente, acrescentou o ministro,

⁷⁸⁴ GRESTA, Roberta Maia; NEISSER, Fernando Gaspar. Análise completa do julgamento da chapa Dilma/Temer pelo TSE. **Justificando**, [S.l.], 16 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/06/16/analise-completa-do-julgamento-da-chapa-dilma-temer-pelo-tse/>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁷⁸⁵ GRESTA, Roberta Maia; NEISSER, Fernando Gaspar. Análise completa do julgamento da chapa Dilma/Temer pelo TSE. **Justificando**, [S.l.], 16 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/06/16/analise-completa-do-julgamento-da-chapa-dilma-temer-pelo-tse/>>. Acesso em: 14 out. 2018.

ilícitos comprovados em relação aos gastos da Coligação Com a Força do Povo na eleição de 2014.⁷⁸⁶

Segundo o decidido pelo Relator, foi comprovado ao longo da instrução que alguns partidos da base do primeiro governo Dilma Rousseff, especialmente PT, PMDB e PP, teriam recebido vastas quantidades de recursos ao longo dos anos anteriores a 2014, especialmente 2012 e 2013. Tais recursos, doados por diversas empreiteiras, foram direcionados oficialmente aos referidos partidos, em doações declaradas à Justiça Eleitoral.⁷⁸⁷

A questão é que tais partidos teriam recebido, nos anos precedentes à eleição de 2014, recursos provenientes de propinas desviadas de estatais, que teriam servido tanto para o “[...] custeio de campanhas municipais de 2012, que incrementaram a sua base de apoio, quanto na formação de reservas financeiras aptas a serem aplicadas na eleição presidencial”.⁷⁸⁸ Conforme constou no voto:

*[...] é óbvio que esses recursos foram utilizados para alavancar a imagem dos candidatos e lideranças dos partidos; garantir e financiar as campanhas de candidatos a prefeitos e vereadores das eleições de 2012 com vistas a obter apoio nas eleições de 2014, além de garantir apoio financeiro a candidatos majoritários e proporcionais neste ano, dentre outros.*⁷⁸⁹ (grifo do autor).

Na compreensão do relator, portanto, “[...] este acúmulo de recursos teria permitido a compra de apoio de partidos para incrementar a coligação majoritária ré, ampliando em consequência o seu acesso à propaganda eleitoral”⁷⁹⁰ (grifo do autor) – como ele próprio asseverou: “[...] os dois partidos da coligação usufruíram, ao longo dos anos, de valores ilícitos, derivados de práticas corruptas envolvendo a Petrobrás [...]”⁷⁹¹ (grifo do autor), para concluir que “[...] trata-se de abuso de poder político e ou econômico em sua forma continuada, cujos impactos, sem dúvida, são sentidos por muito tempo no sistema político eleitoral”.⁷⁹² (grifo do autor).

⁷⁸⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ministro Herman Benjamin vota pela cassação da chapa Dilma-Temer por abuso de poder político e econômico**. Brasília, 9 jun. 2017b. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/ministro-herman-benjamin-vota-pela-cassacao-da-chapa-dilma-temer-por-abuso-de-poder-politico-e-economico>>. Acesso em: 13 out. 2018.

⁷⁸⁷ GRESTA; NEISSER, op. cit.

⁷⁸⁸ GRESTA, Roberta Maia; NEISSER, Fernando Gaspar. Análise completa do julgamento da chapa Dilma/Temer pelo TSE. **Justificando**, [S.l.], 16 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/06/16/analise-completa-do-julgamento-da-chapa-dilma-temer-pelo-tse/>>. Acesso em: 14 out. 2018

⁷⁸⁹ Ibid.

⁷⁹⁰ Ibid.

⁷⁹¹ Ibid.

⁷⁹² Ibid.

Ocorre, no entanto, que não havia demonstração cabal que tais recursos teriam sido efetivamente utilizados na campanha eleitoral, vale dizer: não houve demonstração incontroversa de que recursos provenientes de propina foram diretamente aportados na campanha presidencial de 2014, seja quanto à origem, seja quanto ao montante, seja quanto à destinação (a não ser a palavra de delatores...). E *o ônus da prova é da acusação! A presunção é de inocência*, pois! A conclusão alcançada pelo Ministro Relator *inverteu o ônus da prova*, ignorando, pois, o caráter *acusatório* do processo judicial eleitoral, e incorrendo, com isso, em nova *inconstitucionalidade*.

Tanto é assim, pois, que, para fundamentar a sua conclusão, o Relator afirmou que “*é incontestável a ocorrência de tais crimes*”⁷⁹³ (grifo do autor), o que o leva a reconhecer “[...] *pelo fundamento do conjunto da obra, os vícios que levam a cassação da chapa formada pela Coligação Com a Força do Povo*”.⁷⁹⁴ (grifo do autor). Por diversas vezes ele ressaltou que existe vasta comprovação de que tanto o PT quanto o PMDB receberam, de maneira continuada, propinas de empresas com contratos com a Petrobras, destinadas à eleição. Segundo ele, isso teria ocorrido tanto por meio de doações oficiais como por caixa dois.⁷⁹⁵ O ministro denominou as quantias repassadas como “propina-poupança” e “propina-gordura”. Herman Benjamin disse que as propinas vinculadas a contas correntes da Petrobras representavam “um projeto de financiamento de propina-gordura de longuíssimo prazo”, totalizando R\$ 22 bilhões. “Era tanto dinheiro de propina que não havia nem como controlar. Propina era paga duas vezes, propina não era cobrada, ou era paga e quem recebeu e nem sabia que fazia jus aquela propina”, ressaltou. E afirmou que nem seria necessário constatar o recebimento da propina para cassar uma chapa, bastaria apenas ter ocorrido caixa dois na campanha, ou seja, recursos arrecadados e “não declarados” na prestação de contas.⁷⁹⁶ Concluindo:

Neste voto, eu tentei ser e me comportar como os ministros desta Casa, os de hoje e os de ontem, e quero dizer que, tal qual cada um dos seis outros ministros desta bancada, eu, como juiz, recuso o papel de coeiro de prova viva. Posso até participar do velório, mas não carrego o caixão.⁷⁹⁷

⁷⁹³ Ibid.

⁷⁹⁴ Ibid.

⁷⁹⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ministro Herman Benjamin vota pela cassação da chapa Dilma-Temer por abuso de poder político e econômico**. Brasília, 9 jun. 2017b. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/ministro-herman-benjamin-vota-pela-cassacao-da-chapa-dilma-temer-por-abuso-de-poder-politico-e-economico>>. Acesso em: 13 out. 2018.

⁷⁹⁶ Ibid.

⁷⁹⁷ Ibid.

Os Ministros Admar Gonzaga e Tarcísio Vieira trouxeram o contraponto ao voto do relator, asseverando a *impossibilidade de se presumir* que aqueles recursos que verteram ilicitamente para o caixa oficial dos partidos políticos em anos anteriores eram os mesmos que abasteceram, posteriormente, a campanha de 2014. Conforme sustentado pelo Ministro Tarcísio Vieira, “[...] *ficou realmente demonstrado um esquema duradouro de distribuição de recursos ilícitos, oriundos de percentuais sobre contratos celebrados com a Petrobras, mas não ficou comprovado de forma cabal o incremento direto na campanha de 2014*”.⁷⁹⁸ (grifo do autor).

O debate instaurado dizia respeito ao tema da mescla de recursos lícitos e ilícitos e à dificuldade de separação posterior da origem dos recursos, uma vez se tratar o dinheiro de bem por essência fungível. No entendimento dos votos da minoria, o ingresso de valores oriundos de propinas no caixa oficial dos partidos seria suficiente para macular a integralidade dos recursos ali depositados, tornando desnecessária uma particularização dos montantes destinados à campanha eleitoral.⁷⁹⁹ Os votos vencedores, contudo, *apontaram solução mais concordante com as premissas do devido processo* e, especialmente, com a impossibilidade de se admitir presunção em desfavor do acusado nos processos sancionatórios.⁸⁰⁰ Isso porque é certo que aqueles partidos auferiram quantidades significativas de recursos em relação aos quais não se apontou qualquer irregularidade. Tanto aqueles advindos do Fundo Partidário, quanto às doações de pessoas físicas e jurídicas, permitidas àquele tempo.⁸⁰¹ Deste modo, era ônus da acusação, ainda que não seja tarefa simples, identificar as transações adequadamente, de modo a poder imputar aos acusados o carregamento dos valores espúrios para o direto incremento da campanha eleitoral de 2014. Não tendo havido prova segura neste sentido, a solução adequada era mesmo a improcedência com relação a esta causa de pedir.⁸⁰²

A decisão da Relatoria, naquilo que fora acompanhada pelos ministros Luiz Fux e Rosa Weber, impunha verdadeira *inversão do ônus da prova e presunção de culpa* em desfavor dos acusados, portanto, considerando que não havia (como de fato não há) individualização dos pretensos recursos originados de propinas que teriam adentrado aos cofres da campanha presidencial de 2014. A acusação não provou as suas alegações.

⁷⁹⁸ GRESTA, Roberta Maia; NEISSER, Fernando Gaspar. Análise completa do julgamento da chapa Dilma/Temer pelo TSE. **Justificando**, [S.l.], 16 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/06/16/analise-completa-do-julgamento-da-chapa-dilma-temer-pelo-tse/>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁷⁹⁹ GRESTA, Roberta Maia; NEISSER, Fernando Gaspar. Análise completa do julgamento da chapa Dilma/Temer pelo TSE. **Justificando**, [S.l.], 16 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/06/16/analise-completa-do-julgamento-da-chapa-dilma-temer-pelo-tse/>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁸⁰⁰ Ibid.

⁸⁰¹ Ibid.

⁸⁰² Ibid.

A esse respeito, pertinente a crítica de Lenio Streck, segundo a qual:

[...]. Como no julgamento do Carneiro — acusado injustamente de furtar galináceos do Mujiq —, contra ele pesavam presunções. Só poderia ter sido ele que comera as galinhas. E a juíza Raposa, com base em sua livre convicção, apreciando fatos públicos e notórios, mandou esfolar o pobre carneiro. Formulou contra o carneiro, de forma ‘indutiva’, uma presunção. Qual é o problema de induções e julgamentos por presunções? Um não. Vários. O principal deles é que, em julgamentos por presunções, o pobre do utente não pode provar o contrário. Ele é culpado de plano, só porque só-podia-ser-ele e que ‘todo-mundo-sabe-que-foi-assim’. E tem outra: o que é isso, o ‘interesse público de lisura eleitoral’, que tudo justifica? Quem dirá o que interessa ao público? Vejam a fragilidade normativa de um dispositivo desse tipo. Substitua-se o por ‘o juiz decidirá conforme a sua consciência e da forma que melhor atenda ao interesse público de lisura eleitoral’, e não haverá nenhuma diferença relevante da situação atual. Se o juiz está autorizado a decidir com base em indícios e presunções, e se é ele mesmo quem decide como e quando deve fazê-lo, estamos simplesmente dependentes não de uma estrutura e, sim, de um olhar individual. É a antiteoria da decisão jurídica. Uma decisão assim não é produzida no ambiente democrático do processo, mas no terreno solitário da mente judicial. O fato de ela ser ‘jogada’ num processo, e de se submeter ‘aos recursos inerentes à legislação processual’ não é o suficiente para salvá-la. A decisão democrática deve ser precedida de debate em contraditório, pois não? Com a palavra, os processualistas e constitucionalistas! [...]. Falando (mais) sério: deve-se dar ao processo jurisdicional a dimensão de *controle* do exercício do poder de decidir. Decisão judicial é algo muito importante para ficar ao sabor de indícios e presunções. Numa democracia, poder público é poder fiscalizado e controlado. Do início ao fim. Não deve importar a convicção íntima do juiz, mas sim o que o direito como um todo apresenta como resposta para um determinado contexto probatório.⁸⁰³

O julgamento por presunções e induções, como bem assevera Streck, “fere de morte a presunção da inocência”.⁸⁰⁴ No fundo, o que esteve por trás dessa conclusão, agora quanto ao mérito, foi a mesma aplicação descriteriosa do malfadado artigo 23 da LC n, 64/90, segundo o qual o juiz ou tribunal poderia decidir com base em indícios e presunções. Engraçado: a lei diz que é possível julgar “presumindo”; só que esquecemos (eu, pelo menos, não) que existe um princípio que obriga a que o judiciário não presuma nada contra o réu. Está lá na Constituição. Bingo! Vou dizer de novo, com certa ironia epistêmica: A-Constituição-proíbe-que-se-presuma-contr-o-réu.⁸⁰⁵

Seguimos, então, com Streck, para dizer que:

⁸⁰³ STRECK, Lenio Luiz. E a raposa-juíza, baseada em presunções, mandou esfolar o carneiro! **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 jun. 2014b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jun-26/raposa-juiza-baseada-presuncoes-mandou-esfolar-carneiro>>. Acesso em: 8 dez. 2018.

