

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

YAN BERNARDO DE ALMEIDA ANDRADE

**AS NARRATIVAS FÁTICAS NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA POLÍTICO:
RACIONALIDADE, LEGITIMIDADE E EFETIVIDADE**

**NITERÓI
2020**

YAN BERNARDO DE ALMEIDA ANDRADE

**AS NARRATIVAS FÁTICAS NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA POLÍTICO:
RACIONALIDADE, LEGITIMIDADE E EFETIVIDADE**

Projeto de dissertação apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para a defesa de dissertação e obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Cássio Luis Casagrande

**NITERÓI
2020**

YAN BERNARDO DE ALMEIDA ANDRADE

Projeto de Dissertação apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional.

Aprovada em de de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Cássio Luis Casagrande
UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

Prof. Dr. Marco Aurélio Lagreca Casamasso
UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

Prof. Dr. Luigi Bonizzato
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

Ficha catalográfica automática - SDC/BFD
Gerada com informações fornecidas pelo autor

A447n Almeida andrade, Yan bernardo de
AS NARRATIVAS FÁTICAS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO
SISTEMA POLÍTICO : RACIONALIDADE, LEGITIMIDADE E EFETIVIDADE /
Yan bernardo de Almeida andrade ; Cássio Luís Casagrande,
orientador. Niterói, 2020.
167 f.

Dissertação (mestrado)-Universidade Federal Fluminense,
Niterói, 2020.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22409/PPGDC.2020.m.00500440107>

1. Jurisdição constitucional. 2. Fatos legislativo. 3.
Processo constitucional. 4. Candidatura avulsa. 5. Produção
intelectual. I. Casagrande, Cássio Luís, orientador. II.
Universidade Federal Fluminense. Faculdade de Direito. III.
Título.

CDD -

RESUMO

Tendo como objeto a análise do *fenômeno da judicialização do sistema político*, o trabalho objetivou explicar como a simplicidade do processo constitucional compromete a qualidade das decisões proferidas nos casos referentes à *Lei da Ficha Limpa* e ao *Financiamento de Campanhas*. Serviu, ademais, para questionar se o agir político do Supremo Tribunal Federal manifestado no RE nº 1238.853/RJ, que trata sobre a *Candidatura Avulsa*, terá condições de produzir os resultados pretendidos. Para atingir tais objetivos, houve o uso de conceitos da *teoria analítica do direito*, que possibilitou esmiuçar os argumentos contidos nos votos, oportunizando a identificação de problemas discursivos nas dimensões da racionalidade, da legitimidade e da efetividade. Considerando os *usos da crença da crise de representatividade* para legitimar a atuação do STF e da concepção ampla de *direitos subjetivos*, pôde-se notar que as decisões se mostraram irracionais, com notório déficit fundamentacional em relação às escolhas fáticas, isso porque são resultados de um procedimento incapaz de oferecer mecanismos de ordenação das alternativas fáticas apresentadas pelos integrantes; ilegítimas, por se utilizar de marcos filosóficos para legitimar o exercício da jurisdição constitucional incompatíveis com a sua prática; inefetivas, tendo em vista à incapacidade institucional do Supremo Tribunal Federal de concretizar os interesses consignados nos votos, causando, ao revés, resultados inesperados. Esses resultados, obtidos das análises de diversos julgados referentes à judicialização do sistema político, puderam dar suporte às hipóteses de que a simplicidade do processo constitucional não oferece mecanismos para lidar com argumentos empíricos complexos e de que a jurisdição constitucional se mostra inefetiva, quando o Supremo Tribunal Federal se posiciona como o ator de reformas políticas.

Palavras Chaves: Jurisdição Constitucional, Fatos Legislativos, Processo Constitucional, Candidatura Avulsa, Lei da Ficha Limpa e Financiamento de Campanhas.

ABSTRACT

Having as object the analysis of the phenomenon of the judicialization of the political system, the work aimed to explain how the simplicity of the constitutional process compromises the quality of the decisions rendered in the cases related to the Clean Record Act and Campaign Finance. In addition, it served to question whether the political action of the Supreme Court manifested in RE No. 1238.853/RJ, which deals with the Separate Candidacy, will be able to produce the intended results. To achieve these goals, concepts from the theory of law were used, which made it possible to scrutinize the arguments contained in the votes, providing opportunities for the identification of discursive problems in the dimensions of rationality, legitimacy and effectiveness. Considering the uses of the belief in the crisis of representativeness to legitimize the action of the Supreme Court and the broad conception of subjective rights, it could be noted that the decisions were shown to be irrational, with a notorious deficit in reasoning in relation to the factual choices, because they are the results of a procedure unable to offer mechanisms for ordering the factual alternatives presented by the members; illegitimate, for using political philosophy to legitimize the exercise of Constitutional Jurisdiction incompatible with its practice; ineffective, in view of the institutional inability of the Supreme Court to materialize the interests set forth in the votes, causing, on the contrary, unexpected results. These results obtained from the analysis of several judges referring to the judicialization of the political system could support the hypotheses that the simplicity of the constitutional process does not offer mechanisms to deal with complex empirical arguments and that the constitutional jurisdiction proves ineffective, when the Supreme Federal Court positions itself as the actor of political reforms.

Keys Words: Constitutional Jurisdiction, Legislative Facts, Constitutional Process, Separate Candidacy, Clean Record Act and Campaign Finance.

Sumário

INTRODUÇÃO	7
1. UMA CONCEPÇÃO AMPLA DO DIREITO SUBJETIVO E SUAS IMPLICAÇÕES NO PROCESSO CONSTITUCIONAL.....	14
1.1. Exposição conceitual	16
1.2. Sobre a Discrecionariiedade Cognitiva e o Processo Constitucional	24
1.3. Análise dos Principais Casos.	31
1.4. Considerações finais	42
2. OS PROBLEMAS REFERENTES À RACIONALIDADE DAS DECISÕES	44
2.1. Uma análise qualitativa do argumento da <i>crise de representatividade</i>	44
2.2. O problema da <i>causalidade</i> em relação ao argumento da <i>Crise de Representatividade</i> e a legitimidade da jurisdição constitucional.....	63
2.3. A história após os julgamentos	66
2.4. Considerações finais	78
3. A INCOMPATIBILIDADE DO USO DE CERTOS MARCOS TEÓRICOS COM A REALIDADE INSTITUCIONAL.....	80
3.1. Ronald Dworkin.....	81
3.2. John Hart Ely	85
3.3. Luís Roberto Barroso e a tese da capacidade representativa do Supremo Tribunal Federal	87
3.4. Considerações finais: a falta de compatibilidade entre a prática e a teoria	90
4. A EXPLICAÇÃO SOBRE INEFETIVIDADE DA CAPACIDADE DE REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO	95
4.1. Constitucionalização de temas próprios de política ordinária.	96
4.2. A extensão dos debates para além de seus julgamentos	102
4.3. Considerações Finais	105
CONCLUSÕES.....	107
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	112
APÊNDICE A – RELATÓRIO DOS JULGADOS.....	125
APÊNDICE B – REGISTROS SOBRE AS MANIFESTAÇÕES DOS CONVIDADOS NAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS.....	146

INTRODUÇÃO

A decisão final é composta por diversas outras decisões feitas no decorrer do processo de formação do raciocínio. Ao juiz, é incumbido o dever de decidir sobre a estrutura da norma a ser utilizada, os sentidos de certos termos e quais elementos empíricos serão mais relevantes do que os demais. Considerando essa premissa simples, o propósito do trabalho é identificar as escolhas empíricas feitas pelos juízes constitucionais, quando realizaram o controle de constitucionalidade da *Lei da Ficha Limpa* e do *Financiamento de Campanhas Eleitorais*. Interessa, ainda, à pesquisa, o Recurso Extraordinário nº 1.238.857/RJ, que trata sobre a possibilidade de *candidatura avulsa*. Explica-se que, apesar de ainda não ter ocorrido o seu julgamento, os seguintes fatores são suficientes para atrair a atenção de qualquer analista: i.) a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal afastar a normatividade de uma regra constitucional estruturalmente completa e semanticamente fechada, instituída pelo Constituinte Originário; ii.) o provimento do Agravo em Recurso Extraordinário; iii.) a Repercussão Geral Reconhecida; e iv.) a convocação de audiências públicas.

Como o objeto do trabalho se restringiu à análise da atuação do Supremo Tribunal Federal, a característica preponderante da pesquisa foi documental, servindo a revisão bibliográfica para três propósitos: fornecer bases conceituais a serem utilizadas nas análises, compreender os sentidos de certas expressões constantes nos votos dos Ministros e identificar a plausibilidade e o sentido de certas crenças.

Cumprir explicar que a seleção dos julgados se iniciou com a identificação do *uso* do argumento da *crise de representatividade* para legitimar a atuação do Supremo Tribunal Federal. Em alguns casos, contudo, tal percepção política dos Ministros não compunha o núcleo decisório; já em outros, a exclusão de tal argumento comprometeria o sentido da decisão, como bem restou observado no julgado da *Lei da Ficha Limpa*, do *Financiamento Privado de Campanhas* e no preparatório do julgamento referente à *Candidatura Avulsa*. Desta forma, a análise dos julgados se justifica pelo fato de eles retratarem o crescimento do Poder Judiciário, marcado pela desconfiança em relação ao Poder Legislativo.

A atuação dos juízes constitucionais restou legitimada com base em marcos teórico-metodológicos que atribuem plena normatividade às cláusulas constitucionais, além de utilizarem uma concepção ampla de *direito subjetivo*. O raciocínio contido nos votos é no sentido de que a crise política brasileira seria decorrente de desarranjos institucionais, responsáveis por comprometer a atuação do Poder Legislativo, deslegitimando-o, para

promover as reformas políticas sem a tutela do Poder Judiciário. Segundo essa compreensão, o Supremo Tribunal Federal deveria agir para impor alguns limites republicanos e democráticos à capacidade legiferante do Legislativo.

No decorrer da pesquisa, observou-se que a exclusão do empresariado da corrida eleitoral fomentou as *minirreformas* políticas ocorridas em 2015 e 2017. Delas, decorreram alterações no *sistema político*, com a intenção de restringir o acesso ao dinheiro público eleitoral, ocorrendo, com efeito, a reinstauração da *Cláusula de Desempenho*. A reinserção desse instituto levou a questionar a *estabilidade* das decisões constitucionais em contexto de *judicialização do sistema político*, de modo a exigir uma ampliação da análise sobre as ações propostas contra as recentes reformas políticas. Desta forma, como a análise recaiu sobre dezenas de julgados, tornou-se necessário fazer um novo filtro, com a intenção de restringir o objeto de análise aos julgados que tenham entre si relações e reflitam o problema da *representatividade*, resultando no relatório de julgados (Apêndice A).