⁸⁰⁴ Ibid.

⁸⁰⁵ Ibid.

[...] o Estado somente pode processar alguém se provar que um bem jurídico está em jogo concretamente; e tem de provar isso; ou seja, ele, o Estado, não pode presumir. Simples assim. Presumir é impedir que o sujeito prove o contrário; enfim, presumir é impedir que o utente prove sua inocência. Não há, assim, responsabilidade objetiva.⁸⁰⁶

Não obstante isso, acompanhando a mesma conclusão adotada pelo Min. Herman Benjamin, a Min. Rosa Weber afirmou que:

[...] para efeitos eleitorais, mormente para fins de preservação do interesse público e da lisura eleitoral, reputo impossível a coexistência harmônica do pagamento de propina a partido com sua sucessiva doação a candidato. Trata-se de situação insustentável! A ocorrência desses depósitos de propina em diferentes momentos, por vários anos, até 2014, a meu sentir, não os torna lícitos, nem mesmo justifica sejam ignorados pela Justiça Eleitoral. Diante dessa hipótese, não há como transferir ao doador ou ao partido o poder de dizer que ‘separou’ o valor sujo do valor limpo. O valor a ser resguardado neste julgamento, no campo eleitoral, resume-se em uma só palavra: lisura! Trata-se de situação de necessária intervenção da Justiça Eleitoral, a reconhecer de plano a gravidade e o consequente abuso de poder econômico, de forma a retomar o prumo da normalidade.⁸⁰⁷

O voto da Ministra também apelou ao ultra referido *artigo 23 da LC 64/90*, quando disse que: “*Não bastasse a conclusão sobre os demais fatos relacionados a este tópico a que chegou o eminente relator, com a qual concordo, a análise que faço, como possibilita o art. 23 da LC 64/90, me leva a considerar ser, a conclusão a que cheguei ao formar minha convicção*”⁸⁰⁸ (grifo nosso)... no sentido de concluir pela existência de abuso de poder econômico.

Ocorre, no entanto, que não se pode “[...] *transferir ao doador ou ao partido o poder de dizer que ‘separou’ o valor sujo do valor limpo* [...]”⁸⁰⁹ (grifo nosso) também não se pode transferir o ônus da prova aos acusados, no sentido de provarem que os valores recebidos “não seriam sujos”. O ponto focal é que o ônus de provar que os valores recebidos pela campanha presidencial seriam fruto de desvios de recursos públicos é da acusação, valendo dizer: deveria, pois, a acusação, ter provado de onde teriam saído tais recursos, em que monta, e qual a sua destinação devidamente individualizada. Não o fez, pelo que consta. O voto da Min. Rosa

⁸⁰⁶ Ibid.

⁸⁰⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Por 4 votos a 3, Plenário do TSE nega pedido de cassação da chapa Dilma e Temer**. Brasília, 9 jun. 2017c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/por-4-votos-a-3-plenario-do-tse-decide-pela-nao-cassacao-da-chapa-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

⁸⁰⁸ Ibid.

⁸⁰⁹ Ibid.

Weber, assim sendo, novamente impôs aos demandados *inversão do ônus da prova* e, diga-se, *presunção de culpa* – valendo lembrar que as alegações se sustentaram apenas e tão somente na palavra de delatores.

E não foi distinto quanto ao voto do Min. Luiz Fux, cujo voto assentou que:

*[...] hoje vivemos um verdadeiro pesadelo pelo descrédito das instituições, pela vergonha, pela baixa estima que hoje nutrimos em razão do despudor dos agentes políticos que violaram a soberania popular. O ambiente político hoje está severamente contaminado. E a hora do resgate é agora.*⁸¹⁰ (grifo nosso).

Luiz Fux considerou que os fatos que levaram à discussão nesse julgamento “são gravíssimos, são insuportáveis”. “*Será que eu, como magistrado que vai julgar uma causa agora, com esse conjunto, vou me sentir confortável usando um instrumento processual para não encarar a realidade?*”⁸¹¹ (grifo nosso), questionou o ministro emendando com a resposta: “*Não*”. Ao acompanhar o relator, o ministro considerou que a decisão justa e efetiva é aquela que é proferida levando em consideração a realidade. “*Direito e realidade não podem ser apartados justamente numa decisão final*”, afirmou. “*Acolho as conclusões do relator*”⁸¹² (grifo nosso), disse Fux, ao relatar os pontos relevantes que considera suficientes para a cassação da chapa, como a existência de ilícitos comprovados de “propina-poupança” na Petrobras, distribuição de propinas, a existência de caixa dois, entre outros. Por fim, o ministro afirmou que vota pela cassação da chapa como magistrado e “*[...] como brasileiro que amo este país, que é o berço dos nossos filhos e netos, em nome da ética e da moralidade*”⁸¹³ (grifo nosso).

O apelo incansável à “realidade”, à “moralidade” e a dizeres adjetivados confessa que o voto do Ministro esteve contaminado, a mais não poder, por argumentos de moral, *não de princípio*. Com tais apelos, assim sendo, pode-se dizer, com o devido e merecido acatamento, que a referida decisão não cumpriu com aquilo que a CHD de Lenio Streck, com inspiração na teoria do direito como integridade de Dworkin, chama de *responsabilidade política dos juízes*. Com efeito,

⁸¹⁰ Ibid.

⁸¹¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Por 4 votos a 3, Plenário do TSE nega pedido de cassação da chapa Dilma e Temer**. Brasília, 9 jun. 2017c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/por-4-votos-a-3-plenario-do-tse-decide-pela-nao-cassacao-da-chapa-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

⁸¹² Ibid.

⁸¹³ Ibid.

[...]. Quando afirmo e defendo, a partir de Dworkin e da matriz hermenêutica, a autonomia do direito e a necessidade de que as decisões judiciais sejam decisões de princípios e não de política, não quero – e nunca quis – afirmar uma separação exclusivista entre direito e política. Como afirma Dworkin em seu *Levando os direitos a sério*, a justificativa mais geral e abrangente para o direito é política uma vez que, dessa justificativa, deriva a ‘doutrina da responsabilidade política’ que rege a jurisdição constitucional. Nos termos da doutrina da responsabilidade política, os juízes têm para si o dever de, no momento da decisão judicial, decidir conforme o direito segundo argumentos de princípios e não argumentos de política. Repetamos isso, com vagar: argumentos de princípios e não de política! Esse é o ponto fundamental da questão: *a responsabilidade política dos juízes se materializa na produção de decisões segundo o direito*. Insisto: juiz não escolhe; juiz decide! Explicitando melhor: discussões que envolvem projetos futuros, bem-estar social, consequências que resultaram da aplicação do direito em questão, não são decisões que pertencem à esfera do Judiciário, mas que devem ser tomadas pelos meios políticos adequados (legislativos e/ou executivos). No Judiciário devemos levar o direito a sério, decidindo segundo argumentos de princípios.⁸¹⁴ (grifo nosso).

Todos os votos vencidos, que caminharam no sentido de julgar procedentes as ações e, com isso, cassar os diplomas outorgados à Chapa presidencial eleita em 2014, em maior ou menor medida, não passariam por essa filtragem hermenêutica e constitucional que aqui propomos, seja porque impuseram aos demandados indevida inversão do ônus da prova e presunção de culpa, seja porque os respectivos fundamentos consubstanciaram como visto acima argumentos de moral, e não argumentos de princípio. Sem mencionar o insistente apelo ao art. 23 da LC. 64/90, como se tal dispositivo legal representasse uma “carta-branca” para que o magistrado pudesse transformar o processo judicial eleitoral em verdadeiro instrumento de inquisição.

Os próprios votos vencedores, que se posicionaram pela improcedência das demandas, também não escapariam, ao menos em parte, desse controle hermenêutico-constitucional. E isso fica evidente quando nos deparamos com argumentos como: “*A matéria não é novidade neste tribunal, mas o que há de inusitado é o nível político pela notoriedade das partes envolvidas*”⁸¹⁵ (grifo nosso) (a nossa crítica é a de que não se deve julgar os casos jurídicos de acordo com as partes envolvidas ou com as repercussões externas); ou “[...] *não há como aferir credibilidade dos testemunhos dos delatores, que devem ser relativizados, com ‘muita cautela*”⁸¹⁶ (grifo

⁸¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. Poder Legislativo não pode revogar decisões judiciais. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 31 maio 2012c. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-mai-31/senso-incomum-problema-ativismo-judicial-nao-resolvido-pec>>. Acesso em: 10 out. 2018.

⁸¹⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Por 4 votos a 3, Plenário do TSE nega pedido de cassação da chapa Dilma e Temer**. Brasília, 9 jun. 2017c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/por-4-votos-a-3-plenario-do-tse-decide-pela-nao-cassacao-da-chapa-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

⁸¹⁶ Ibid.

nosso) (aqui a crítica é de que os depoimentos de delatores, em verdade, não possuem sequer *status* de prova, são meros indícios, cuja oitiva em sede eleitoral, neste caso e na condição de testemunhas, sequer deveria ter sido admitida); ou, ainda, preocupações diversas com a repercussão social de uma possível cassação, como se autoridades públicas, considerado o respectivo posto, fossem imunes a controle (como “*Não se substitui um presidente da República a toda hora, ainda que se queira*”).⁸¹⁷

A questão, como bem assentou o Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, é que “[...] não ficou comprovado se esses recursos eram destinados às campanhas ou não”⁸¹⁸, e que:

*[...] outros depoimentos também colhidos pela Justiça Eleitoral não comprovaram que haveria pagamento de propinas voltadas à campanha presidencial daquele ano, não havendo provas delas. Além disso, as doações de pagamento ilícitos eram referentes a anos anteriores.*⁸¹⁹ (grifo nosso).

Também a fala do Min. Napoleão Nunes Maia Filho foi pertinente, no sentido de que: “*O pedido deve ser interpretado de maneira restritiva. O juiz é o destinatário da prova, mas não é o seu autor. Não se pode aceitar visão judicial condenatória sem prova conclusiva*”.⁸²⁰ (grifo nosso). Vale dizer: o juiz é juiz. A produção das provas é incumbência das partes. O processo deve ser regido em contraditório. E o juiz deve manter equidistância entre as partes, ainda mais num contexto acusatório.

Coube, finalmente, ao Ministro Gilmar Mendes restabelecer a ordem jurídico-constitucional, tudo ao afirmar em seu voto de desempate que:

[...]. A Constituição Federal valoriza a soberania popular a despeito do valor das nossas decisões, dos critérios que usamos, e isso é muito relevante. A cassação de mandatos deve ocorrer em situações inequívocas. Como o Ministro Herman Benjamin usou a expressão "trato sucessivo", talvez devêssemos voltar, pelo que entendi do voto de Sua Excelência, pelo menos, até 2006. E isso contaminaria todos os atos do Governo Lula, do Governo Duma 1 e do Governo Dilma II, enquanto ele durou. [...]. Temos de ter muito cuidado com as instituições. Estamos agora nos avizinando de 30 anos da Constituição de 88, a comemorar no próximo ano. É o mais longo período de normalidade institucional da vida republicana. Não devemos brincar de aprendiz de feiticeiros. Se se quer fazer o impeachment do presidente, que seja pelo processo normal. Eu disse a políticos que vieram aqui, de forma

⁸¹⁷ Ibid.

⁸¹⁸ Ibid.

⁸¹⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Por 4 votos a 3, Plenário do TSE nega pedido de cassação da chapa Dilma e Temer**. Brasília, 9 jun. 2017c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/por-4-votos-a-3-plenario-do-tse-decide-pela-nao-cassacao-da-chapa-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

⁸²⁰ Ibid.

muito clara, que não tentassem usar a mão do Tribunal para resolver crise política, que não se aproveitassem desse tipo de situação, porque o Tribunal não é instrumento para solucionar esse tipo de problema. E essa é a questão que precisamos considerar. Não é por acaso que a Constituição estabelece essas exigências, porque, do contrário, banalizaria o mandato. E sabemos como isso tumultua todo o processo, como causa instabilidade. É muito fácil dizer que essa ação é como qualquer outra. Não, não é como qualquer outra. Aqui há um *ethos constitucional* que precisa ser levado em conta, tendo em vista a *democracia*. *E dizer que se pode expandir o processo, que o art. 23 autoriza, há interesse público dentro dos marcos da legislação. O processo é garantia, não é voluntarismo, em outras áreas, inclusive. Mas, na área eleitoral, com maior razão, porque é esse o objeto que se tem de levar em conta. É muito fácil fazer discurso de moralismo. Todos nós queremos correção. Usar o direito para finalidades espúrias, ficar adequando decisões ao momento e aos interesses eventuais, não é coisa que se possa fazer. Direito não serve para isso. É essa história de direito achado na rua. Não é o que nós devemos fazer. Direito é segurança. Ruy Barbosa que dizia: "Se a lei cessa de proteger os nossos inimigos, cessa virtualmente de nos proteger". Também as instituições. Se o Judiciário passa a perseguir inimigos, daqui a pouco, não haverá mais mãos a medir, todos serão perseguidos. É preciso ter essa dimensão. Não colocar o direito a serviço de interesses, às vezes, pedestres.*

Por outro lado, enquanto a ação de investigação judicial eleitoral poderá ser ajuizada até a data da diplomação dos candidatos eleitos (construção jurisprudencial), a ação de impugnação de mandato eletivo será ajuizada "no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude" (art. 14, § 10, da Constituição Federal de 1988). Dessa forma, *tendo em mente a regra constitucional da estabilidade político-social, dos mandatos outorgados pelo povo e a norma processual da estabilização das demandas, entendo que os fatos novos que não guardam relação com a causa de pedir não podem ser incluídos no curso da ação.* Senão estaremos violando o próprio prazo. Decadência. Se essa ação pudesse durar mais um tempo, por que não trazer os outros casos que estão aí, já se realizaram ou in feire. Tampouco serão apreciados em uma nova demanda eleitoral, considerando que os prazos, além de exíguos, são decadenciais. Mas não é por um capricho do legislador ou do constituinte. *É porque é do mandato que se cuida, da soberania popular. É isso que está em jogo. Ah, mas poderia ser utilizado para essa finalidade, resolvendo um problema político. Direito não é pra isso. Esta Corte é uma Corte de jurisdição constitucional.* - O Direito Eleitoral tem esse perfil. Tem de se dar essa dignidade. Não se pode utilizá-la porque se acha que seria uma boa solução - política resolver um problema. [...]. Nessa fase atual, dos presidentes eleitos sob a Constituição de 1988, só dois terminaram o mandato. Isso que se quer? Se nós formos olhar na história ampla do Brasil, só cinco presidentes eleitos terminaram o mandato. É com esse objeto delicado que nós estamos a lidar. É essa a responsabilidade desta Corte. Não sejamos Américo Pisca-Pisca. Conforme adverte o Ministro Dias Toffoli, "*o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte. Desse modo, é vedado ao magistrado decidir com base em fatos não constantes da petição inicial*". (Grifos nossos - REspe nº 428765026/PE, julgado em 6.2.2014). Ora, a prova não indica o cometimento de abuso com finalidade eleitoral, mas, além de uma evidente desorganização contábil, a utilização de recurso de campanha para fins diversos de campanha, como, quem sabe, para o pagamento de propina, o que, apesar de não refletir na normalidade e legitimidade do pleito de 2014, merece a devida apuração pelos órgãos

competentes. Com efeito, *enquanto medida de afastamento da soberania popular, a cassação de diploma pressupõe, além de provas convincentes e coerentes do ilícito praticado, que o processo tramite em absoluta conformidade ao devido processo legal*, pois, conforme ressaltava o Min. Sepúlveda Pertence, ‘os mandatos republicanos são essencialmente - - limitados no tempo e improrrogáveis: por isso, a indevida privação, embora temporária, do seu exercício é irremediável, por definição’. (Liminar no MS n.20.962/DF-STF, julgado em 16.6.1989).⁸²¹ (grifo nosso).

Com razão o Ministro: enquanto medida de afastamento da soberania popular, a cassação de diploma pressupõe, além de provas convincentes e coerentes do ilícito praticado, que o processo tramite em absoluta conformidade ao devido processo legal. Eis o busflis da questão.

No mesmo sentido, vale citar a doutrina de Streck, para quem:

[...]. O direito vale... mesmo para o inimigo. Contra tudo e contra todos. Por quê? Por uma questão de princípio. Princípio é um padrão de comportamento. É deontológico. E o livrinho de regras? Ele vale. Contra tudo e contra todos. Constituição é um remédio contra maiorias. Eis o livrinho. A Constituição e a doutrina vigilante são os mecanismos externos para conter o solipsismo. Por isso o direito tem um grau de autonomia. [...]. O que é fazer a coisa certa? É fazê-la baseada em princípio(s).⁸²²

Votariam pela cassação os Ministros Herman Benjamin (Relator), Rosa Weber e Luiz Fux. E votariam pela absolvição os Ministros Admar Gonzaga, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto e Napoleão Nunes Maia. Por apertada maioria de quatro votos a três, portanto, as ações seriam julgadas *improcedentes*. E a improcedência das ações, com a absolvição da chapa presidencial eleita em 2014, no fim das contas, foi acertada, embora o caminho percorrido, da propositura das ações ao julgamento, não tenha sido sem solavancos. Inúmeras foram as incongruências, como demonstrado – *verdade real, livre convencimento, livre apreciação de provas, produção de provas pelo juiz, interesse público de lisura eleitoral* etc.). Todos estes problemas não passariam, definitivamente, por uma filtragem hermenêutica (*superação do esquema sujeito-objeto pelo giro ontológico linguístico e superação da discricionariedade tipicamente positivista*) e constitucional (*autonomia do Direito, normatividade constitucional, jurisdição constitucional, contraditório, não surpresa, imparcialidade do magistrado, devido processo legal, fundamentação das decisões judiciais, proibição de provas ilícitas, sistema*

⁸²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 20.962**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 16 de junho de 1989.

⁸²² STRECK, Lenio Luiz. O fator *stoic mujic*, a juíza Kenarik e o papel dos advogados, hoje! **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 fev. 2016c. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-11/senso-incomum-fator-stoic-mujic-juiza-kenarik-papel-advogados-hoje>>. Acesso em: 9 dez. 2018.

acusatório), na esteira da CHD. Este tipo de comportamento, longe de representar um compromisso dos candidatos com a busca por uma maior lisura nas eleições, seria mera instrumentalização da Justiça Eleitoral para fins individuais, tarefa à qual ela jamais deve se prestar a assumir.⁸²³

O direito eleitoral (e processual eleitoral) deve passar, necessariamente, por uma leitura constitucional, a qual deverá submeter tanto a atividade legiferante do Estado quando a interpretação e aplicação das regras democraticamente assentadas. Não se concebe, por conseguinte, falar em um Direito Eleitoral e Processual Eleitoral que esteja afastado desse pressuposto. O fundamento originário e legitimador da existência do Direito Eleitoral e Processual Eleitoral reside no paradigma do Estado Democrático de Direito, na CF de 1988, portanto, sendo que, assim, a sua legitimação somente se dará, inarredavelmente, por meio da sua instrumentalidade constitucional. Ocorre que o desalinho nas fontes do direito brasileiro tem sido insistente em bradar o contrário. E a resistência em constitucionalizar-se o direito eleitoral e processual eleitoral, como se vê, é permanente.

É a dita crise da teoria das fontes que, por estas bandas, também assenta fortes raízes. No mais, numa íntima conjugação com este problema, geralmente calcados em discursos de índole repressivo-moralista, sobretudo cotidianamente, existe um indiscreto preconceito com relação à eficácia da CF em âmbito eleitoral e processual eleitoral, seja na esfera da atividade legislativa, seja no escopo do poder judicial. Figuras como “filtragem constitucional” ou “efeito dirigente-compromissório” são, sobretudo, meras desconhecidas. E as interpretações voluntaristas/axiologistas e teleológicas/finalísticas, e, como tais, arbitrárias, representam a ordem do dia. O caso mais importante da história da Justiça Eleitoral brasileira fala por si.

A solução para o imbróglio, então, passa, seguramente, por uma aproximação entre constitucionalismo e hermenêutica jurídica. E por uma *crítica hermenêutica do direito*. A uma, pois não podemos mais ignorar a era da Constituição normativa e dos princípios constitucionais. E, a duas, pois a aposta na discricionariedade e no decisionismo judicial não é algo democrático. Se a era dos princípios constitucionais reduziu o espaço de discricionariedade do legislador (basta lembrar das cláusulas pétreas), não há, de igual maneira, espaço algum para deslocar-se tal “prerrogativa” (*sic*) para o campo judicial. Não se trata de algo democrático. Logo, não deve permanecer hígida na era da democracia constitucional.

⁸²³ GRESTA, Roberta Maia; NEISSER, Fernando Gaspar. Análise completa do julgamento da chapa Dilma/Temer pelo TSE. **Justificando**, [S.l.], 16 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/06/16/analise-completa-do-julgamento-da-chapa-dilma-temer-pelo-tse/>>. Acesso em: 14 out. 2018.

A prática jurídica eleitoral contemporânea, de tudo que se vê, vem demonstrando todos aqueles problemas denunciados pela CHD de Lenio Streck: baixa constitucionalidade, aprisionamento ao esquema sujeito-objeto, panprincipiologismo. Como consequência direta disso, há um condenável arrefecimento do Estado Democrático de Direito. E o pior: em um ramo que lida diretamente com a soberania popular e com a democracia representativa.

Para tanto, basta ver, de um lado, a considerável gama de “atos normativos” e dispositivos específicos afastados do paradigma do constitucionalismo contemporâneo vigentes e aplicáveis diuturnamente – como o art. 23. Isto é, o apego descriterioso ao objetivismo. E, de outro, como mencionado, a incessante e acrítica aposta na discricionariedade, no arbítrio e no ativismo/decisionismo/protagonismo judicial. Ou seja, o apego - não menos descriterioso - ao subjetivismo. A velha crença na dicotomia entre o intérprete “escravo da lei” e o intérprete “dos princípios” (dono dos sentidos da lei), como se a principiologia constitucional se prestasse a esta “abertura semântica”.

Fundamentalmente, é preciso compreender que esses modelos subsuntivos e as tentativas de reprimatizar axiologismos e/ou realismos jurídicos (tardios) não têm qualquer sustentação na filosofia, invadida que foi pela linguagem no século XX (*linguistic turn*, para dizer o menos!). Há limites no processo interpretativo. Na verdade, há muitos limites. E isto é assim. Afinal, no nosso cotidiano também não podemos sair por aí dizendo qualquer coisa sobre qualquer coisa. As coisas têm nome; não que esse nome provenha de uma essência; mas também não advém do *cogito* solitário do intérprete. Tudo isto o paradigma lingüístico-filosófico que revolucionou o século XX já nos deixou muito claro.⁸²⁴ Consequentemente,

[...] o processo hermenêutico não autoriza atribuições arbitrárias ou segundo a vontade e o conhecimento do intérprete. Aliás, este é um ponto fundamental da luta pela superação do positivismo-normativista: o constitucionalismo – compreendido paradigmaticamente – coloca freios à discricionariedade própria do positivismo-normativista. Mais do que isto, trata-se de uma questão de democracia.⁸²⁵ (grifo nosso).