No que se refere à revisão bibliográfica, houve a seleção da obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de Robert Alexy, por compreender que o autor se propôs a fornecer bases supostamente racionais para o processo de abertura epistemológica do Direito, que é marcado, principalmente, pelo reconhecimento da força normativa das cláusulas constitucionais. É interessante notar que, apesar de a teoria ser analítica/explicativa¹, restou recepcionada pela comunidade jurídica como *normativa*, sendo utilizada não só para justificar *uso* da concepção ampla de *direito subjetivo*², mas também para legitimar a atuação do Poder Judiciário em relação aos demais poderes. Nesse contexto, não se observa mais qualquer constrangimento teórico em relação ao Judiciário para se adentrar em *questões políticas* como outrora sentira³, nem mesmo em classificar a eficácia das normas como *plena, contida ou limitada*⁴.

Ao lado da mudança de paradigma da *teoria do direito*, estiveram as alterações na filosofia política. O fundamento do Direito se expandiu para *Ética*⁵, de modo a ampliar as

¹ Conferir o Capítulo 1 de ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 4ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2015.

² Alexy abre um diálogo com Kelsen, por este não compartilhar da diferenciação tradicional entre *direito objetivo* e *direito subjetivo*, bem como só considerar a faceta da *competência* do direito. Sobre o tema revisão essencial revisão: *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª edição São Paulo: Martins Fontes, 2009; e ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Bauru: Edipro, 2ª ed. 2007.

³ Nesse sentido, vale memorar a doutrina de Ruy Barbosa, em: *A Constituição e os Actos Inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Atlantida Editora, 1948, bem como de Alfredo Buzaid, em *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

⁴ Fez-se referência à obra de José Afonso da Silva, em *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁵ Levantar em conta a proposta de ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Tradução de Gercélla Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

competências do Poder Judiciário. Nessa perspectiva, observam-se os argumentos de que não cabe ao Judiciário apenas aplicar a lei, mas também proteger as minorias, garantindo efetividade aos direitos fundamentais, bem como ocupar o espaço lacunoso que eventualmente é deixado pelo Poder Legislativo.

Além disso, o *insight* de Robert Alexy, de que o Poder Judiciário teria condições de representar a população por meio dos argumentos (ALEXY, 2008, p. 163), restou absorvido pelo Professor Luís Roberto Barroso, tendo sido explorado em seus recentes textos e julgados, como critério para fundamentar o exercício da jurisdição constitucional. O Professor Barroso foi responsável pela disseminação do movimento político/teórico do *neoinstitucionalismo*, seja como operador do direito na militância da advocacia pública e privada e no exercício jurisdicional como Ministro do Supremo Tribunal Federal; seja como professor, responsável pela formação de diversos outros *juristas* e pelos principais textos acerca do tema sobre *controle de constitucionalidade*. A sua capacidade de influência, aliada com a crença constante nos seus votos de que o Poder Judiciário teria condições de representar a população são as justificativas para a revisão bibliográfica do texto *A Razão Sem Voto*.

Já no âmbito da Ciência Política, houve a revisão bibliográfica referente ao tema da *institucionalização*⁶ e referente aos textos acadêmicos constantes nos votos, com o objetivo de compreender o sentido da expressão *crise de representatividade*, utilizada pelos Ministros para legitimar a atuação do Supremo Tribunal Federal.

Salienta-se que, já na parte exploratória da pesquisa, surgiram três blocos problemáticos referentes: i.) à justificação das escolhas fáticas feitas pelos Ministros; ii.) à compatibilidade entre o fundamento teórico de legitimidade da jurisdição constitucional e a sua prática; iii.) à capacidade institucional do Supremo Tribunal Federal de realizar reformas políticas.

Em relação à *racionalidade*, cumpre explicar que a validade dos argumentos dos juízes, observados nos casos selecionados, dependia de robustas análises de comparação, a fim de se averiguar as medidas mais efetivas, e de prognósticos. No entanto, como não as ocorriam, formavam-se sérias dúvidas em relação à validade dos argumentos lançados. Desta forma, a pesquisa serviu para verificar: a.) como se dava a inserção de certas crenças empíricas no

⁶ As interpretações com base no *neoinstitucionalismo* feitas por Scott Mainwaring, de um lado, e por Argelina Cheibub e Frenndo Limongi, do outro, são essenciais para compreender o fenômeno da *crise de representação*. Conferir em: FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001; MAINWARING, Scott P. *Sistemas partidários em novas democracias: o caso do Brasil*; tradução de Vera Pereira. Porto Alegre: Mercado Aberto, 2001. Rio de Janeiro: FGV. Para uma boa revisão bibliográfica sobre o tema, conferir: CARREIRÃO, Yan de Souza. O Sistema partidário brasileiro: um debate com a literatura recente. In: *Revista Brasileira de Ciência Política*, Nº 14, Brasília, maio/agosto de 2014, pp. 255-295.

processo decisório do Supremo Tribunal Federal; ii.) como foram procedimentos de avaliação de tais crenças; iii.) qual seria a importância delas na decisão.

No que se refere à *legitimidade*, compreende-se que a alteração na cultura jurídica, caracterizada pela abertura epistemológica da ciência jurídica, parecia não ostentar legitimidade, tendo em vista a simplicidade regulatória dos argumentos e, com efeito, a ampla liberdade dos juízes para dispor de quaisquer argumentos. Assim, a revisão bibliográfica dos teóricos utilizados para legitimar a atuação da Corte serviu para verificar se há um espaço institucional adequado para sua recepção.

Quanto à *efetividade*, surgiram problemas no sentido de se verificar, dentro do contexto institucional brasileiro, a capacidade coercitiva do Poder Judiciário, quando se propõe a dar efetividade a certos *direitos à prestação*: a.) se a exclusão de uma medida legislativa valorada como insuficiente pelo Judiciário seria suficiente para atender ao Estado de Coisa confeccionado no julgamento; b.) se o Legislativo encontraria vinculado aos interesses consignados nos votos; c.) as medidas legislativas subsequentes atendiam a todas as pretensões judiciais.

Ante tais problematizações, percebeu-se a necessidade de se alterar alguns paradigmas costumeiramente utilizados para analisar os julgados, a fim de compreender as relações entre os Poderes, caracterizadas pelas “novas” competências do Poder Judiciário e por uma discursividade robusta e complexa. Por consequência, essa alteração de paradigma resultou na adoção de três perspectivas de análise.

A primeira se refere à proposta de alterar o foco de observação dos *argumentos jurídicos* para os *argumentos empíricos*, tendo em vista a percepção de que, apesar da relação fluida entre eles⁷, correntemente, as escolhas fáticas feitas pelos juízes no controle de constitucionalidade se apresentam deficitárias em fundamentos.

A segunda perspectiva adotada é relativa à concepção acerca da indispensabilidade de compreender o fenômeno da jurisdição constitucional a partir de critérios institucionais próprios. Neste contexto, a importação de marcos filosóficos e de explicações estrangeiros deve ser feita com cautela, tendo em vista a sua dificuldade de se adequar ao mundo prático.

⁷ Sobre a relação fluida, parte-se da premissa de que o argumento jurídico se altera a depender da perspectiva fática selecionada. Neste sentido, vale conferir o conceito de *fático-axiológico* apresentado por Miguel Reale, em *Direito Como Experiência*, São Paulo: Saraiva, 1992, pp. 200/209. Além disso, verificar LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução: José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 319/418; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017; NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica: Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. pp. 162/175.

O terceiro prisma se relaciona à compreensão explicativa de que a relação entre o Judiciário e o Legislativo não se dá pela lógica da supremacia, mesmo que os Ministros se comportem de tal forma. Entre os dois Poderes, evidencia-se uma relação de igualdade, já que ambos possuem capacidade de promover reformas institucionais.

Ademais, a justificativa dessas alterações decorre da compreensão de que a ciência do direito não oferece critérios estáveis para se fazer análise das decisões. Ora são apresentadas tendências para explicar o fenômeno decisório com base em critérios dogmáticos/legalistas; ora o realismo ocupa o espaço explicativo para então fixar a tese de que as decisões são resultadas de concepções ideológicas dos juízes⁸. No contexto brasileiro, as explicações, com base nos princípios do *neoinstitucionalismo*⁹, têm sido absorvidas pela academia¹⁰. Suspeita-se que os problemas metodológicos estejam associados à dificuldade de manter um elo entre os aspectos internos da decisão - relacionados com a sua estrutura, a hermenêutica, os argumentos, entre outros -, e os aspectos externos da decisão, referentes à interação entre os poderes, às tensões políticas e econômicas, que tangenciam a decisão.

A pesquisa cumpriu as metas específicas, que consistiram em i.) apontar problema institucional, caracterizado, de um lado, pelos raciocínios comparativos e pelos prognósticos, elementos retóricos necessários para suprimir, por meio da jurisdição, a *discricionariedade cognitiva* do Poder Legislativo e, de outro, pela incapacidade do processo constitucional de dispor de regras aptas a regulamentar essa discursividade; ii.) demonstrar como a falta de ordenação das alternativas fáticas compromete a racionalidade da decisão; iii.) verificar se os marcos filosóficos, selecionados pelos Ministros para justificar o seu agir, mostram-se adaptáveis ao desenho institucional brasileiro; e iv.) apontar quais foram as principais consequências do exercício jurisdicional reformista pautado na lógica da Supremacia Constitucional e do monólogo jurídico.

A seleção desses objetivos se deu para que se pudesse verificar a plausibilidade da hipótese de que a simplicidade do processo constitucional não oferece mecanismos para lidar com argumentos empíricos complexos, formando decisões precárias de fundamentação; bem

⁸ Uma boa síntese dos dois modelos pode ser encontrada na tese da Professora Patrícia Perrone em *Nos Bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁹ Conferir as bases conceituais do *neoinstitucionalismo* da escolha racional: ARROW, Kenneth J. A Difficulty in the Concept of Social Welfare. In: *The Journal of Political Economy*, Vol. 58, nº 4, Agosto de 1950, pp. 328-346; e OLSON, Mancur. *A Lógica Coletiva: Os Benefícios Públicos e uma Teoria dos Grupos Sociais*. Tradução de Fábio Fernandes. 1ª Ed. 2ª Reimpressão. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015.

¹⁰ Vale conferir: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017.

como da hipótese de que a jurisdição constitucional se mostra inefetiva, quando o Supremo Tribunal Federal se posiciona como o ator de reformas políticas.

O trabalho restou dividido em quatro capítulos, servindo cada um para atender às metas específicas. A revisão das bases conceituais da *teoria do direito*, expostas por Robert Alexy, apresentou-se como uma estratégia para amenizar o déficit metodológico constante no Direito, no que se refere à prática de analisar decisões. Assim, tais bases conceituais funcionam como ferramenta apta a pormenorizar raciocínios jurídicos. Dessa feita, abre-se margem de enxergar uma via de interação entre o Direito e as demais áreas da ciência, já que estas se tornam indispensáveis para verificar a validade dos argumentos empíricos utilizados. No contexto de tensão entre o Judiciário e o Legislativo, o esforço analítico empreendido pelo autor se mostra pertinente à Ciência Política, já que capacita o analista a identificar a tensão de poder entre os agentes políticos a partir de uma perspectiva *micro*. O empenho analítico permite identificar os interesses cognoscíveis e, com isso, verificar se as medidas políticas subsequentes estão lhes satisfazendo. No primeiro capítulo, portanto, restaram expostas as premissas conceituais, utilizadas para analisar os julgados selecionados, e a problematização lógica, caracterizada pela incompatibilidade entre o complexo discurso jurídico empreendido para se fazer o controle de constitucionalidade e o simplório processo constitucional, caracterizado pela sua inaptidão para lidar com os diversos e robustos argumentos empíricos lançados no decorrer dos julgamentos.

Desse esforço analítico, resultaram as análises dos julgados referentes à *Lei da Ficha Limpa*, ao *Financiamento Empresarial de Campanhas* e à *Candidatura Avulsa*, bem como a avaliação dos argumentos empíricos utilizados em tais julgamentos. Feita a extração dos *argumentos empíricos*, pôde-se avaliá-los a partir de critérios substanciais, ao considerar o nível de certeza da hipótese de que a *crise de representatividade* decorreria de uma disfuncionalidade institucional, bem como critérios procedimentais, ao apontar o problema de *ordenação das alternativas fáticas*, decorrente de um processo constitucional simplório.

Com o resultado obtido, houve a identificação dos *fundamentos filosóficos* utilizados para justificar a atuação do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de verificar se o seu uso se compatibiliza com o desenho institucional nacional.

Por fim, identificadas as fragilidades retóricas, procedimentais e filosóficas, contidas nos julgados, coube averiguar as suas possíveis consequências em contexto caracterizado pela tensão entre o Judiciário e o Legislativo. Dessa avaliação, restaram expostas duas consequências: a constitucionalização da política ordinária e a supervalorização da capacidade institucional do Supremo Tribunal Federal, tendo como efeito a permanência dos debates para

além de seus julgados. A hipótese explicativa para essas consequências seria a baixa coercitividade da jurisdição constitucional, quando se propõe a promover reformas políticas, causando frustração em relação às suas intenções e gerando imprevisibilidades.

1. UMA CONCEPÇÃO AMPLA DO DIREITO SUBJETIVO E SUAS IMPLICAÇÕES NO PROCESSO CONSTITUCIONAL

O problema referente à elasticidade semântica e estrutural dos dispositivos constitucionais, capaz de oferecer um extenso rol de fundamentação para o exercício político da Corte Constitucional, encorajou Robert Alexy a revisar alguns dos principais conceitos teóricos próprios da *teoria do direito*, tal como o do *direito subjetivo*. Interessa, pois, ao presente trabalho, a proposta de estruturação do *direito à prestação*, com a intenção de identificar alguns requisitos básicos para produção de discursos racionais e devidamente justificados. Neste contexto, a *análise lógica* dos enunciados integrantes das decisões se apresenta como uma importante ferramenta para verificar a formação dos argumentos empíricos e jurídicos utilizados para o controle de constitucionalidade do *sistema político brasileiro*.

Haverá, portanto, a intenção de identificar quais foram as posições jurídicas atribuídas aos cidadãos em face do Estado, bem como os argumentos empíricos e filosóficos utilizados para legitimar o exercício da jurisdição constitucional, nos casos da *Lei da Ficha Limpa* e do *Financiamento de Campanhas*, e no preparatório do julgamento da *Candidatura Avulsa*.

Destaca-se, desde já, que se percebeu, no primeiro caso, o reconhecimento da constitucionalidade da Lei, em razão de o Supremo Tribunal Federal ter entendido de que a Lei Complementar nº 135/10 se mostrava suficiente para proteger a probidade administrativa; quanto ao segundo julgado, transpareceu a compreensão de que a inconstitucionalidade do financiamento empresarial se apresentava suficiente para promoção dos princípios da igualdade e da república. Em síntese, em ambos os casos, formou-se uma relação jurídica pautada na estrutura de que o Estado tem a obrigação de instituir um sistema normativa capaz de proteger a probidade administrativa.

Ante tais constatações, o presente capítulo se presta a expor os principais traços conceituais que foram utilizados na análise dos julgados. Desta forma, restou explorada a estrutura dos *direitos à prestação* e, consignada, a importância dos *argumentos empíricos*¹¹.

¹¹ Os textos referentes aos *atos legislativos* serviram para encorajar a análise a partir desta perspectiva. Neste sentido, vale conferir: LACOMBE, Margarida Maria. Os Fatos Legislativos na Jurisdição Constitucional. Disponível em <<http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/LACOMBE%20Os%20Fatos%20Legislativos%20na%20Jur%20isdic%CC%A7a%CC%83o%20Constitucional%20x.pdf>>, acessado em 10/02/2020 e LACOMBE, Margarida Maria. Argumentação Empírica na Jurisdição Constitucional. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes, et. all. (Org.). *Princípios Formais* e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 237/238.

Robert Alexy compreende *direito subjetivo* como posições jurídicas. Assim, a preocupação analítica do autor o levou a apresentar o conceito de *direito subjetivo* “como um supraconceito para posições em si bastante distintas, para que, a partir daí, sejam feitas diferenciações e classificações terminológicas” (2015, p. 193). Nessa esteira, são apresentados três grupos de posições jurídicas: *direitos a algo*, *liberdades* e *competências*. Essas posições jurídicas são derivações dos três operadores deônticos básicos: obrigação, proibição e permissão¹².

A posição jurídica *direitos a algo* é decorrente dos operadores deônticos *obrigação* e *proibição*. A *liberdade* é compreendida como a soma da permissão e da não-permissão. A competência, por sua vez, é derivada da *permissão*, que deve ter como origem um *ato institucional*, somada à capacidade do sujeito competente de alterar posições jurídicas. Propõe-se analisar essas posições jurídicas como possibilidades de *uso* que o intérprete pode fazer em relação a um determinado dispositivo, na medida em que, de um mesmo texto, retiram-se diversas posições jurídicas a depender do contexto político e jurídico.

No sentido de compreender o fenômeno jurídico mediante *posições jurídicas*, o autor alemão sofre influências inglesas do trabalho de Wesley Newcomb Hohfeld, denominado *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*¹³. Hohfeld propõe aumentar o léxico jurídico, a fim de oferecer maior clareza à ciência jurídica, por compreender que a palavra *direito* acaba sendo utilizada para descrever relações jurídicas muitas vezes opostas. Na sua formulação, observam-se oito posições jurídicas, havendo entre elas ou uma relação *correlativa* ou *opositiva*. As posições são: Direito, Dever, Privilégio, Não-Direito, Poder, Sujeição, Imunidade e Incompetência. Entre i.) Direito e Dever, ii.) Privilégio e Não-Direito, iii.) Poder (Competência) e Sujeição e iv.) Imunidade e Incompetência, existem relações *correlativas*, enquanto entre v.) Direito e Não-Direito, vi.) Dever e Privilégio, vii.) Poder (Competência) e Incompetência e viii.) Sujeição e Imunidade existem relações *opositivas*. Essas posições jurídicas foram trabalhadas e aprofundadas pela comunidade acadêmica.¹⁴ Nesse contexto, está também a produção de Robert Alexy. As quatro primeiras posições jurídicas (Direito, Dever,

¹² Sobre a Lógica Deôntica, conferir: ALCHOURRON, Carlos E; BULYGIN, Eugenio. *Análise lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. WRIGHT, Georg Henrik Von. *Normas, Verdade y Lógica*. Tradução de Carlos Alarcón Cabrera. Cidade do México: Fontamara, 2001. No Brasil, conferir MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Estudos sobre lógica e direito*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2013; e VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de Direito Positivo*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010.

¹³ No presente trabalho, foi utilizada a versão traduzida em espanhol: HOHFELD, Wesley Newcomb. *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. Tradução de Genaro R. Carrió. Cidade do México: Fontamara 1991, 5ª Reimpressão, 2004.

¹⁴ Vale conferir: ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Beni. 2ª ed. Bauru: Edipro, 2007, p. 189.

Privilégio e Não-Direito) dizem respeito ao âmbito dos *direitos a algo*, enquanto os últimos fazem referência às normas de *competência* (ALEXY, 2015, p. 210).

1.1. Exposição conceitual

Direito a algo

Inicia-se, assim, a exposição acerca do *direito a algo*, que consiste numa relação triádica, formada pelo titular do direito, o destinatário da norma e o objeto de direito (ALEXY, 2015, p. 193). Para explicar o conceito, vale tomar como exemplo o princípio democrático, estampado no art. 1º, da Constituição da República. A concretização da democracia exige que o Estado tenha obrigações e proibições em relação aos cidadãos. Essas obrigações e proibições são traduzidas em omissões e ações do Estado, a fim de oferecer aos cidadãos condições concretas para o exercício da democracia.

Em relação às ações negativas (ALEXY, 2015, pp. 196-201), o Estado não deverá criar embaraços para o exercício do voto, da liberdade de expressão, da possibilidade de participar da política, dentre outras ações dos titulares do direito à democracia. Assim, do princípio democrático, pode-se retirar o direito do cidadão em relação ao Estado de este não derrogar normas de direito eleitoral, aptas a garantir o *direito ao voto*. Além disso, o Estado não deve criar embaraços fáticos, capazes de dificultar o exercício do voto, como por exemplo instituir a seção eleitoral de um eleitor em um local de impossível acesso.

É claro que tais ações não são absolutas, podendo sofrer algum tipo de *restrição*¹⁵ por outra norma fundamental. No entanto, para que isso ocorra, será necessário apresentar razões capazes de justificar a restrição. A necessidade de cumprir os requisitos previstos no §3º, do art. 14, da Constituição Federal, para concorrer a algum cargo político, e as restrições ao exercício do voto, previstas no §2º, do referido dispositivo, são exemplos de restrições constitucionais a ações (votar e candidatar-se) que encontram respaldo na própria Constituição Federal. Outro grupo referente à categoria de *direito a algo*, na classificação de Alexy, é referente aos *direitos à não-afetação de características e situações* (2015, p. 199).