Logo, o Direito do Estado Democrático de Direito “[...] não é indiferente às razões pelas quais um juiz ou um tribunal toma suas decisões. O Direito, sob o paradigma do Estado

⁸²⁴ GRESTA, Roberta Maia; NEISSER, Fernando Gaspar. Análise completa do julgamento da chapa Dilma/Temer pelo TSE. **Justificando**, [S.l.], 16 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/06/16/analise-completa-do-julgamento-da-chapa-dilma-temer-pelo-tse/>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁸²⁵ STRECK, Lenio Luiz. O fator *stoic mujic*, a juíza Kenarik e o papel dos advogados, hoje! **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 fev. 2016c. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-11/senso-incomum-fator-stoic-mujic-juiza-kenarik-papel-advogados-hoje>>. Acesso em: 9 dez. 2018.

Democrático de Direito, cobra reflexão acerca dos paradigmas que informam e conformam a própria jurisdição constitucional”.⁸²⁶ E a jurisdição constitucional, importa frisar, não é privilégio do STF. Em verdade, considerando o controle difuso de constitucionalidade das leis ou atos normativos, todo juiz é juiz constitucional ou, noutras palavras, todo e qualquer magistrado exerce (deve exercer) jurisdição constitucional.

Consoante a doutrina de Miguel Tedesco Wedy,

“[...] para que um processo seja eficiente e justo, ele não poderá prescindir de garantias. Falamos, assim, da presunção de inocência, da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da intimidade e da privacidade e do sigilo profissional, do direito ao silêncio, da oralidade, da publicidade [...]. Tais garantias não devem ser desprezadas sob pretexto de alcançar a verdade a justiça a qualquer preço”⁸²⁷.

Desse modo, é assim, e tão somente assim, que poderemos vencer esta dogmática que, mesmo nos tempos hodiernos, acaba apostando, de um lado, em legalismos rasteiros, com a aplicação de dispositivos legais *lato sensu* (e eu incluo aqui as resoluções do TSE) manifestamente inconstitucionais, e, de outro, na discricionariedade e no decisionismo e/ou em posturas voluntaristas, axiologistas, utilitaristas e pragmati(c)istas, ou, ainda, em argumentos de moral ou de política em detrimento dos argumentos de princípio no ato da interpretação-aplicação, algo que sói ocorrer no âmbito da práxis eleitoral e que, ao final e ao cabo, dará (e dá) azo tão somente a um estado de arte inundado por voluntarismos antidemocráticos (o que, à jurisdição eleitoral, é muito conhecido).

⁸²⁶ OLIVEIRA, 2004, p. 51 apud Id. Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 jan. 2006b. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina>. Acesso em: 8 dez. 2018.

⁸²⁷ WEDY, Miguel Tedesco. **A Constituição, eficiência e garantias nas dez propostas do MPF contra a corrupção**. In STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGLEMAN, Wilson. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – Mestrado e Doutorado, n. 12. Porto Alegre, 2016, pp. 169-180.

6 CONCLUSÃO

A Justiça Eleitoral surgiu historicamente no Brasil em um contexto marcado por fraudes eleitorais de toda ordem, especialmente vinculadas ao *establishment* político dominante até então. Nesse contexto, fenômenos históricos como o “coronelismo” e o “voto de cabresto”, e até mesmo o caráter patrimonialista-estamental característico da formação e evolução do Estado brasileiro, se encontram intimamente vinculados à criação e à consolidação deste ramo especializado do Poder Judiciário nacional.

Conforme demonstramos, a razão para a criação da Justiça Eleitoral foi a seguinte: pensou-se, muito a partir das ideias de Assis Brasil, em uma instituição apartada das forças políticas dominantes, e, portanto, distante e imparcial, incumbida de gerir ou administrar os processos eleitorais e zelar para que estes transcorressem com isonomia, transparência, tranquilidade e legitimidade. A Justiça Eleitoral definitivamente é uma instituição edificada com o fito de quebrar a marca patrimonialista e estamental cristalizada na estrutura do Estado brasileiro desde a sua gênese e, de mais a mais, respingou ao longo do tempo nas eleições para a escolha dos representantes políticos da Nação – fraudes eleitorais, coronelismo, voto censitário etc.

De qualquer modo, qual o papel do Judiciário Eleitoral, uma vez imerso em uma democracia constitucional – como a brasileira? Ficou registrado no curso da pesquisa que a Justiça Eleitoral ou, por que não, a jurisdição eleitoral, por si, não é incompatível com esse sistema. Ou seja: a democracia e a Justiça Eleitoral não são antagônicas, sobretudo, por oportuno, se a atividade desta estiver estritamente alinhada aos preceitos basilares daquela. Eis a nossa percepção.

Entretanto, a Justiça Eleitoral tem sido cada vez mais instada a se manifestar sobre as condutas praticadas por determinados candidatos a mandatos eletivos no âmbito dos processos eleitorais país afora, dentre as quais compra de votos, abusos de poder político e econômico, uso indevido de meios de comunicação social, caixa dois etc. Além disso, não podemos ignorar as hipóteses de impugnação a registros de candidatura e recursos contra a expedição de diplomas, demandas que giram em torno de condições de elegibilidade e hipóteses de inelegibilidade. Tais fatos têm resultado em inúmeras cassações de registros diplomas e mandatos, tanto de vereadores, como de prefeitos e até de governadores. Em inúmeras ocasiões, aliás, o candidato “cassado” havia conquistado expressiva votação, o que lhe atribuía considerável legitimidade popular.

Diante desse cenário, de onde exsurge a marcante juridicização dos processos eleitorais hodiernos, cumpru-nos (re)discutir o papel da Justiça Eleitoral brasileira, dando enfoque primordial à questão envolta ao *conteúdo* das respectivas decisões, de modo a compatibilizá-las ao (novo) modelo advindo do Estado Democrático de Direito, tudo para que o poder do voto não vá dando espaço ao solipsismo tribunalício, problema que é grave e que, como tal, mereceu ser tempestivamente enfrentado. Trata-se de uma questão de democracia!

Buscou-se, com a pesquisa, promover a união da atividade jurisdicional eleitoral com o constitucionalismo contemporâneo, de modo a evitar que a atividade judicante advinda desta justiça especializada, por meio de posturas absolutamente descompassadas, avance contra os preceitos inatos à democracia de direito. O contrário seria *paradoxal*: um poder imiscuído da defesa da legitimidade dos processos eleitorais atacando a democracia a partir das suas decisões. E, para tanto, a proposta visou aproximar da jurisdição eleitoral a CHD de Lenio Streck, como verdadeira condição de possibilidade para um agir constitucionalizado e democratizado no *decidir* da Justiça Eleitoral, tomando-se como norte o caso da Chapa Presidencial eleita em 2014, servindo, pois, de um grande parâmetro a explicitar como a jurisdição eleitoral brasileira vem caminhando, marcada, pois, por um déficit hermenêutico e constitucional acentuado, conforme demonstramos.

Com efeito, o caso do pedido de cassação da Chapa Dilma-Temer, eleita nas eleições presidenciais de 2014, foi julgado definitivamente pelo TSE em meados de junho de 2017.

Rememorou-se que em dezembro de 2014 as contas da campanha da então Presidente da República Dilma Rousseff, e de seu vice, o ex-Presidente da República Michel Temer, foram aprovadas com ressalvas pelo TSE. No entanto, considerado o aspecto formal das contas de campanha, as ressalvas desencadearam três ações judiciais patrocinadas pelo PSDB e pela Coligação “Muda Brasil”, ocasião na qual foram denunciadas diversas irregularidades, dentre as quais citamos: a prática de condutas vedadas (grosso modo, a utilização da estrutura da Presidência para a promoção da campanha, em afronta ao princípio republicano e à igualdade de oportunidades entre os candidatos), abuso de poder econômico (grosso modo, a utilização do poderio econômico do Estado, cristalizado no desvio de recursos públicos e de recursos originários de propinas destinados à campanha) e, ainda, “caixa dois” de campanha, tendo em vista a existência de recursos não contabilizados e também na existência de fraudes nas transferências de recursos e no pagamento de serviços pretensamente contratados e prestados aos candidatos.

Foram propostas, para tanto, *quatro ações judiciais eleitorais*, a saber: duas AIJE, com escopo no artigo 22 da LC n° 64/90; uma RP, com assento no artigo 30-A da Lei n° 9.504/97;

e uma AIME, a partir do artigo 14, §10, da CF. Postulou-se, com isso, a cassação dos diplomas dos candidatos majoritários eleitos no pleito de 2014 e a cassação dos respectivos mandatos eletivos. As ações mais relevantes foram a primeira a última. E o julgamento seria conjunto.

Em data de 17 de junho de 2017 sobreveio julgamento de mérito, ocasião na qual, por quatro votos a três, as ações foram julgadas totalmente *improcedentes*. Votaram pela cassação os Ministros Herman Benjamin, Rosa Weber e Luiz Fux. Votaram pela absolvição os Ministros Admar Gonzaga, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto e Napoleão Nunes Maia. Por apertada maioria de quatro votos a três, portanto, as ações foram julgadas *improcedentes*, negando-se, dessa maneira, a cassação dos diplomas – e dos mandatos – outorgados aos candidatos majoritários eleitos na eleição de 2014.

Como constatado, os votos proferidos, especialmente os vencidos, contaram, no entanto, com diversas incongruências. A esse respeito, por exemplo, o Min. Relator do feito, Herman Benjamin, para condenar os demandados, se pautou em dogmas obsoletos e filosoficamente insustentáveis como a “verdade real” e o “livre convencimento”. E voto vencido exarado pelo Ministro Luiz Fux, a seu turno, igualmente para efeito de condenar os representados, a todo o momento citou os “anseios populares” e a “vontade da sociedade” para fundamentar a sua decisão, como se a “opinião pública”, considerada como tal aquela “opinião publicada”, cristalizadora dos “anseios” da maioria, pudesse pautar os julgamentos. Também o artigo 23 da LC nº 64/90, que autoriza que o juiz produza provas de ofício e julgue com base em presunções com o fito de resguardar o “interesse público de lisura eleitoral”, foi insistentemente citado. Em suma, tendo em vista tudo o que acima vai exposto, tratou-se, pois, de uma decisão claramente ativista, no sentido de protagonista ou solipsista, e inconstitucional.

Noutras palavras, a partir do recorte formulado, foi plenamente possível extrair, notadamente daquilo que representou o cerne do debate travado no âmbito da jurisdição eleitoral superior, diversas incongruências insustentáveis hermenêutica e constitucionalmente, como um problema de índole jurídica e filosófica no ato da interpretação-aplicação do Direito (Eleitoral, no caso). O julgamento, em verdade, por ter sido o mais importante da história da Justiça Eleitoral, reuniu todas (ou boa parte) das incongruências verificadas no exercício da jurisdição, problemas estes que a pesquisa identificou na história institucional do TSE como um todo. A esse respeito, p. ex.: I) verdade real; (II) livre convencimento (motivado ou não, não importa); (III) livre apreciação da prova; (IV) ritos processuais (que são garantias contra o (ab)uso de poder) massacrados a partir de posturas voluntaristas; (IV) provas colhidas e acolhidas ao arrepio do contraditório; (V) direitos fundamentais submetidos a argumentos vagos e meramente retóricos como o “interesse público” ou o “bem comum”; (VI) decisões

judiciais carecedoras de fundamentação idônea e, por certo, desprovidas de um agir constitucional (CF, art. 93, IX); (VII) tentativas de subordinação do direito (ou da sua autonomia) a argumentos de moral ou de política; (VIII) a moral subjetiva como predadora ou adjudicadora do direito (e a moral, definitivamente, não corrige o direito; se assim fosse, aliás, o que corrigiria a moral?); (IX) provas ilícitas acolhidas com lastro em argumentos discricionários e abstratos e, como tais, facilmente manipuláveis, como o já mencionado “interesse público” (*sic*), mesmo que a Constituição impeça que qualquer indivíduo seja investigado, denunciado, processado e condenado com base em elementos probatórios obtidos por meios ilícitos; (X) a marcante figura do juiz-ator ou juiz-inquisidor; (XI) o *panprincipiologismo* (Streck); (XII) o instrumentalismo ou, até mesmo, o inquisitivismo; (XIII) o apego a mitos interpretativos desconectados do paradigma do Estado Democrático de Direito, como os tais fatos públicos e notórios (a quem?), a analogia (a quê) e os princípios gerais de direito (e os princípios constitucionais, como ficam?); (XIV) a aposta em indícios e presunções (?) como elementos hábeis à desconstituir um registro de candidatura, um diploma ou até mesmo um mandato eletivo (XV) inversão do ônus da prova; (XVI) a sustentação de construções voluntaristas; e (XVII) interpretações teleológicas ou finalísticas absolutamente antidemocráticas; e aquelas outras pregações que acabam por descambar numa cena na qual impera a discricionariedade/arbitrariedade interpretativa, para citar apenas estes.