Por derradeiro, o autor alemão apresenta os *direitos à não-eliminação de posições jurídicas*. As posições jurídicas dependem de *atos institucionais*, isto é, normas válidas que

¹⁵ Sobre o tema: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 171/257; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 126/183 e dentre outros.

atribuem uma capacidade ao cidadão para modificar posições jurídicas. Assim, teriam os cidadãos o direito à manutenção dessas posições jurídicas, de modo que, quando protegidas por alguma norma fundamental, a sua alteração se tornaria impossível, no caso de cláusula pétrea, ou exigiria um procedimento legislativo complexo, tal como a Emenda Constitucional. Como exemplo, pode-se mencionar a *posição jurídica do eleitor*, tendo como fundamento o princípio democrático, e criada por meio do art. 14, §2º, da Constituição Federal.

Ainda dentro do aspecto deôntico da obrigação, existem os *direitos a algo* na sua faceta positiva (ALEXY, 2015, pp. 201-203). Considerando a normatividade democrática, o Estado deve oferecer condições fáticas e normativas para que o cidadão possa exercer a sua faculdade de participar ou não da vida política. Exemplifica-se o direito dos cidadãos indígenas à ação positiva fática a ação de o Estado levar às suas aldeias as urnas eletrônicas; já quanto à ação positiva normativa, exemplifica-se o direito dos cidadãos de haver toda uma estrutura normativa para que as eleições possam ocorrer.

Liberdades.

Robert Alexy trabalha com a modalidade deôntica da permissão para apresentar um conceito de *liberdade*. Dessa forma, o conceito de *Liberdade Não-Protegida*, para o autor, traduz-se na soma da permissão de se abster ($P\text{---}p$) e da permissão de fazer (Pp) (2015, p. 227). No que se refere à *Liberdade Protegida*, além de se observar as permissões de se abster e a de fazer, há o direito ao não embaraço da ação (2015, p. 232). Isso se evidencia no funcionamento da liberdade de expressão inserida em um contexto eleitoral. Qualquer cidadão tem a permissão de se abster de debates políticos, bem como a permissão de participar dos debates. Ao lado disso, há também o direito de o Estado não interferir no exercício da sua liberdade de expressão, o que se caracteriza como uma *Liberdade Protegida*.

Outra percepção acerca da *Liberdade Não-Protegida* é referente a sua relação com normas infraconstitucionais proibitivas ou obrigacionais, isto é, caso o cidadão tenha uma liberdade específica e, no âmbito legal, cria-se uma obrigação que venha a suprimir a permissão de se abster, observar-se-á uma inconstitucionalidade (ALEXY, 2015, p. 231). Utiliza-se o exemplo da *Liberdade de Expressão* para então supor a existência de uma lei que obrigue os candidatos a participarem dos debates eleitorais promovidos pelas redes de televisão. Nesse caso, estar-se-ia diante de uma lei que restringe uma *liberdade* no seu prisma de *abstenção*. O seu fundamento, para garantir a sua constitucionalidade, deveria encontrar respaldo em outras

normas constitucionais, sob o risco de ter a sua validade questionada, por usurpar a competência legislativa.

Em análogo, poder-se-ia suscitar a obrigatoriedade de *votar*. Essa medida, instituída por meio de lei, poderia encontrar obstáculo em uma suposta *permissão fundamental de não participar da política*. No caso da Constituição da República de 1988, a obrigatoriedade do voto decorreu da vontade do Constituinte Originário, instituída pelo inciso I, do §1º, do art. 14, da Lei Maior.

A percepção acerca do conceito de *liberdade* encontra proximidades com o espectro ideológico/filosófico *liberal*, por reconhecer que, diante da inexistência de lei, há a *permissão*, exigindo razões para a sua supressão. Sendo assim, compreende a sociedade a partir do binômio privado/público, havendo uma relação cronológica entre eles, sendo o indivíduo, primeiro, livre, para, posteriormente, por meio de um ato externo e público, ocorrer a restrição dessa *liberdade*. Em um cenário *comunitarista*, por exemplo, essa modalidade deôntica poderia não ter esse mesmo sentido.

*Competências*¹⁶.

Outra possibilidade de *uso* é referente às normas de competência. No discurso ordinário, pode-se encontrar pelo menos dois tipos de regras: aquelas que regulam a conduta humana, a qual existe independente dessas regras, denominadas *regras regulatórias*, e aquelas que criam formas de condutas humanas, designadas como *regras constitutivas* (SEARLE, 1994, p. 42). Quando analisadas as *normas de competências*, a partir das modalidades deônticas, costuma-se associá-las à permissão. Alexy, entretanto, enfatiza existir diferenças entre uma *norma de competência* e uma *norma permissiva*. A prática de uma conduta permitida não se confunde com o exercício de uma *competência*, na medida em que a *norma permissiva* não altera posições jurídicas, enquanto a *norma de competência* se apresenta capaz para tanto (ALEXY, 2015, p. 237). Além de alterar posições jurídicas, as *normas de competências* se mostram aptas a *criar situações jurídicas*. Ou seja, a literatura jurídica absorve essa distinção entre regras regulatórias e regras constitutivas para então inserir as *normas de competência* na lógica das *regras constitutivas*.

¹⁶ Uma boa síntese sobre o tema, conferir: BELTRA, Jordi Ferrer. *Las Normas de Competencia*. Un aspecto de la dinámica jurídica. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

A negação da *norma de competência* também se altera da negação da *norma permissiva*. A prática de uma conduta não permitida ocasiona responsabilidade, enquanto a prática de uma não-competência produz um ato inválido. Além dessa distinção, Ross apresenta subdivisões das normas de competências. Têm-se as normas que prescrevem: as pessoas qualificadas para o exercício da competência; os procedimentos a serem adotados; e o alcance possível da norma em relação aos sujeitos e às situações (ROSS, 1971, p. 123).

Sobre o problema de redução da norma de competência à norma de conduta (ROSS, 1971, p. 111), Alexy indica que uma redução possível seria compreender que “o conteúdo normativo de uma competência é idêntico à classe dos deveres, proibições e permissões (relacionais e não-relacionais) que são possíveis de acordo com ela” (2015, p. 242).

A Discricionariedade Estrutural e Semântica do Juiz

As explicações individuais sobre *direito a algo, liberdade e competência* traduzem um *raio* de um feixe de posições jurídicas, cujo todo exprime a ideia do conceito de *direito fundamental completo* (ALEXY, 2015, p. 249). Isso significa dizer que, de um dispositivo, se torna possível retirar um *feixe de posições jurídicas*. Vê-se que, nos exemplos supramencionados, foram retiradas diversas *normas* de um mesmo dispositivo constitucional previsto no art. 1º, da Constituição da República, qual seja, o princípio da democracia.

Dessa forma, sugere-se que, na atividade de se analisar a discursividade jurisdicional, a atenção seja destinada à *norma* e não ao *dispositivo normativo* escolhido pelo magistrado para decidir uma determinada causa. Na norma, estará a *ordem*, apta a produzir os efeitos práticos, os quais interessaram para investigação. Nesse contexto, Robert Alexy apresenta uma interessante ferramenta, denominada *norma atribuída*. Para compreender esse conceito, deve-se memorar que a *norma* não está restrita ao *texto*, mas sim ao *sentido* que se retira do texto. Esse *sentido* pode ser expresso de diversas formas, aduzindo à sua redação elementos novos em relação ao texto originário. Essa nova redação, contudo, não é capaz de alterar o *sentido* da norma. A nova redação serve para reduzir a *semântica* do texto, mediante o uso de *regras semânticas* (ALEXY, 2015, pp. 69-71).

O problema da *semântica* pode ser exemplificado em um relevante Recurso Extraordinário de nº 564.413/SC, que tinha como objeto a discussão acerca da abrangência da

imunidade prevista no I, §2º, art. 149, da Constituição da República¹⁷, isto é, deveria a Corte definir se no conceito de *receita* estava inserido o lucro auferido pelas pessoas jurídicas. Assim, de um lado, havia a tese de que a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) estava fora do raio de abrangência da referida imunidade, uma vez que, no texto constitucional, consta a palavra *receita* e não *lucro*, devendo diferenciá-los conforme é feito pelas ciências contábeis. Do outro, estava a tese de que, por força da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de usar do método teleológico para definir abrangência de imunidade, deveria o julgador absolver as intenções do constituinte derivado para, então, imunizar o *lucro* resultante de operações de exportações. No fim, a maioria do Tribunal, por seis votos, compreendeu que o *lucro* estaria fora do raio de incidência da norma.

Ou seja, trata-se de um interessante exemplo para lidar com o problema da *abertura semântica* constante em dispositivos constitucionais e legais. Portanto, como o Supremo Tribunal Federal, autoridade máxima para definir a direção semântica de um dispositivo, compreendeu que *receita* não se confunde com *lucro*, mesmo que este seja decorrente daquele, pode-se observar uma restrição semântica, de modo a se chegar à seguinte norma atribuída: “A União Federal não tem competência para instituir relação jurídica tributária entre a Pessoa Jurídica e a União Federal, no que se refere às Contribuições Sociais e de Intervenção no Domínio Econômico incidentes sobre as receitas, as quais não abrangem o lucro, decorrentes de exportação.” Extrai-se, desta forma, a *norma*, com o auxílio semântico do STF, contida no art. 149, no §2º, inciso II, da Constituição da República, estruturalmente completa, por definir a posição jurídica da União Federal em face das pessoas jurídicas, mediante a indicação de operadores deônticos.

Quanto ao problema da *estrutura*, utiliza-se outro dispositivo constitucional, o *princípio democrático*, previsto no parágrafo único do art. 1º, da Constituição da República. Pela redação, pode-se notar que não há qualquer indicação quanto ao titular do direito, a natureza da ordem (permissão, obrigação ou proibição), nem mesmo a quem a ordem é direcionada. Dessa forma, para trabalhar com o princípio democrático, torna-se necessário inserir esse *dispositivo constitucional* em um *contexto*, o qual é criado pelas partes em um processo judicial e

¹⁷ O dispositivo constitucional possui a seguinte redação: art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

(...)

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo:

(...)

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

influenciado pelas conjunturas políticas, sociais e econômicas. Com efeito, a depender do *contexto*, isto é, a depender das narrativas fáticas e jurídicas aduzidas aos autos e das forças não jurídicas incidentes na ação, o *dispositivo constitucional* ganhará estruturas distintas. A pluralidade estrutural de um *dispositivo normativo* resta caracterizada pela possibilidade de, em uma determinada demanda, certos sujeitos serem abrangidos pela *norma*, ostentando uma certa posição jurídica, ou de, em outra ação, do mesmo *dispositivo normativo*, formarem-se relações jurídicas distintas.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.307/DF, restou declarado inconstitucional o inciso I do artigo 3º da Emenda Constitucional 58/2009. O ato do Poder Constituinte Derivado visava à alteração do inciso IV, do art. 29, e do art. 29-A da Constituição Federal, além de atribuir efeito retroativo à emenda, de tal forma que valesse desde o processo eleitoral de 2008. Caso não fosse declarada a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional, em alguns municípios, os suplentes dos vereadores seriam eleitos para preencher as novas vagas de vereador, decorrentes do aumento no número de cadeiras. Contudo, o STF entendeu que, se houvesse a retroação dos efeitos da Emenda Constitucional, observar-se-ia a violação ao princípio democrático, uma vez que se elegeriam os suplentes de vereadores, caracterizando uma eleição indireta.

Nesse caso, o *dispositivo constitucional* do princípio democrático fora *utilizado* para expressar uma proibição direcionada ao Poder Legislativo, tendo, do outro lado, o direito dos cidadãos de eleger os seus representantes locais. Por consequência, pode-se exprimir a seguinte norma atribuída: o Poder Legislativo, em face dos cidadãos, está proibido de produzir normas que autorizem a eleição indireta de vereadores.

Por outro lado, pode-se trabalhar com o princípio democrático como *norma de competência* para definir os sujeitos permitidos a participar do jogo eleitoral, como bem restou exposto no voto do Ministro Luiz Fux, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF. A sua conclusão foi no sentido de que as pessoas jurídicas não teriam capacidade de participação política, cabendo apenas às pessoas naturais o exercício de direitos políticos. Assim, a permissão das doações de pessoas jurídicas em campanhas eleitorais fora compreendida como inconstitucional, por violar o princípio democrático.

No mesmo julgamento, o Ministro Marco Aurélio retira do princípio democrático a obrigação de o Poder Legislativo criar leis que garantam um “processo eleitoral justo e igualitário” (BRASIL, 2016, p. 169). Assim, como a inclusão do financiamento empresarial de campanhas eleitorais proporcionava um *processo eleitoral injusto e desigual*, segundo a

percepção do Ministro, a Lei se mostrava inconstitucional, por não ter atendido à obrigação imposta pela Constituição da República.

Ainda dentro do problema referente à *estrutura* da norma, cumpre enfatizar acerca da necessidade de se identificar a *intensidade da norma* para analisar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Nesse contexto, a distinção entre *regras* e *princípios*, proposta por Alexy, ganha relevância¹⁸. No plano lógico, pode-se desenhar os princípios como *mandamentos de otimização*, podendo ser “satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”, sendo isso determinado pelos princípios e regras colidentes inseridos em um *procedimento discursivo* (ALEXY, 2015, pp. 89-90). Em outras palavras, trata-se de “normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisa para cuja realização é necessária a adoção de determinado comportamento” (ÁVILA, 2014, p. 95). Quanto às regras, estruturam-se como “normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada” (ÁVILA, 2014, p. 95). As normas estruturadas como *regras* não exigem um *procedimento discursivo* para identificar o seu *mandamento definitivo*, uma vez que, preenchidas as condições fáticas, a consequência jurídica se torna devida.

No plano prático, sugere-se reparar a formação dos argumentos baseados em regras mediante a identificação de *enunciados descritivos* utilizados para criar a realidade sobre a qual incidirá a norma, bem como do próprio sistema jurídico, a fim de relacioná-los por meio da ideia de correspondência. Quanto aos argumentos baseados em princípios, a lógica discursiva se altera, posto que haverá o esforço retórico para apontar os *fins* dos princípios, por meio do uso de *interpretações sistemática, histórica*, entre outras. Haverá também a *descrição* dos *meios*, com a intenção de suscitar adequação e necessidade entre os *meios* e os *fins*.

Em síntese, as reiteradas exposições dogmáticas acerca dos princípios e das regras servem para mostrar as possibilidades retóricas que podem ser utilizadas pelo intérprete para concretizar um determinado ponto de vista. Isso se torna evidente ao analisar as manifestações presentes na ADC nº 29, cujo objeto foi a *Lei da Ficha Limpa*, e na Medida Cautelar da ADC nº 44, que tratou sobre a execução provisória da pena. Nesses casos, pôde-se notar os *usos* do princípio da presunção de inocência, previsto no inciso LVII, do art. 5º, da Constituição da República, de formas distintas.

¹⁸ Sobre a proposta do autor, conferir ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 4ª triagem, São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 85/121.

Na Ação Direta de Constitucionalidade nº 29, o Relator Ministro Luiz Fux fez *uso* de tal dispositivo como se fosse uma *regra* (BRASIL, 2012, p. 28):

Idênticas conclusões podem ser atingidas sob perspectiva metodológica diversa. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, deve ser reconhecida, segundo a lição de Humberto Ávila (Teoria dos Princípios. 4. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005), como uma regra, ou seja, como uma norma de previsão de conduta, em especial a de proibir a imposição de penalidade ou de efeitos da condenação criminal até que transitada em julgado a decisão penal condenatória. Concessa vênua, não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico no indigitado enunciado normativo.

Por meio desse *uso*, o Ministro fundamenta a necessidade de se rever o entendimento formado na ADPF nº 144/DF, o qual garantia a aplicação do referido dispositivo nos casos envolvendo *direito eleitoral*. Desse modo, como no texto constitucional consta a expressão *sentença penal*, a mudança de entendimento, segundo o Ministro, garantiria a reaproximação do “enunciado normativo da sua própria literalidade, da qual se distanciou em demasia” (BRASIL, 2012, p. 28). Ressalta-se que, como tal tese restou vitoriosa, a compreensão individual do Ministro passou a representar o entendimento da Corte.

Na Medida Cautelar da Ação Direta de Constitucionalidade nº 43, esse mesmo dispositivo fora *usado* como se fosse um *princípio*, havendo apenas um mandamento provisório, sendo necessário passar pelo procedimento de *sopesamento* para então se chegar ao seu mandamento definitivo. Neste ensejo, a fundamentação do Ministro Luís Roberto Barroso ostenta o caráter principiológico (BRASIL, 2018, p. 95):

52. Na discussão sobre a execução da pena depois de proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal competente, o princípio da presunção de inocência está em tensão com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal, com amplo lastro na Constituição (arts. 5º, caput e LXXVIII e 144). Nessa ponderação, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, de um lado, já há demonstração segura da autoria e materialidade e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas. E, de outro, permitir o enorme distanciamento no tempo entre fato, condenação e efetivo cumprimento da pena (que em muitos casos conduz à prescrição) impede que o direito penal seja sério, eficaz e capaz de prevenir os crimes e dar satisfação à sociedade. Nessa situação, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça. E mais: interditar a prisão quando

já há condenação em segundo grau confere proteção deficiente a bens jurídicos constitucionais tutelados pelo direito penal muito caros à ordem constitucional de 1988.

Evidencia-se, portanto, que a alteração de entendimento acerca da *intensidade da norma* apresenta conexões com a conjuntura política, segundo demonstração dos próprios Ministros. No julgamento dos referidos feitos, pode-se notar a influência da opinião pública no comportamento do Judiciário, servindo a análise da estrutura lógica do discurso para explicar *como* a opinião pública se insere no discurso jurídico.

1.2. Sobre a Discrecionalidade Cognitiva e o Processo Constitucional

A discussão acerca da questão fática no processo constitucional parece não ter tido grande importância para os dogmáticos. Uma possível explicação seria de que, no controle abstrato da lei, não haveria análise de fatos. Pode-se considerar as lições do professor Adrian Sgarbi como um exemplo de tal entendimento, quando salienta que, no caso de controle de constitucionalidade, o juiz só estaria obrigado a apresentar razões de direito, “sem se perscrutar qualquer situação fática submersa” (2013, p. 230). Sucede que tal compreensão não encontra mais respaldo na prática decisória do Supremo Tribunal Federal, nem mesmo na dogmática contemporânea, como bem ressalta Gilmar Ferreira Mendes (2014, p. 1.159):

Essa abordagem conferia, equivocadamente, maior importância a uma pré-compreensão do instrumento processual do que à própria decisão do constituinte de lhe atribuir competência para dirimir a controvérsia constitucional.

Hoje, entretanto, não há como negar a “comunicação entre norma e fato”, que constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento, aqui, envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos⁵¹².

Arrisca-se a dizer que a separação entre *fatos e direito* só tem relevância para o exercício de análise, configurando-se uma abstração teórica, incompatível com a prática argumentativa. Em um contexto de delimitação da legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal, o exame sobre a construção dos argumentos fáticos tem chance de se mostrar mais relevante do que o tema destinado à *interpretação constitucional*, principalmente, no contexto marcado pelo *uso* de uma concepção *ampla de direito subjetivo*.

A consequência do *uso* do conceito amplo de *direito subjetivo* legitima o aumento da capacidade cognoscível empírica dos operadores, na medida em que passam a tratar de temas

que outrora não pertenciam à seara jurídica. A alteração do paradigma teórico se mostra capaz de influenciar o comportamento do Poder Judiciário. No processo decisório, observa-se a *captura* de *atos* que não se relacionam àqueles selecionados no Processo Legislativo. No decorrer do processo de concretização da norma, observa-se a juridicização de certos *atos* distintos daqueles previstos expressamente nas hipóteses de incidência das normas.

Vale, neste tópico, chamar a atenção para a estrutura dos raciocínios jurídicos feitos para fundamentar uma obrigação do Estado em face dos cidadãos. Neste contexto, cabe memorar a proposta conceitual de Robert Alexy sobre a posição jurídica denominada de *direito a algo*. Na sua dimensão positiva, forma-se uma relação triádica havendo o Estado, em face do cidadão, o dever de *ação positiva*. Na teoria explicativa de Alexy, as relações jurídicas com essa estrutura são denominadas de *Direitos a Prestações em Sentido Amplo*.