Verificamos, no curso da pesquisa, que todos os votos vencidos, que caminharam no sentido de julgar procedentes as ações e, com isso, cassar os diplomas outorgados à Chapa presidencial eleita em 2014, em maior ou menor medida não passariam por essa filtragem hermenêutica e constitucional, seja porque impuseram aos demandados indevida inversão do ônus da prova e presunção de culpa, seja porque os respectivos fundamentos consubstanciaram, como visto acima, argumentos de moral e de política, e não argumentos de princípio. Sem mencionar o insistente apelo ao art. 23 da LC. 64/90, como se tal dispositivo legal representasse uma “carta-branca” para que o magistrado pudesse transformar o processo judicial eleitoral em verdadeiro instrumento de inquisição.

Com a pesquisa que realizamos, pudemos verificar que o artigo 23 da LC nº 64/90 foi citado no acórdão em comento por dezessete (17) vezes, enquanto os termos “lisura eleitoral” e “interesse público” foram mencionados em vinte e quatro (24) e sessenta e seis (66) oportunidades, respectivamente. E assim o foram para cancelar o acolhimento de provas que deram conta de fatos não consignados nas iniciais e com o objetivo de dar guarida aos poderes instrutórios do juiz, mesmo que tal ato represente manifesto inquisitivismo.

A decisão da Relatoria, p. ex., naquilo que fora acompanhada pelos ministros Luiz Fux e Rosa Weber, impunha verdadeira inversão do ônus da prova e presunção de culpa em desfavor dos acusados, portanto, considerando que não havia (como de fato não há) individualização dos pretensos recursos originados de propinas que teriam adentrado aos cofres da campanha presidencial de 2014. A acusação não provou as suas alegações.

Acompanhando a mesma conclusão adotada pelo Min. Herman Benjamin, a Min. Rosa Weber afirmou que: “Não bastasse a conclusão sobre os demais fatos relacionados a este tópico a que chegou o eminente relator, com a qual concordo, a análise que faço, como possibilita o art. 23 da LC 64/90, me leva a considerar ser, a conclusão a que cheguei ao formar minha convicção”... no sentido de concluir pela existência de abuso de poder econômico. Ocorre, no entanto, que não se pode “transferir ao doador ou ao partido o poder de dizer que ‘separou’ o valor sujo do valor limpo”, também não se pode transferir o ônus da prova aos acusados, no sentido de provarem que os valores recebidos “não seriam sujos”. O ponto focal é que o ônus de provar que os valores recebidos pela campanha presidencial seriam fruto de desvios de recursos públicos é da acusação, valendo dizer: deveria, pois, a acusação, ter provado de onde teriam saído tais recursos, em que monta, e qual a sua destinação devidamente individualizada. Não o fez, pelo que consta. O voto da Min. Rosa Weber, assim sendo, novamente impôs aos demandados inversão do ônus da prova e, diga-se, presunção de culpa – valendo lembrar que as alegações se sustentaram apenas e tão somente na palavra de delatores.

E não foi distinto quanto ao voto do Min. Luiz Fux, cuja manifestação assentou que “[...] hoje vivemos um verdadeiro pesadelo pelo descrédito das instituições, pela vergonha, pela baixa estima que hoje nutrimos em razão do despudor dos agentes políticos que violaram a soberania popular. O ambiente político hoje está severamente contaminado. E a hora do resgate é agora”. Luiz Fux considerou que os fatos que levaram à discussão nesse julgamento “são gravíssimos, são insuportáveis”. “Será que eu, como magistrado que vai julgar uma causa agora, com esse conjunto, vou me sentir confortável usando um instrumento processual para não encarar a realidade?”, questionou o ministro emendando com a resposta: “Não”.

Ao acompanhar o relator, o ministro considerou que a decisão justa e efetiva é aquela que é proferida levando em consideração a realidade. “Direito e realidade não podem ser apartados justamente numa decisão final”, afirmou. “Acolho as conclusões do relator”, disse Fux, ao relatar os pontos relevantes que considera suficientes para a cassação da chapa, como a existência de ilícitos comprovados de “propina-poupança” na Petrobras, distribuição de propinas, a existência de caixa dois, entre outros. Por fim, o ministro afirmou que vota pela

cassação da chapa como magistrado e “como brasileiro que amo este país, que é o berço dos nossos filhos e netos, em nome da ética e da moralidade”.

O apelo incansável à “realidade”, à “moralidade” e a dizeres adjetivados confessa que o voto do Ministro esteve, a mais não poder, contaminado por argumentos de moral e de política, não de princípio. Com tais apelos, assim sendo, pode-se dizer, com o devido e merecido acatamento, que a referida decisão não cumpriu com aquilo que a CHD de Lenio Streck, com inspiração na teoria do direito como integridade de Dworkin, chama de responsabilidade política dos juízes.

Os próprios votos vencedores, que se posicionaram pela improcedência das demandas, também não escapariam, ao menos em parte, conforme foi possível verificar. E isso fica evidente quando nos deparamos com argumentos como: “A matéria não é novidade neste tribunal, mas o que há de inusitado é o nível político pela notoriedade das partes envolvidas” (a nossa crítica é a de que não deve-se julgar os casos jurídicos de acordo com as partes envolvidas ou com as repercussões externas); ou “não há como aferir credibilidade dos testemunhos dos delatores, que devem ser relativizados, com ‘muita cautela’” (aqui a crítica é de que os depoimentos de delatores, em verdade, não possuem sequer status de prova, são meros indícios, cuja oitiva em sede eleitoral, neste caso e na condição de testemunhas, sequer deveria ter sido admitida, por essa e por outra razão, qual seja o rito processual constante do *caput* do art. 22 da LC n. 64/90); ou, ainda, preocupações diversas com a repercussão social de uma possível cassação, como se autoridades públicas, considerado o respectivo posto, fossem imunes a controle (como “Não se substitui um presidente da República a toda hora, ainda que se queira”).

A questão, como bem assentou o Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, é que “não ficou comprovado se esses recursos eram destinados às campanhas ou não”, e que “outros depoimentos também colhidos pela Justiça Eleitoral não comprovaram que haveria pagamento de propinas voltadas à campanha presidencial daquele ano, não havendo provas das mesmas. Além disso, as doações de pagamento ilícitos eram referentes a anos anteriores”.

Coube, finalmente, ao Ministro Gilmar Mendes restabelecer a ordem jurídico-constitucional, tudo ao afirmar em seu voto de desempate que: “A Constituição Federal valoriza a soberania popular a despeito do valor das nossas decisões, dos critérios que usamos, e isso é muito relevante. A cassação de mandatos deve ocorrer em situações inequívocas. [...]. Aqui há um ethos constitucional que precisa ser levado em conta, tendo em vista a democracia. E dizer que se pode expandir o processo, que o art. 23 autoriza, há interesse público dentro dos marcos da legislação. O processo é garantia, não é voluntarismo, em outras áreas, inclusive. Mas, na área eleitoral, com maior razão, porque é esse o objeto que se tem de levar em conta. É muito

fácil fazer discurso de moralismo. Todos nós queremos correção”. Com razão o Ministro: enquanto medida de afastamento da soberania popular, a cassação de diploma pressupõe, além de provas convincentes e coerentes do ilícito praticado, que o processo tramite em absoluta conformidade ao devido processo legal. Eis o busfílis da questão.

Agora, quais as raízes desses problemas? E mais importante: como saná-los? Com assento na CHD de Lenio Streck foi possível verificar que tais intempéries são derivadas de uma duplicidade de fenômenos: a crise do paradigma aristotélico-tomista e da filosofia da consciência (o aprisionamento tardio ao esquema sujeito-objeto) e a nada discreta baixa constitucionalidade (em sentido lato) no âmbito da jurisdição eleitoral em específico, com tudo que isso representa.

O século XX “foi generoso para com o direito e a filosofia. No direito, o segundo pós-guerra proporcionou a incorporação dos direitos de terceira dimensão ao rol dos direitos individuais (primeira dimensão) e sociais (segunda dimensão). Às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático de Direito agrega um *plus* (normativo): o direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a explicitar as possibilidades para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, questão que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, onde o *welfare state* não passou de um simulacro”.

Na filosofia, por sua vez, “[...] o giro ontológico-linguístico operou uma verdadeira revolução copernicana no campo da hermenêutica”. Quer dizer: “A linguagem, entendida historicamente como uma terceira coisa interposta entre um sujeito e um objeto, recebe o status de condição de possibilidade de todo o processo compreensivo. Torna-se possível, assim, superar o pensamento metafísico que atravessou dois milênios, isto porque se no paradigma da metafísica clássica os sentidos —estavam nas coisas e na metafísica moderna na mente (consciência de si do pensamento pensante), na guinada pós-metafísica o sentido passa a se dar na e pela linguagem”. É, portanto, no interior destas duas revoluções “que devemos considerar o novo constitucionalismo (Constitucionalismo Contemporâneo) como superador dos diversos positivimos (do clássico-exegético, nas três versões — francesa, alemã e inglesa do positivismo — aos positivimos que apostam no protagonismo judicial, mormente a partir da admissão do poder discricionário dos juízes). Daí a possibilidade de afirmar a existência de uma série de oposições/ incompatibilidades entre o Constitucionalismo Contemporâneo e o(s) positivismo jurídico(s), a começar pela singela razão de que, se as constituições tem a pretensão de resgatar as promessas incumpridas da modernidade (pensemos nos países de modernidade tardia com o Brasil), por qual razão deveríamos deixar que os juízes venham a cavar por debaixo

da lei na busca de elementos que estão, ao fim e ao cabo, na sua concepção solipsista de sociedade?”.

A prática jurídica eleitoral, a partir daquele que é o caso mais importante já julgado pelo TSE, demonstrou essa clara crise de paradigmas e, conseguintemente, na compreensão e utilização das fontes do direito atual, cujo centro do debate deve perpassar necessariamente pela Constituição. E, como consequência direta disso, há um condenável arrefecimento do Estado Democrático de Direito, especialmente em um ramo do conhecimento jurídico que lida diretamente com a formação da soberania popular.

Para tanto, bastou ver, de um lado, a considerável gama de “atos normativos” e dispositivos específicos afastados do paradigma do constitucionalismo contemporâneo aplicados ao caso (como o art. 23 da LC n. 64/90). Isto é, o apego descriterioso ao objetivismo. E, de outro, como mencionado, a incessante e acrítica aposta na discricionariedade, no arbítrio e no ativismo/decisionismo/protagonismo judicial, algo verificado na produção de provas de ofício pelo magistrado, pela inversão do ônus da prova mesmo em um processo eminentemente acusatório, pela presunção de culpa imposta aos demandados pelos votos vencidos, pela não aplicação de dispositivos legais sem o atravessamento da jurisdição constitucional. Ou seja, mesmo em pleno século XXI, o apego - não menos descriterioso - ao subjetivismo. A velha crença na dicotomia entre o intérprete “escravo da lei” e o intérprete “dos princípios” ou, neste caso, dos “clamores populares” (dono dos sentidos da lei). Noutras palavras, o que todo esse enredo denota é uma crise de paradigmas tão denunciada por Lenio Streck. Isto é, a *crise do paradigma aristotélico-tomista e da filosofia da consciência* (e das teses voluntaristas no atacado) porquanto, segundo a lição, de um lado, a dogmática se encontra sustentada pelas posturas objetivistas acima denunciadas e, de outro, quando geralmente interessa, no subjetivismo, que vem a encobrir o solipsismo judicial (livre convencimento, livre apreciação das provas, protagonismo judicial, ponderação de valores, etc.). Ou seja, nada mais, nada menos, do que o (ainda vigente) *esquema sujeito-objeto*.