A estrutura dos *direitos à prestação* se diferencia da estrutura dos *direitos de defesa*. A variação conceitual se evidencia na forma como o juiz constrói a relação jurídica entre os cidadãos e o Estado. Na dimensão *negativa*, em face do Estado, há uma *proibição* para afetar ou destruir negativamente *algo*. Sendo assim, “toda e qualquer ação que represente ou produza destruição ou afetação negativa é proibida” (ALEXY, 2015, p. 461). Considerando o plano prático, deveria o *postulante* demonstrar que determinada medida do Legislativo *interferiu* negativamente em um *direito fundamental*, fixando semanticamente o âmbito de proteção do direito fundamental e construindo a discursividade de que o *meio* adotado pelo Legislativo se mostrou inadequado, desnecessário ou desproporcional em relação ao *fim* selecionado. O âmbito de proteção e a justificativa da intervenção, portanto, constituem o *suporte fático* dos *direitos de defesa*, que assim podem ser conceituados (ALEXY, 2015, p. 303):

Bens protegidos são ações, características ou situações, ou ainda posições de direito ordinário, que não podem ser embaraçadas, afetadas ou eliminadas. O conceito de intervenção constitui o supraconceito para os conceitos de embaraço, afetação e eliminação. Os direitos a ações negativas são, portanto, direitos à não-realização de intervenções em determinados bens protegidos. A esse direito à não-realização de uma intervenção corresponde, como já demonstrado, o dever de não realizar essa intervenção.

Quanto ao *direito a algo positivo*, reconhece-se haver uma *obrigação* em face do Estado para proteger ou fomentar algo. Com efeito, “nem toda ação que represente ou produza uma proteção ou um fomento será obrigatória”, bastando a medida necessária (ALEXY, 2015, p. 462). No plano prático, caberia ao *postulante* demonstrar a existência de outras medidas mais

efetivas de promoção a um *direito fundamental*, com um mínimo de restrição a outro *direito fundamental* em colisão, para fundamentar o *direito* e, com efeito, legitimar a jurisdição.

Evidenciam-se, por conseguinte, as diferenças estruturais contidas no processo de subjetivação dos *direitos de defesa e direitos à prestação*. No contexto da jurisdição constitucional, bastaria, no primeiro caso, suprimir a *discricionariedade cognitiva normativa* do Legislativo, mediante a demonstração de que a medida legislativa não se mostrou adequada, necessária ou proporcional a determinado fim. Já no segundo caso, além do problema do *sopesamento*, haveria o ônus argumentativo do Judiciário de apresentar medidas mais efetivas (ALEXY, 2015, p. 465):

Em si mesma considerada, a discricionariedade a que se fez menção até aqui - que pode ser classificada como discricionariedade estrutural - não suscita qualquer problema grave no que diz respeito à questão da justiciabilidade. Esses problemas surgem a partir da associação da discricionariedade estrutural com questões ligadas ao sopesamento e questões de efetividade. A discricionariedade estrutural está ligada a dois tipos distintos de discricionariedade: a discricionariedade cognitiva ligada aos problemas normativos do sopesamento e a discricionariedade cognitiva ligada aos problemas empíricos da efetividade. O problema da efetividade diz respeito sobretudo aos efeitos futuros de medidas presentes, ou seja, a questões de prognósticos. Uma avaliação do problema da justiciabilidade depende, portanto, do papel que os problemas ligados ao sopesamento e aos prognósticos desempenham no âmbito dos direitos de proteção.

Vê-se, com isso, que a *subjetivação* de direitos ocasiona problemas de ordens cognitivas, já que a *decisão devida* demanda comparações com outras decisões possíveis. Para resolver os problemas do *sopesamento* e dos *níveis de efetividade*, emerge a necessidade de comparar as medidas possíveis e, ato contínuo, justificar a escolha.

No plano teórico, Robert Alexy tentou oferecer uma explicação conciliatória entre a normatividade dos princípios e a juridicização de temas estranhos ao processo legislativo. Para tanto, apresentou a teoria do *Suporte Fático Amplo*, que, em síntese, consiste em inserir dentro do âmbito de proteção do princípio de direito fundamental tudo aquilo que milite a seu favor (ALEXY, 2015, p. 322) O elo entre a *teoria da norma* e o *Suporte Fático Amplo* se justifica pela necessidade de oferecer uma coerência lógica à própria *teoria dos direitos fundamentais*.

Para explicar a coerência lógica entre a concepção ampla de *direito subjetivo* e o conceito de *Suporte Fático Amplo*, deve-se, primeiro, salientar a diferença entre a *teoria externa* e *teoria interna*. A *teoria externa*, quando concebe a norma como *mandamento prima facie*, aceita a existência de um *direito* e uma possível *restrição* a esse direito, que, após atravessar

um túnel de modelação semântica e estrutural, chega ao seu *mandamento definitivo*. Por outro lado, há a explicação, denominada de *teoria interna*, de que existe o “direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite” (ALEXY, 2015, p. 322).

A *Teoria dos Princípios*, por sua vez, forja os princípios jurídicos como *mandamentos de otimização* em face das possibilidades jurídicas e fáticas, os quais, embora não dependam de qualquer outra regra para que ocorra a sua concretização (ALEXY, 2015, p. 107), necessitam de um *procedimento discursivo* próprio, que seria a *máxima da proporcionalidade*. Para Alexy, a máxima da proporcionalidade disporia de elementos teóricos indispensáveis para racionalizar argumentos finalísticos. Nas etapas da *adequação* e da *necessidade*, apresenta-se o ensejo próprio para desenvolver argumentos empíricos, objetivando oferecer um Estado de Coisa que determinado princípio visa promover, a conjuntura fática sobre a qual incidirão as normas, os potenciais *meios* a serem utilizados para promoção dos *fins*, bem como a aferição da efetividade desses meios (ALEXY, 2015, p. 118).

Dessa forma, evidencia-se a vinculação lógica entre a *teoria da norma*, de Alexy, e o *Suporte Fático Amplo*. Tudo aquilo que milite a favor de um determinado direito fundamental deve ser levado em consideração, sob o risco de transformar a sua *teoria da norma* em autoritária ou exigir outra *teoria* apta a justificar as escolhas fáticas feitas no decorrer do processo de concretização de determinado princípio (ALEXY, 2015, p. 322).

Em termos teóricos, pode-se cogitar a possibilidade de abarcar *todas as possibilidades fáticas* e, com isso, ordená-las, para então definir qual princípio deve prevalecer em relação ao outro. Contudo, no plano prático, os limites da realidade comprometem a qualidade da decisão. A *teoria dos direitos fundamentais*, de Alexy, exige uma *teoria do processo* para que sejam fixados critérios quanto às escolhas feitas pelos magistrados.

Especula-se que os institutos da *preclusão* e do *ônus da prova*, próprios do processo ordinário, amenizariam os problemas, já que repassaria às partes o dever de fazer o corte fático, restringindo a atuação do juiz aos argumentos empíricos apresentados pelas partes. O problema relacionado à *discricionariedade cognitiva*, contudo, manifesta-se, no contexto de controle de constitucionalidade, já que o processo constitucional não dispõe de procedimentos de ordenação das alternativas fáticas, nem mesmo de exigir justificativas quanto às escolhas fáticas feitas pelos Ministros.

Dentro do contexto de controle dos argumentos empíricos, pode-se dizer que o processo constitucional se mostra omissivo. Tem-se um procedimento simplório, incapaz de lidar com

grandes questões políticas que são levadas ao Poder Judiciário. Bastam poucos atos para que o plenário possa definir a constitucionalidade de uma lei: a propositura, as manifestações das autoridades das quais emanou a lei e as manifestações do Advogado Geral da União e do Procurador-Geral da União. Na hipótese de haver pedido de liminar, possui o relator discricionariedade para apreciar monocraticamente, levar ao plenário ou adotar o rito previsto no art. 12, da Lei nº 9.868/99. Caso o relator julgue necessário, poderá deferir os pedidos de *amicus curiae* e convocar a sociedade para ser ouvida em audiências públicas.

Ante tal constatação, há a intenção de mostrar que o procedimento não oferece incentivos para que os juízes apresentem as possíveis alternativas fáticas a serem levadas em consideração no momento do julgamento. Como já apresentado, a decisão final é formada por diversas outras decisões, havendo escolhas em relação às proposições fáticas. Essas escolhas, contudo, não são resultados de um procedimento racional, na medida em que o processo constitucional não dispõe de um momento próprio para que os interessados e os próprios julgadores possam apresentar as alternativas fáticas possíveis. A falta de criação de um *universo de alternativas fáticas* impossibilita *ordená-las*, isto é, atribuir-lhes valores para que o Plenário possa decidir qual *argumento empírico* ostenta maior certeza em relação aos demais. Impede, ainda, que os juízes possam justificar as suas escolhas. A análise dos julgados permite observar que os argumentos empíricos são lançados como se fossem fatos dados. Além disso, a cada voto, há a possibilidade de o Ministro votante apresentar uma nova alternativa fática, sem que os interessados tenham a oportunidade de se manifestar.

Embora o foco do presente trabalho seja a *judicialização do sistema político*, vale expor o debate formado na Ação Penal nº 937 (BRASIL, 2018), no que se refere aos estudos da Fundação Getúlio Vargas utilizados para fundamentar o voto do relator. Nessa oportunidade, o relator Luís Roberto Barroso, a fim de satisfazer o suporte fático dos princípios da igualdade e do republicano, lançou mão de diversos argumentos empíricos, com a intenção de valorar a eficiência do sistema de justiça criminal. Com isso, baseou seu voto em estudos elaborados pela Fundação Getúlio Vargas, para chegar à conclusão de que o sistema de justiça criminal é ineficiente. Dessa forma, interpretou o art. 102, I, “b”, da Constituição Federal, de modo restritivo, por entender que, assim, seria possível promover os princípios da igualdade e da república.