Já a baixa constitucionalidade restou verificada, no mesmo contexto, a partir do momento em que foi possível verificar inúmeras inconstitucionalidades no curso do processo, em afronta ao contraditório, ao sistema acusatório, ao devido processo legal, à imparcialidade do juiz e à equidistância do juiz, à presunção de inocência. A esse respeito, basta rememorar que as “provas” mais relevantes utilizadas pelos votos vencidos para concluir pela procedência das ações e, portanto, pela cassação dos diplomas presidenciais, não foram trazidas aos autos pela acusação, cuja produção, no entanto, ficou a cargo do Ministro Relator, como se inquisidor fosse. Também, no mesmo prosseguir, dispositivos inconstitucionais, de um lado, foram

aplicados (vide arts. 7º e 23 da LC n; 64/90), enquanto outros dispositivos legais constitucionais não foram aplicados, mesmo sem que a jurisdição constitucional tenha sido acionada (vide *caput* do art. 22 da LC n; 64/90).

De igual modo, a autonomia do Direito foi constantemente enfraquecida por ocasião de alguns dos votos proferidos pelos Ministros da Corte, tudo ao afirmarem, mediante um olhar *consequencialista* e por meio de *argumentos de moral e de política*, para ficar claro, que, uma vez já ajuizadas as ações, limites temporais à produção de novas provas sobre novos pretensos fatos delituosos, em respeito à estabilização da demanda e ao princípio do contraditório e do devido processo legal, constituiriam “filigranas”. Nas palavras do Min. Luiz Fux, seria “impossível uma corte descobrir e não levar em consideração. Nós somos uma corte. Avestruz é que enfia a cabeça no chão”. Atacou-se, com isso, *a autonomia do Direito*, afinal, pelo que se depreende, o Direito (Eleitoral) acabou *predado pela moral e pela política*, em afronta à legalidade constitucional (contraditório) e em afronta à legalidade estrita (art. 22, *caput*, da LC n. 64/90).

Votariam pela cassação os Ministros Herman Benjamin (Relator), Rosa Weber e Luiz Fux. E votariam pela absolvição os Ministros Admar Gonzaga, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto e Napoleão Nunes Maia. Por apertada maioria de quatro votos a três, portanto, as ações seriam julgadas *improcedentes*. E a improcedência das ações, conforme indicamos, com a absolvição da chapa presidencial eleita em 2014, no fim das contas, foi acertada, embora o caminho percorrido, da propositura das ações ao julgamento, não tenha sido sem solavancos. Inúmeras foram as incongruências, como demonstrado - *verdade real, livre convencimento, livre apreciação de provas, produção de provas pelo juiz, interesse público de lisura eleitoral* etc.). E foi acertada pelo evidenciar de atropelos ao rito processual correspondente, ao contraditório, ao devido processo legal etc., bem assim pelo fato de a demanda não ter contado com provas robustas a indicar vinculação direta entre o desvio de recursos públicos e o aporte desses mesmos recursos com o fito de “maximizar” a campanha majoritária.

Ocorre que todos estes problemas não passariam, definitivamente, por uma filtragem hermenêutica (superação do esquema sujeito-objeto pelo giro ontológico linguístico e superação da discricionariedade tipicamente positivista) e constitucional (autonomia do Direito, normatividade constitucional, jurisdição constitucional, contraditório, não surpresa, imparcialidade do magistrado, devido processo legal, fundamentação das decisões judiciais, proibição de provas ilícitas, sistema acusatório), na esteira da CHD, tal e qual verificamos.

Nesse ínterim, o que despontou durante a pesquisa que realizamos, é que há, infelizmente, uma resistência demasiado acentuada em constitucionalizar-se de uma vez por

todas o Direito Eleitoral – e o Processual Eleitoral. No mais, numa íntima conjugação com este problema, geralmente calcados em discursos de índole repressivo-moralista, sobretudo cotidianamente, existe um indiscreto preconceito com relação à eficácia da CF em âmbito eleitoral e processual eleitoral, seja na esfera da atividade legislativa, seja no escopo do poder judicial. Figuras como “filtragem constitucional” ou “efeito dirigente-compromissório” são, sobretudo, meras desconhecidas. E as interpretações voluntaristas/axiologistas e teleológicas/finalísticas, e, como tais, arbitrárias, representam a ordem do dia.

Nesse caminho, então, é que provas ilícitas são admitidas; atos processuais tomados ao arrepio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal são legitimados; álibis retórico-argumentativos como a verdade real, o livre convencimento, a livre apreciação das provas etc., são manipulados de modo a esconder uma vontade de poder que reside em condenar; a presunção de inocência é relativizada; a inversão do ônus da prova se impõe, ainda que veladamente; interpretações voluntaristas, discricionárias e, como tais, arbitrárias, são efetivadas; discursos sensacionalistas são corriqueiros; a autonomia do direito dá lugar à moral subjetiva e a fundamentos de moral e de política (em detrimento dos argumentos de princípio); condenações são lavradas através de meros testemunhos, prestados, evidentemente, por pessoas imersas no ambiente de disputa eleitoral, no qual, bem sabemos, imperam, por vezes, paixões condenáveis; o “interesse público” é manipulado como um argumento a legitimar ilegalidades; o poder judiciário se torna artífice do sistema acusatório (produzindo provas e afins); etc. Todos esses problemas estiveram, em maior ou menor grau, presentes no julgamento sob análise.

Daí, pois, que a jurisdição eleitoral brasileira, logo no caso mais relevante julgado em sua alçada, dessa forma, denotou, pois, um déficit paradigmático e constitucional clarividente (e profundo), de modo que o acolhimento destas novas provas, e a aceitação expressa da minoria quanto à possibilidade de o juiz produzir provas a granel, transformando-se em claro investigador em detrimento das partes (principalmente da defesa, por óbvio), representou manifesto inquisitivismo, além de ter sido algo proveniente de argumentos morais e políticos, em desrespeito à autonomia do direito (tão defendida pela CHD de Lenio Streck), como se a argumentos morais subjetivos e políticos pudessem colonizar o Direito no ato da aplicação – isso fica evidente no voto do Ministro Luiz Fux, que afirmou que o tribunal não poderia produzir um julgamento que desconsiderasse a “realidade política”.

Em todos os casos, enfim, há direitos fundamentais de primeira grandeza sob a mira deste problema, tratando-se de algo, portanto, que contribui significativamente para o arrefecimento do Estado Democrático de Direito, onde o poder do voto vai dando espaço ao

solipsismo tribunalício. E, por oportuno, acabando por contrariar irremediavelmente aquilo que o Min. Gilmar Mendes costuma chamar de “atuação minimalista da Justiça Eleitoral”.

O direito eleitoral (e processual eleitoral) deve passar, necessariamente, por uma leitura constitucional, a qual deverá submeter tanto a atividade legiferante do Estado quando a interpretação e aplicação das regras democraticamente assentadas. Não se concebe, por conseguinte, passados 30 anos da promulgação da Constituição de 1988, falar-se em um Direito Eleitoral e Processual Eleitoral que esteja afastado desse pressuposto. O fundamento originário e legitimador da existência do Direito Eleitoral e Processual Eleitoral reside no paradigma do Estado Democrático de Direito, na CF de 1988, portanto, sendo que, assim, a sua legitimação somente se dará, inarredavelmente, por meio da sua instrumentalidade constitucional. Ocorre que o desalinho nas fontes do direito brasileiro tem sido insistente em bradar o contrário. E a resistência em constitucionalizar-se o direito eleitoral e processual eleitoral, como se vê, é permanente.

A solução para o imbróglio, então, passa, seguramente, por uma aproximação entre constitucionalismo e hermenêutica jurídica. E por uma *crítica hermenêutica do direito*, consoante procuramos defender. A uma, pois não podemos mais ignorar a era da Constituição normativa e dos princípios constitucionais. E, a duas, pois a aposta na discricionariedade e no decisionismo judicial não é algo democrático. Se a era dos princípios constitucionais reduziu o espaço de discricionariedade do legislador (basta lembrar-se das cláusulas pétreas), não há, de igual maneira, espaço algum para deslocar-se tal “prerrogativa” (*sic*) para o campo judicial. Não se trata de algo democrático. Logo, não deve permanecer hígida na era da democracia constitucional. E o pior: em um ramo que lida diretamente com a soberania popular e com a democracia representativa.

É impositivo, portanto, que venhamos, definitivamente, a olhar o novo com os olhos do novo (Streck). Necessitamos de uma nova teoria das fontes. De uma contemporânea teoria da norma. Efetivar um sério crivo de constitucionalidade nas leis eleitorais brasileiras. E inculcar no ideário dos juristas eleitorais brasileiros uma robusta teoria da Constituição e da Decisão, sobretudo à luz do paradigma do constitucionalismo contemporâneo, extirpando, pois, de uma vez por todas, este ceticismo hermenêutico (Streck) que nos rodeia.

Parafraseando aqui Miguel Tedesco Wedy, *para que um processo seja eficiente e justo, ele não poderá prescindir de garantias*. E tais garantias, ademais, *não devem ser desprezadas sob pretexto de alcançar a “verdade” ou a “justiça” a qualquer preço*.

Desse modo, é assim, e tão somente assim, que poderemos vencer esta dogmática que, mesmo nos tempos hodiernos, acaba apostando, de um lado, em legalismos rasteiros, com a

aplicação de dispositivos legais *lato sensu* (e eu incluo aqui as resoluções do TSE) manifestamente inconstitucionais, e, de outro, na discricionariedade e no decisionismo e/ou em posturas voluntaristas, axiologistas, utilitaristas e pragmati(ci)stas, ou, ainda, em argumentos de moral ou de política em detrimento dos argumentos de princípio no ato da interpretação-aplicação, algo que sói ocorrer no âmbito da *práxis* eleitoral, como demonstrado à saciedade, e que, ao final e ao cabo, dará (e dá) azo tão somente a um estado de arte inundado por voluntarismos antidemocráticos.

Como solução (a crítica não deve vir desacompanhada de uma solução ou, ao menos, de uma sugestão para a...), procuramos realizar uma aproximação entre a jurisdição eleitoral e a CHD de Lenio Streck – daí o título: *Crítica Hermenêutica do Direito Eleitoral*, o que foi feito, considerada a diversidade de problemas verificados no seio daquela a partir do seu caso jurídico mais rumoroso, em toda sua amplitude, com a abordagem, pois, das suas duas fases (a primeira, de índole hermenêutico-filosófica, e a segunda, a partir da aproximação com a teoria do direito como integridade de Dworkin).

Ao final e ao cabo, através de seus pilares-mestres (superação do esquema sujeito-objeto, o controle hermenêutico das decisões judiciais, a constituição como norma, a integridade a coerência do Direito, a resposta constitucionalmente adequada, a distinção entre judicialização da política e ativismo judicial, os cinco princípios a serem observados no âmbito da interpretação jurídica e as únicas seis hipóteses pelas quais o juiz não estaria obrigado a aplicar a lei ou o texto legal), a aproximação da CHD com a jurisdição eleitoral possibilitará, sobremaneira, a constitucionalização deste importante ramo especializado da Justiça nacional, ao passo que o intérprete que seguir os caminhos indicados primordialmente nos dois últimos capítulos da pesquisa, observando o roteiro hermenêutico-constitucional ali proposto, certamente estará contribuindo para o alinhamento da jurisdição eleitoral com os paradigmas filosófico-constitucionais contemporâneos e, portanto, para o exercício de uma jurisdição devidamente constitucionalizada, em respeito, pois, à soberania popular e à democracia representativa.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AGRA, Walber de Moura. **Temas polêmicos do Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ALMEIDA, Ana Paula Evangelista de; MADALENO, Izabella. Da Monarquia à República: como a ficção literária retratou os entraves intelectuais e políticos desse período. **CS online – Revista Eletrônica de Ciências Sociais**, Juiz de Fora, v. 7, n. 15, p. 35-53, jan./abr. 2013. Disponível em: <<https://csonline.ufjf.emnuvens.com.br/csonline/article/view/2261/1608>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

ALVES, Fernando de Brito. Cidadania e direitos políticos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 877, 27 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7628>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

ALVIM, Frederico Franco. O implemento do método democrático na história da democracia. **Revista Eletrônica da EJE**, Brasília, ano 3, n. 2, 2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-2-ano-3/o-implemento-do-metodo-democratico-na-historia-da-democracia>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

ARAÚJO, André Leite; PUH, Júlio Lopes Milan; SANTOS, Rafael Carli Ramos dos. **A permanência das elites no poder e suas relações com o imperador**. São Paulo: USP, 2015.

ARENDT, Hannah. **O que é política**. Tradução de Reinaldo Guarany. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

_____. **Origens do totalitarismo**. Companhia de Bolso: São Paulo, 2013.

ASSIS BRASIL, João Francisco. **Democracia representativa: do voto e do modo de votar**. Rio de Janeiro: Impr. Nacional, 1931.

BAHIA. Tribunal Regional Eleitoral. **Recurso Eleitoral n.º. 13653-50**. Salvador, 24 de maio de 2011.

BARCELOS, Guilherme. **O STF e o neoconstitucionalismo à brasileira: quem nos protege da bondade dos bons?** Palestra. Concipol (Teresina-PI). 25 maio 2018a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/palestra-concipol-stf-guilherme-barcelos.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2018.

_____. **Processo Judicial Eleitoral e provas ilícitas: a problemática das gravações ambientais clandestinas**. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. **Revisitando as origens da Judicial Review: o nascedouro do controle judicial de constitucionalidade, de Sir. Edward Coke à John Marshall**. Florianópolis: Habitus, 2018b.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. **Ciência política**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de instrução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. **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: 10 out. 2018.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015a**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. **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: 22 fev. 2018.

_____. **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: 22 fev. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Conheça a história do voto no Brasil**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/93439-CONHECA-A-HISTORIA-DO-VOTO-NO-BRASIL.html>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral Eleitoral. **Parecer ND Nº 7.236/2017**, de 11 de maio de 2017a. Ementa: investigação judicial eleitoral. Abuso de poder econômico. Gravidade. Cassação de diplomas. Unidade e incindibilidade de chapa em eleição majoritária. Inelegibilidade. Responsabilidade pessoal. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2017/06/AIJE-1943-58_parecer-versa%CC%83o-final_2.pdf>. Acesso em: 12 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 1622602. Relator: Ministro Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. Brasília, DF, 1 de dezembro de 2011. **DJE**, Brasília, DF, v. 29, p. 43, 9 fev. 2012a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 20.962**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 16 de junho de 1989.

_____. **Mandado de Segurança 24.268**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2004.

_____. **Regimento interno**. Brasília: STF, 2018a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 194358. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, [9 de junho de 2017]. **DJE**, Brasília, DF, p. 48-54, 12 set. 2018b.

_____. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 66798. Relatora: Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura. Brasília, DF, 11 de setembro de 2014. **DJE**, Brasília, DF, v. 180, p. 39-40, 25 set. 2014a.

_____. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 399403104. Relator: Ministro José Antônio Dias Toffoli. Brasília, DF, 14 de novembro de 2013. **DJE**, Brasília, DF, v. 31, p. 98-99, 13 fev. 2014b.

_____. **Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 38427**. Relatora: Ministra Luciana Christina Guimarães Lóssio. Brasília, DF, 24 de outubro de 2014c.

_____. **Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 34097**. Relator: Ministro Joaquim Benedito Barbosa Gomes. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2008.

_____. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 958152967. Relator: Ministra Fátima Nancy Andrighi. Brasília, DF, 6 de março de 2012. **DJE**, Brasília, DF, v. 66, p. 20, 10 abr. 2012b.

_____. **Agravo Regimental no Agrado de Instrumento nº 75824**. Relator: Ministro Marcelo Ribeiro. Brasília, DF, 8 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudInteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=75824&processoClasse=AI&decisaoData=20110208&decisaoNumero=>>>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. **Eleições no Brasil: uma história de 500 anos**. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2014d.

_____. **Ministro Herman Benjamin vota pela cassação da chapa Dilma-Temer por abuso de poder político e econômico**. Brasília, 9 jun. 2017b. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/ministro-herman-benjamin-vota-pela-cassacao-da-chapa-dilma-temer-por-abuso-de-poder-politico-e-economico>>. Acesso em: 13 out. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **O TSE**. Brasília, 2018c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/o-tse/sobre-o-tse/apresentacao>>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. **Plenário do TSE proclama resultado definitivo do segundo turno da eleição presidencial**. Brasília, 9 dez. 2014e. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Dezembro/plenario-do-tse-proclama-resultado-definitivo-do-segundo-turno-da-eleicao-presidencial>>. Acesso em: 11 out. 2018.

_____. **Por 4 votos a 3, Plenário do TSE nega pedido de cassação da chapa Dilma e Temer**. Brasília, 9 jun. 2017c. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/por-4-votos-a-3-plenario-do-tse-decide-pela-nao-cassacao-da-chapa-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Recurso Especial Eleitoral nº 22980, Acórdão nº 22980. Relator: Ministro Carlos Eduardo Caputo Bastos. Brasília, DF, 21 de outubro de 2004. **RJTSE**, Brasília, DF, v. 16, n. 1, p. 249, jan./mar. 2005.

_____. Recurso Especial Eleitoral nº 38332. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. Brasília, DF, 26 de maio de 2015. **DJE**, Brasília, DF, v. 120, p. 248-249, 26 jun. 2015b.

_____. Recurso Ordinário nº 15429. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. Brasília, DF, 26 de agosto de 2014. **RJTSE**, Brasília, DF, v. 25, n. 3, p. 556, 26 ago. 2014f.

_____. Recurso Ordinário nº 181952. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2015. **DJE**, Brasília, DF, v. 25, p. 126, 4 fev. 2016.

_____. **TSE aprova com ressalvas contas de Dilma e de Comitê Financeiro para presidente da República**. Brasília, 11 dez. 2014g. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Dezembro/tse-aprova-com-ressalvas-contas-de-dilma-e-de-comite-financeiro-para-presidente-da-republica>>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. **TSE retoma julgamento de ações contra Dilma Rousseff e Michel Temer com leitura de relatório**. Brasília, 6 jun. 2017d. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/tse-retoma-julgamentos-de-aco-es-contr-a-dilma-rousseff-e-michel-temer-com-leitura-de-relatorio>>. Acesso em: 13 out. 2018.

_____. **TSE terá quatro sessões para julgar AIJE 194358, que pede a cassação de Dilma e Temer**. Brasília, 5 jun. 2017e. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/tse-tera-quatro-sessoes-para-julgar-aije-194358-que-pede-a-cassacao-de-dilma-e-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado patrimonial ao Estado gerencial. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge (Orgs.). **Brasil: um século de transformações**. São Paulo: Cia. das Letras, 2001. p. 222-259.

CAMARENA, Javier Patino. **Nuevo Derecho Electoral Mexicano**. 8. ed. [S.l.: s. n.], 2006.

CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 15. ed. Bauru: Edipro, 2012.

CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**. Bauru: Edipro, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Edson de Rezende. A vida pregressa como impedimento constitucional à candidatura. **Revista Jurídica UNIARAXÁ**, Araxá, v. 13, n. 12, p. 81-92, 2009.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado Coelho. O poder regulamentar do TSE na jurisprudência do Supremo. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 out. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-29/constituicao-poder-regulamentar-tse-jurisprudencia-supremo>>. Acesso em: 4 jan. 2019

COELHO, Margarete de Castro. **A democracia na encruzilhada**: reflexões acerca da legitimidade democrática da justiça eleitoral brasileira para a cassação de mandatos eletivos. 2014. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Mestrado Interinstitucional-Minter UNISINOS/FACID, São Leopoldo, RS, Teresina, PI, 2014.

COMISSÃO DE VENEZA. **Código de boas práticas em temas eleitorais**. Estrasburgo, 2002.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

CONHEÇA o perfil dos ministros do TSE publicado pelo Anuário da Justiça. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 jun. 2017. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-06/veja-quem-sao-ministros-tse-julgacao-michel-temer>>. Acesso em: 12 out. 2018.

COSTA, Adriano Soares da. **Democracia, judicialização das eleições e terceiro turno**. [S.l.], 20 fev. 2009. Disponível em: <<http://adriano-soares-dacosta.blogspot.com.br/2009/02/democracia-judicializacao-das-eleicoes.html>>. Acesso em: 9 out. 2018. Blog: Direito Eleitoral.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DECISÃO de julgamento (Lei 9.882/99) publicada no DJE e no DOU. ÍNTEGRA do voto do ministro Eros Grau no julgamento sobre Lei de Inelegibilidade. **Migalhas**, [S.l.], 8 ago. 2008. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI66550,81042-Integra+do+voto+do+ministro+Eros+Grau+no+julgamento+sobre+Lei+de>>. Acesso em: 10 out. 2018.

DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão – 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 10 out. 2018.

DIAS, Renata Livia Arruda de Bessa. Justiça Eleitoral: composição, competências e funções. **Revista Eletrônica da EJE**, Brasília, ano 4, n. 1, p. 12-14, jan. 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-1-ano-4/justica-eleitoral-composicao-competencias-e-funcoes>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Democracia**. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, [2000]. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831255.pdf>>. Acesso em: 7 out. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Justiça Eleitoral contramajoritária e soberania popular: a democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica. **Revista Ballot**, Rio de Janeiro, v. 1 n. 1, p. 270-292, maio/ago. 2015.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FARIA, Fernando de Castro. O Estado Democrático de Direito e a decisão judicial eleitoral que impõe a perda do mandato eletivo. **Resenha Eleitoral**, Florianópolis, v. 18, 2010. Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/edicoes-impresas/integra/2012/06/o-estado-democratico-de-direito-e-a-decisao-judicial-eleitoral-que-impoe-a-perda-do-mandato-eletivo>>. Acesso em: 9 out. 2018.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa: direitos políticos e inelegibilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015a.

_____. O controle de convencionalidade da Ficha Limpa. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 55-103, jul./dez. 2014.

_____. O direito eleitoral do inimigo. **Empório do Direito**, Florianópolis, 11 abr. 2015b. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/direito-eleitoral-do-inimigo>>. Acesso em: 10 out. 2018.

FORJAZ, Maria Cecília Spina. Coronelismo, enxada e voto. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 106, jan./mar. 1978.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. v. I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.

_____. **Verdade e método**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. v. II: complementos e índice.

GALLI, Marcelo; TEIXEIRA, Matheus. Defesas e MP apresentam argumentos no julgamento de Dilma e Temer no TSE. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-06/defesas-mp-apresentam-argumentos-julgamento-dilma-temer-tse>>. Acesso em: 13 out. 2018.

GÁRCIA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza, 1984.

GIULIANI NETO, Ricardo. **Nas coxias do poder**. Porto Alegre: Dublinense, 2012.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GOMES, Lauretino. **1808**: como uma rainha, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história do Brasil. São Paulo: Planeta, 2007.

GRESTA, Roberta Maia; NEISSER, Fernando Gaspar. Análise completa do julgamento da chapa Dilma/Temer pelo TSE. **Justificando**, [S.l.], 16 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/06/16/analise-completa-do-julgamento-da-chapa-dilma-temer-pelo-tse/>>. Acesso em: 14 out. 2018.

GUEDES, Néviton. O poder de limitar a cidadania também encontra limites. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-16/constituicao-poder-poder-limitar-cidadania-tambem-encontra-limites>>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Discurso da moralização da política faz mal à nossa jovem democracia. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-04/constituicao-poder-discurso-moralizacao-politica-faz-mal-democracia>>. Acesso em: 9 dez. 2018.

_____. **Para que servem os direitos políticos de participação?** [S.l.], 18 maio 2013. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/para-que-servem-os-direitos-politicos-de-participacao>>. Acesso em: 10 out. 2018. Blog: Os Constitucionalistas: um blog para pensar, desconstruir e revolucionar o Direito Constitucional.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes, 2012.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. Tradução de: Die Normative Kraft der Verfassung.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-175, maio/ago. 2009.

_____. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

JULGAMENTO do TSE que absolveu a chapa Dilma-Temer foi destaque em junho. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 dez. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-25/julgamento-absolveu-chapa-dilma-temer-foi-destaque-junho>>. Acesso em: 12 out. 2018.