Os dados apresentados sofreram críticas dos Ministros Dias Toffoli e Alexandre de Moraes. Quanto ao primeiro, restou feita uma comparação entre a estatística apresentada pelo relator e a estatística feita pelo seu próprio gabinete, a fim de sustentar que o sistema penal não

se mostra ineficiente (BRASIL, 2018, p. 865). O Ministro Alexandre de Moraes abriu a divergência para questionar a validade da pesquisa feita pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, de modo a chegar às seguintes conclusões (BRASIL, 2018, p. 913):

A inexistência de qualquer pesquisa estatística que compare o grau de efetividade de ações penais contra altas autoridades da República, antes e depois do aumento das hipóteses de “foro privilegiado”, inicialmente pela EC 1/1969 e, depois, confirmado e ampliado pela Constituição de 1988; tampouco pesquisas comparativas sobre a efetividade penal do Supremo Tribunal Federal em relação à 1ª instância; e, conseqüentemente, não há fundamento técnico-científico para a afirmação de que uma instância jurisdicional é melhor ou pior no combate à corrupção do que as demais. A citada pesquisa da FGV foi comprovadamente errônea, confundindo pedidos de arquivamento, ausência da concessão de prévias licenças das casas parlamentares, com prescrições ocorridas; entre outras questões. Basta verificar que todo ato de corrupção de parlamentares pode gerar dupla responsabilização, em virtude da autonomia das instâncias, a penal e a civil, por ato de improbidade administrativa; estas, de competência originária da 1ª instância, e compararmos quantas condenações definitivas temos com a perda do mandato nesses casos. Não se trata obviamente de nenhuma crítica à primeira instância, mas, sim, de afastar o superficial argumento de que a disfuncionalidade do sistema criminal só atinge o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Com base nesse exemplo, nota-se a fragilidade do processo constitucional, já que não dispõe de qualquer regra de admissibilidade de provas, remanescendo a dúvida se o sistema de justiça criminal é eficiente ou não. Caso seja, a interpretação do relator pode ser considerada válida? Qual estudo deve prevalecer? Ou seja, apesar de os juízes estarem obrigados a fazer diversas escolhas, o processo constitucional só oferece um momento para que o plenário possa decidir. Com efeito, já com o julgamento em curso, são apresentados novos argumentos empíricos, formando, no fim, uma pluralidade de alternativas fáticas sem que o plenário tenha apresentado razões para a escolha de um argumento empírico em detrimento do outro. Salienta-se que nem mesmo o critério quantitativo se mostra capaz de ordenar alternativas fáticas, uma vez que a quantidade serve para definir apenas a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei, havendo a possibilidade de a maioria reconhecer sua validade com base em argumentos empíricos diversos.

Poderia suscitar que as audiências públicas seriam capazes de sanar tal problema, na medida em que criariam um ambiente no qual as alternativas fáticas seriam apresentadas e ordenadas. Contudo, observou-se que, nas audiências, os convidados expõem o seu ponto de vista sem haver a necessidade de resolver qualquer problema, formando, no fim, um repertório de teses, sem que elas passem por qualquer procedimento de ordenação. O trabalho de Leal,

Herdy e Massadas apresenta um interessante panorama sobre o *uso* das audiências públicas, o qual restou caracterizado como *inconsistente e incoerente*. A primeira qualidade decorre da percepção de que não existem “critérios de admissibilidade e natureza da questão a ser esclarecida, como aspectos específicos referentes ao procedimento de consulta e deferência aos especialistas.”; já a incoerência se deu em razão da identificação de “duas ou mais ideias que apontam em direções opostas” (2017, p. 333).

Para o presente estudo, valem as observações dos autores sobre a falta de contraditório entre os participantes e a participação dos Ministros nas audiências públicas, dados consubstanciados na Tabela 1 do trabalho dos autores. Houve a consignação de que os Ministros se mostraram pouco participativos nas audiências públicas, prevalecendo a exposição dos convidados, sem que se estabelecesse a lógica da dialética. (LEAL et al, 2017, p. 350):

Esta tabela é um indicador relevante da inexistência concreta de um debate público e do exercício do contraditório. Considerando a dupla função atribuída às audiências públicas, temos aqui uma dupla incoerência na prática do STF. Se, por um lado, a função das audiências públicas é de legitimação democrática da jurisdição constitucional, não faz sentido restringir os debates entre os atores envolvidos. Por outro lado, se a sua função é epistêmica, a supressão do debate é também um sinal de que o argumento de autoridade está sendo usado de modo falacioso. Neste caso, não é preciso sequer analisarmos o teor das manifestações em si; basta verificar a sua pouca ou nula frequência. O apelo à opinião do expert será sempre falacioso, constituindo um uso “dogmático” do argumento de autoridade, quando não são admitidos desafios ou questionamentos críticos. Portanto, o número reduzido ou nulo de manifestações, resultante da restrição ao efetivo diálogo durante as audiências públicas, é por si só um indício do uso incoerente do instituto das audiências públicas, seja qual for a função a ele atribuída – política ou epistêmica ou ambas.

Outra observação apresentada pelos autores foi em relação à preocupação dos Ministros de garantir a pluralidade de participantes. No Gráfico 3, consta que, em média, a posição final dos convidados se mostrou equilibrada, já que a diferença entre as exposições favoráveis e não-favoráveis se aproximou de zero. (LEAL, et al., 2017, p. 353). Quando os autores analisaram o *uso* dos argumentos dos experts pelos Ministros, constataram “uma tendência de os ministros apresentarem informações que corroboram as hipóteses defendidas em seus votos” (LEAL, et. al., 2017 p. 360).

Interessante notar que as conclusões dos autores se compatibilizam com as interpretações sobre as audiências públicas realizadas na ADI nº 4.650 e no RE nº 1.238.853/RJ (Apêndice B). Nota-se que a sua organização obedece a lógica da exposição e não da dialética, visto que não houve, entre os participantes, debates com a intenção de se criar algum consenso.

Além disso, foram observadas poucas intervenções do Ministro relator com a intenção de provocar entre os experts alguma espécie de debate. As exposições, ademais, mostraram-se plurais, já que cada expositor adotava o seu marco teórico para apresentar suas interpretações sem que houvesse conexão com os demais integrantes.

1.3. Análise dos Principais Casos.

A Lei da Ficha Limpa

A Constituição da República atribuiu a competência ao Poder Legislativo para definir outros casos de inelegibilidade, com a intenção de garantir a “probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”, conforme consta na redação do parágrafo 9º, do art. 14, da referida norma suprema. O Legislativo, a fim de regulamentar o referido dispositivo constitucional, editou, em 18/05/1990, a Lei Complementar nº 64/90. Em 2010, houve a edição da Lei Complementar nº 135, responsável pela inclusão de novas hipóteses de inelegibilidade, bem como alteração do texto legal dos casos já previstos.

Essas leis passaram pelo crivo do Judiciário, quando esse fora convidado para definir a abrangência do Princípio da Presunção de Inocência, previsto no inciso LVII, do art. 5º, da Constituição da República. O Supremo Tribunal Federal se manifestou acerca de tal dispositivo constitucional em duas oportunidades. A primeira foi na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em 26/06/2008, tendo como objeto as alíneas ‘d’, ‘e’, ‘g’, e ‘h’, do art. 1º, e o art.15, todos da Lei Complementar nº 64/90; a segunda foi na Ação Direta de Constitucionalidade nº 29¹⁹, quando o Partido Popular Socialista ajuizou a referida demanda, a fim de reconhecer a validade constitucional das alterações advindas da Lei Complementar nº 135/10.

Expostas as informações gerais sobre as referidas demandas constitucionais, cumpre salientar as particularidades dos casos, para ressaltar a compreensão acerca do Supremo Tribunal Federal em relação à conjuntura política da época. Explica-se que o Tribunal Superior Eleitoral tinha o entendimento de que a aplicação da norma prevista no parágrafo 9º, do art. 14,

¹⁹ A ação foi julgada em conjunto com a Ação Direta de Constitucionalidade nº 30 e com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, tendo o mesmo acórdão para todas. Desta forma, quando fizer referência à ADC nº 29, estará mencionado também as demais ações conexas.

da Constituição da República, demandava de Lei Complementar para definir os casos de inelegibilidade. Com a Emenda Constitucional de Revisão nº 4º, de 07/06/1994, o texto constitucional se alterou, passando a constar as expressões “a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e, após a expressão a fim de proteger”, conforme se observa na comparação a seguir:

Redação Original:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 04/94:

§ 9º. Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Ante tais inclusões, a AMB ajuizou a ADPF nº 144/DF com a intenção de atribuir ao Juiz Eleitoral a competência de considerar a inelegibilidade dos candidatos em quaisquer casos que estivessem em desacordo com os fins republicanos aduzidos pelo novo texto constitucional, mesmo que não houvesse previsão legal, reconhecendo assim a Auto Aplicabilidade da Norma prevista no parágrafo 9º, do art. 14, da Constituição Federal. Para tanto, tornar-se-ia necessária a não recepção das alíneas ‘d’, ‘e’, ‘g’ e ‘h’, do inciso I, do art. 1º, da Lei Complementar nº 64/90. A associação requereu, ainda, que fosse reconhecida a possibilidade da Justiça Eleitoral “sopesar a gravidade das condutas apontadas na lei complementar, mesmo sem trânsito, para deliberar pela rejeição ou não do registro do candidato”.

O Supremo Tribunal Federal julgou, em 06/08/2008, por maioria, improcedente o pleito da Associação dos Magistrados Brasileiros, destacando os argumentos de que cabe ao Legislativo definir os casos de inelegibilidade, bem como que o princípio da presunção de inocência irradia para as demais áreas do direito, tal como o direito eleitoral, de modo que o reconhecimento de inelegibilidade impescinde o trânsito em julgado da demanda.

(...) IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE DEFINIR-SE, COMO CAUSA DE INELEGIBILIDADE, A MERA INSTAURAÇÃO, CONTRA O CANDIDATO, DE PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, QUANDO

INOCORRENTE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO - PROIBIDADE ADMINISTRATIVA, MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO ELETIVO, "VITA ANTEACTA" E PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA (...) EFICÁCIA IRRADIANTE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DESSE PRINCÍPIO AO ÂMBITO DO PROCESSO ELEITORAL - HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE - ENUMERAÇÃO EM ÂMBITO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 14, §§ 4º A 8º) - RECONHECIMENTO, NO ENTANTO, DA FACULDADE DE O CONGRESSO NACIONAL, EM SEDE LEGAL, DEFINIR "OUTROS CASOS DE INELEGIBILIDADE" - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, EM TAL SITUAÇÃO, DA RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR (CF, ART. 14, § 9º) - IMPOSSIBILIDADE, CONTUDO, DE A LEI COMPLEMENTAR, MESMO COM APOIO NO § 9º DO ART. 14 DA CONSTITUIÇÃO, TRANSGREDIR A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA (...)

A maioria restou formada pelos Ministros Celso de Mello (Relator), Gilmar Mendes (Presidente), Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Eros Graus, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia e Menezes Direito. Os Ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa restaram vencidos.

Essa compreensão permaneceu até a edição da Lei Complementar nº 135/10, quando diversas alíneas do art. 1º, da Lei Complementar nº 67/90, foram alteradas, de modo que passou haver a permissão para declarar a inelegibilidade diante da hipótese de ter tido julgamento por órgão colegiado, alterando a compreensão formada outrora pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 144. Esse quadro gerou insegurança, na medida que tinham, de um lado, juízes declarando a inelegibilidade, quando observada a hipótese de um acórdão proferido por colegiado, de outro, magistrados reconhecendo a elegibilidade, já que não se observava o trânsito em julgado.