KRIELE, Martin. **Introducción a la teoría del Estado**: fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático. Buenos Aires: Depalma, 1980.

LEIA o acórdão da decisão do TSE pela abertura de ação contra Dilma. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 dez. 2015. <Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-04/leia-acordao-decisao-tse-abertura-acao-dilma>>. Acesso em: 12 out. 2018.

LEME, Pedro Taques de Almeida. **História da Capitania de São Vicente**. Brasília: Edições do Senado Federal, 2003.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. O papel da Justiça Eleitoral na consolidação da democracia. Eleições no Ceará 1994-1996. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 6, n. 6, p. 117-144, fev. 2001.

LIMBERGER, Temis. Direito à saúde e políticas públicas: a necessidade de critérios judiciais, a partir dos preceitos constitucionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 180-199, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/7534/6028>>. Acesso em: 9 dez. 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAGALHÃES, José Luiz. Quadros de Democracia e Constituição: tensão histórica no paradigma da democracia representativa e majoritária a alternativa plurinacional boliviana. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros (Coords.). **Constitucionalismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 9, n. 3, p. 1434-1458, 3. quadr. 2014. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/6746/3843>>. Acesso em: 18 out. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Direito Constitucional III**. Direito Eleitoral. Direito Parlamentar. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2003.

MOTTA, Francisco Borges; ZÍLIO, Rodrigo Lopez. Coerência, integridade e Justiça Eleitoral: mundos à parte? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 set. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-21/opiniao-coerencia-integridade-justica-eleitoral-mundos-parte>>. Acesso em: 8 dez. 2018.

MOVIMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO ELEITORAL. **Dossiê:** políticos cassados por corrupção eleitoral. Brasília, 2007. Disponível em <<http://www.prpa.mpf.mp.br/institucional/prpa/campanhas/politicoscassadosdossie.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

MULLER, Cristina Maria. O estamento burocrático brasileiro. **Acesso Livre**, [S.l.], n. 8, p. 92-105, jul./dez 2017.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. Revisão de Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos.** Adotada e proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

NASCIMENTO, Rosa Maria Freitas do. **A indelével herança portuguesa e a origem das desigualdades:** o estamento burocrático ou a tese de Raymundo Faoro. [S.l.], [201-]. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2a519dc383bbb4f0>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

NICOLAU, Jairo M. A participação eleitoral no Brasil. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil.** Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral:** lei de inelegibilidades e interpretação teleológica. Curitiba: Juruá, 2015.

NOHLEN, Dieter. **Tratado de derecho electoral comparado de América Latina.** Ciudad de México: FCE, 1998.

NUNES, Georgia Ferreira. A (in)constitucionalidade na/da decisão judicial eleitoral (re)vestida com o manto da verdade real. In: MORAIS, José Luiz Bolzan de; MAZZA, Willame Parente. **Estado contemporâneo:** direitos humanos, democracia, jurisdição e decisão. Curitiba: Juruá, 2014.

OLIVEIRA, Daniel Carvalho de. 80 anos da Justiça Eleitoral: perspectivas históricas e desafios democráticos futuros. **Paraná Eleitoral**, Curitiba, v. 1 n. 1, p. 11-23, 2012.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea.** São Paulo: Loyola, 2005.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 10., 2012, Curitiba. **Anais...** Curitiba: ABDCConst., 2013.

Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Quem venceu no TSE? A teoria do avestruz ou do cofrinho? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/diario-classe-quem-venceu-tse-teoria-avestruz-ou-cofrinho>>. Acesso em: 12 out. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; STRECK, Lenio Luiz. Algumas indicações sobre o método fenomenológico-hermenêutico. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-26/diario-classe-indicacoes-metodo-fenomenologico-hermeneutico>>. Acesso em: 27 dez. 2018.

OLIVIERI, Antônio Carlos. Eleições no Brasil: a história do voto no Brasil. **UOL**, São Paulo, c2018. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/cidadania/eleicoes-no-brasil-a-historia-do-voto-no-brasil.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande. **Parecer**. Curitiba, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-temer-luiz-fernando-casagrande.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2018.

PEREIRA, Rodolfo Viana. Condições de registrabilidade e condições implícitas de elegibilidade: esses obscuros objetos do desejo. In: SANTANO, Ana Cláudia; SALGADO, Eneida Desiree (Orgs.). **Direito Eleitoral: debates ibero-americanos**. Curitiba: Ithala, 2014. p. 275-286.

PÉREZ GÁNDARA, Raymundo. Democracia y representación como presupuestos del Derecho Electoral. In: APUNTES de Derecho Electoral: una contribución institucional para el conocimiento de la ley como valor fundamental de la democracia. Tribunal Electoral de Poder Judicial de la Federación. México: El Tribunal, 2000.

PIACENTIN, Antônio Isidoro. **Os direitos políticos nas Constituições dos países do MERCOSUL à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2006. 295 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp012439.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

PINTO JÚNIOR, Nilo Ferreira. **Direito Eleitoral e moralidade: a vida pregressa do candidato como condição autônoma de elegibilidade**. Curitiba: Juruá, 2014.

REIS, Cláudio A. Todo o poder emana do povo: o exercício da soberania popular e a Constituição de 1988. In: BRASIL. Senado Federal. **Estudos legislativos**. [S.l.: s.n.], 2008. v. 1: Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. Os alicerces da redemocratização.

RODAS, Sérgio. Decisão de Celso de Mello traz manual completo acerca da delação premiada. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 14 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-14/delacao-justifica-investigacao-nao-sentenca-celso-mello>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

SCHMITT, Rogério. **Partidos políticos no Brasil (1945-2000)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

SILVA, Daniela Romanelli da. Os direitos políticos no Estado democrático de direito. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 28., 2004, Caxambu. **Anais...** São Paulo: ANPOCS, 2004. Disponível em: <<https://www.anpocs.com/index.php/papers-28-encontro/st-5/st24-2/4083-dsilva-os-direitos/file>>. Acesso em: 9 out. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Rodrigo Moreira da. A soberania popular e o resultado das eleições. **Revista Eletrônica da EJE**, Brasília, ano 5, n. 1, ago./set. 2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-1-ano-5/ilegitimidade-do-comite-financeiro-para-interpor-recurso-eleitoral>>. Acesso em: 10 out. 2018.

SILVEIRA, Daniel Barile da. Patrimonialismo e a formação do estado brasileiro: uma releitura do pensamento de Sérgio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro e Oliveira Viana. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2006, Manaus. **Anais...** Florianópolis: CONPEDI, 2006. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Daniel%20Barile%20da%20Silveira.pdf>>. Acesso em: 7 abr. 2018.

SOUZA, Cíntia Pinheiro Ribeiro de. A evolução da regulação do financiamento de campanha no Brasil (1945-2006). **Resenha Eleitoral**, Florianópolis, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes/n-3-jan-jun-2013/integra/2013/06/a-evolucao-da-regulacao-do-financiamento-de-campanha-no-brasil-1945-2006/indexb7dc.html?no_cache=1&cHash=9e86778cb4f0a1ef62855dfd15e012f4>. Acesso em: 25 fev. 2018.

STEIN, Ernildo. Gadamer e Constituição da Hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do Direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 40, n. 45, p. 257-290, jan./jun. 2006a.

_____. A Crítica Hermenêutica do Direito e o Novo Código de Processo Civil: apontamentos sobre a coerência e a integridade. In: CONSTITUIÇÃO, sistemas sociais e hermenêutica jurídica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a. n. 11. p. 157-168.

_____. A verdade das mentiras e as mentiras da verdade (real). **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 nov. 2013a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-28/senso-incomum-verdade-mentiras-mentiras-verdade-real>>. Acesso em: 8 dez. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positiva? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/2308/1623>>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011a.

_____. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003a.

_____. Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 jan. 2006b. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina>. Acesso em: 8 dez. 2018.

_____. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017a.

_____. E a raposa-juíza, baseada em presunções, mandou esfolar o carneiro! **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 jun. 2014b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jun-26/raposa-juiza-baseada-presuncoes-mandou-esfolar-carneiro>>. Acesso em: 8 dez. 2018.

_____. É possível fazer Direito sem interpretar? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 abr. 2012a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-abr-19/senso-incomum-jurisprudencia-transita-entre-objetivismo-subjetivismo>>. Acesso em: 8 dez. 2018.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014d.

_____. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003b.

_____. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 abr. 2016a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 7 dez. 2018.

_____. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016b.

_____. O controle nosso de cada dia e o velho presidencialismo: o que têm a ver? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 abr. 2017b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-25/observatorio-constitucional-controle-nosso-cada-dia-velho-presidencialismo>>. Acesso em: 9 out. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. O Direito AM/DM (antes e depois do mensalão). **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 set. 2012b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-27/senso-incomum-direito-am-dm-antes-depois-mensalao>>. Acesso em: 8 dez. 2018.

_____. O fator *stoic mujic*, a juíza Kenarik e o papel dos advogados, hoje! **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 fev. 2016c. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-11/senso-incomum-fator-stoic-mujic-juiza-kenarik-papel-advogados-hoje>>. Acesso em: 9 dez. 2018.

_____. O que é a livre convicção de indícios e presunções? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 fev. 2014e. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-13/senso-incomum-livre-conviccao-indicios-presuncoes>>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. O que é decidir por princípios? A diferença entre a vida e a morte. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/senso-incomum-decidir-principios-diferenca-entre-vida-morte>>. Acesso em: 9 dez. 2018.

_____. **O que é isto, decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013b.

_____. O que é isto, o ativismo judicial, em números? Observatório Constitucional. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 out. 2013c. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013d.

_____. O Supremo não é o guardião da moral da Nação. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 set. 2013e. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>>. Acesso em: 8 out. 2018.

_____. Poder Legislativo não pode revogar decisões judiciais. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 31 maio 2012c. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-mai-31/senso-incomum-problema-ativismo-judicial-nao-resolvido-pec>>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. **Rumo a Norundi, a bordo da CDI – Constituição Dirigente Invertida.** *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out27/senso-incumom-rumo-norundi-bordo-cdi-constituicao-dirigente-invertida>. Acesso em: 10 out.. 2019.

_____. Superando os diversos tipos de positivismo: porque a hermenêutica é applicatio? **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 275-298, jul./dez. 2014f.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o Canto das Sereias: ativismos judiciais e o perigo da instauração de um “terceiro turno da

Constituinte”. **RECHTD –Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83, jul./dez. 2009.

STRECK, Lenio Luiz; COSTA, Eduardo José da Fonseca. O julgamento no TSE: pedindo licença para uma análise jurídica. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-15/senso-incomum-julgamento-tse-pedindo-licenca-analise-juridica>>. Acesso em: 15 out. 2018.

TASSINARI, Clarissa. A atuação do Judiciário em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 31-46, jul./dez. 2012.

TEIXEIRA, Matheus. “Há evidente extrapolação do objeto”, diz Gilmar sobre ação de cassação da chapa. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 jun. 2017a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-08/evidente-extrapolacao-objeto-gilmar-tse>>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. Acréscimo de fatos novos em ação contra mandato preocupa ministros do TSE. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 jun. 2017b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-08/acrescentar-fatos-novos-acao-preocupa-ministros-tse>>. Acesso em: 14 out. 2018.

VALADÉS, Diego. **Constitución y democracia**. México: Unam, 2002.

VALE, Tereza Cristina de Souza Cardoso. Pré-história e história da Justiça Eleitoral. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA – ANPUH, 26., 2011, São Paulo. **Anais...** São Paulo: ANPUH, 2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

VEJA as principais frases do julgamento da chapa Dilma-Temer no TSE. **G1**, Rio de Janeiro, 6 jun. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/veja-as-principais-frases-do-julgamento-da-chapa-dilma-temer-no-tse.ghtml>>. Acesso em: 10 out. 2018.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil. In: **DIREITO Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

WEDY, Miguel Tedesco. **A Constituição, eficiência e garantias nas dez propostas do MPF contra a corrupção**. In STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGLEMAN, Wilson. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – Mestrado e Doutorado, n. 12. Porto Alegre, 2016, pp. 169-180.

WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**: from constitutional interpretation to judge-made law. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à diplomação), ações eleitorais. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.