Este cenário justificou a propositura das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 29 e 30, as quais foram distribuídas ao Ministro Luiz Fux e julgadas em 16/02/2012. A maioria da Corte, formada pelos Ministros Luiz Fux (Relator) Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Dias Toffoli e Rosa Weber, reconheceu a constitucionalidade da aplicação da Lei Complementar nº 135/10 a atos e fatos jurídicos que tenham ocorrido antes do advento da Lei, enquanto os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso julgaram improcedente as demandas.

É interessante salientar que, para se reconhecer a constitucionalidade das mudanças trazidas pela Lei Complementar nº 135/10, tornava-se necessário superar o entendimento formado na ADPF nº 144. Neste cenário, o Relator apresentou os argumentos que existe uma “notória crise do sistema representativo brasileiro e que a população anseia a moralização do

exercício dos mandatos eletivos”. Dessa forma, a interpretação atribuída ao princípio da presunção de inocência não se mostrava adequado ao cenário social, justificando o *overruling* (BRASIL, 2012, p. 10):

Assinale-se, então, que, neste momento, vive-se – felizmente, aliás – quadra histórica bem distinta. São notórios a crise do sistema representativo brasileiro e o anseio da população pela moralização do exercício dos mandatos eletivos no país. (...)

Propõe-se, de fato, um *overruling* dos precedentes relativos à matéria da presunção de inocência vis-à-vis inelegibilidades, para que se reconheça a legitimidade da previsão legal de hipóteses de inelegibilidades decorrentes de condenações não definitivas.

Apesar de o Relator não explicar como se daria a *crise do sistema representativo brasileiro*, pela leitura do trabalho de dissertação referenciado no voto, *Do Direito à Democracia: Neoconstitucionalismo, Princípio Democrático e a Crise no Sistema Representativo*, pode-se retirar alguns elementos caracterizadores de uma *crise de representatividade*. O Ministro Relator a referenciou para justificar a existência de uma *crise de representatividade*, apta a legitimar a atuação do Poder Judiciário em face do Poder Legislativo. Em tal trabalho, restou consignado que o déficit democrático decorreria i.) da “colonização do espaço de debate, realizada pelo sistema econômico e político, na qual o poder e o dinheiro substituem a linguagem como meio de relação intersubjetiva, eliminando a autenticidade do voto e a sua eficácia na expressão da vontade popular” (MARTINS, 2007, p. 89); ii.) da grave distorção representativa, causada pelo fenômeno de que os estados menos populacionais têm capacidade de representação maior do que as unidades federativas mais populacionais (MARTINS, 2007, p. 95); iii.) da frouxidão dos critérios de inelegibilidades; da possibilidade de mudança do domicílio eleitoral para fins estratégicos (MARTINS, 2007, p. 132); e iv.) da alternância partidária, desconfigurando a fidelidade partidária (MARTINS, 2007, p. 179).

Em síntese, ante uma democracia, *colonizada* pelo dinheiro e por políticos, que agem estrategicamente para se manterem no poder, inserida em um arranjo institucional que favoreça a *não-moralidade*, a única alternativa ao Poder Judiciário era superar o entendimento formado na ADPF nº 144 e, assim, reconhecer que, no contexto de *crise de representatividade*, a presunção de inocência não deve dispor da força normativa que outrora exigira, sendo a decisão do colegiado de segunda instância suficiente para restringir o direito político do cidadão.

Observa-se, assim, que a inserção da visão do Poder Judiciário acerca das relações políticas no discurso jurídico é capaz de produzir efeitos normativos concretos. Desde o ajuizamento da ADPF nº 144, já se reparam os indícios da opinião da Associação dos Magistrados Brasileiro em relação ao jogo político. Memora-se que a Associação postulou a possibilidade de os próprios Magistrados definirem as hipóteses concretas transgressoras da probidade administrativa e da moralidade pública, na medida em que a Lei não se torna apta a prever todas as hipóteses.

Quanto às ADCS nº 29 e 30, pode-se reparar que o *overruling* dependeu de uma *suposta* crise de representatividade. Ou seja, a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa precisou da visão política dos Ministros, a qual é caracterizada pela existência de uma *crise de representatividade*.

Ao utilizar as categorias da teoria do direito, pôde observar que o Relator adotou como premissa a *teoria externa* do direito, havendo um direito e a sua restrição (Alexy, 2015, p. 277). Dessa forma, torna-se lícito explicar o julgado nos seguintes termos: com base no princípio democrático, apresentam-se os direitos *prima facie* do cidadão-eleitor de votar em qualquer candidato e do cidadão-candidato de se eleger. A *Lei da Ficha Limpa* seria uma restrição indiretamente constitucional, já que a faz em virtude de uma cláusula constitucional, isto é, do 14, §9º, se retira a norma de competência do Poder Legislativo de restringir a elegibilidade do cidadão, mediante Lei Complementar.

Para averiguar a legitimidade da restrição, o Ministro Relator adotou o teste da *proporcionalidade*, formando o raciocínio de que a *Lei da Ficha Limpa* seria uma medida adequada, necessária e proporcional aos princípios consagrados no art. 14, §9º, da Constituição da República:

Do ponto de vista da adequação, não haveria maiores dificuldades em afirmar que as inelegibilidades são aptas à consecução dos fins consagrados nos princípios elencados no art. 14, § 9º, da Constituição, haja vista o seu alto grau moralizador. (BRASIL, 2012, p. 32)

Quanto à *necessidade*, o Relator apontou que a declaração de inelegibilidade após a decisão do colegiado seria uma medida necessária para promoção dos fins previstos no art. 14, §9º, já que se mostraria uma restrição aos direitos fundamentais menos gravosa. Na esteira do teste da proporcionalidade, o Relator consignou que as restrições às liberdades individuais não superam os benefícios advindos da lei:

o sacrifício exigido à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de cargos públicos, sobretudo porque ainda são rigorosos os requisitos para que se reconheça a inelegibilidade. (BRASIL, 2012, p. 35)

Em síntese, a *Lei da Ficha Limpa*, que consiste na transferência de poder ao Judiciário e no enfraquecimento do processo judicial, só se justifica, por se mostrar um meio adequado, necessário e eficaz para “proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato”.

Financiamento de Campanhas

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade, com o intento de averiguar a constitucionalidade do financiamento privado de campanhas instituído pela Lei das Eleições e pela Lei Orgânica dos Partidos Políticos. Na audaciosa tese apresentada pelo Requerente, reuniam-se relatos acerca da então caracterizada mistura tóxica entre os financiadores de campanhas e os candidatos, capaz de esbarrar nos limites constitucionais consubstanciados nos princípios igualitário, democrático e republicano. Os pedidos foram parcialmente acolhidos para reconhecer a inconstitucionalidade das contribuições feitas aos candidatos pelas pessoas jurídicas, mantendo hígidas as doações originárias das pessoas físicas.

O referencial teórico adotado pelo Ministro Luiz Fux, para legitimar a sua atuação, foi a Teoria Procedimental de John Hart Ely, que, em síntese, compreende que a Suprema Corte não deve agir para assegurar ou revelar os valores fundamentais previstos na Constituição, mas sim para garantir o bom funcionamento do processo político. Os valores devem ser definidos pelos representantes. Ocorre que, em certos momentos históricos, os canais de acesso à política encontram-se fechados, ocasionando a manutenção do poder e a opressão da minoria pela maioria. O Poder Judiciário, por sua vez, torna-se o responsável de garantir o acesso à política, além de facilitar a representação da minoria. (BRASIL, 2016, pp. 40/42)

Para o Ministro Luiz Fux, a conjuntura política do período do final da primeira década do século XXI traduzia o contexto necessário para limitar a capacidade legiferante, por meio do exercício da jurisdição. O Ministro, portanto, apresenta uma interpretação acerca do sistema político, de modo a concluir que democracia brasileira não está funcionando adequadamente, na medida em que se observa um “descolamento entre a classe política e a sociedade civil”,

caracterizando uma “verdadeira crise de representatividade” que “compromete, com o passar do tempo, o adequado funcionamento das instituições”; bem como “crescente influência do poder econômico sobre o processo político” (BRASIL, 2016, pp. 23/24).

O Ministro Relator apresenta ainda a hipótese de que a imparcialidade e a neutralidade do Judiciário seriam necessárias para tratar sobre o tema. Em um contexto de reforma política, o Legislador não se mostraria neutro e imparcial para promover sua própria regulação, isto é, houve a invocação da máxima de que ninguém pode ser juiz em causa própria:

No caso em comento, confiar a uma só instituição, ainda que legitimidade democraticamente como o Poder Legislativo, a prerrogativa de reformular a disciplina do financiamento de campanhas pode comprometer a higidez do regime democrático. (BRASIL, 2016, p. 39).

Observa-se, portanto, que a Separação de Poderes, norma responsável por fixar as competências dos Poderes da República, é inserida em um contexto de total descrença do Judiciário em relação ao Legislativo para então limitar a sua capacidade legiferante. Ou seja, o Relator, a partir de sua análise da conjuntura política, visualiza que os canais de acesso à política se encontram fechados, justificando a atuação do Poder Judiciário.

O Ministro Luis Roberto Barroso, por outro lado, determina o espaço de atuação do Judiciário por meio de outra linha argumentativa. Utiliza-se da ideia de que o Supremo Tribunal Federal tem condições de representar a população por meio de argumentos. Para tanto, compreende que o debate referente ao financiamento de campanhas se encontra paralisado, de modo a emperrar a história, servindo o Poder Judiciário como o responsável por fazer andar a história:

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

E é por essa razão que, nas situações que envolvam proteção de minorias, ou nas situações que envolvam certos impasses que emperram a história, acaba sendo indispensável a intervenção do Supremo Tribunal Federal, não contramajoritária, mas representativa. É para fazer andar a história, quando ela tenha parado. (BRASIL, 2016, p. 130).

A legitimidade de atuação do Supremo Tribunal Federal, portanto, depende da compreensão dos Ministros acerca da conjuntura política nacional. Isto é, se os Ministros partissem da compreensão de que a democracia brasileira estava funcionando adequadamente, não justificaria a intervenção no Poder Legislativo.

Fixada a legitimidade do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Luiz Fux *usa* princípio democrático como *norma de competência*, para então, fixar quais são os sujeitos aptos a exercerem o direito político. A sua conclusão foi no sentido de que as pessoas jurídicas não teriam capacidade à participação política, cabendo apenas às pessoas naturais o exercício de direitos políticos. Assim, a permissão das doações de pessoas jurídicas em campanhas eleitorais fora compreendida como inconstitucional, por violar o princípio democrático.

Além de estar criando uma competência não prevista na Constituição da República, o legislador, quando permitiu o financiamento empresarial de campanhas, desobedeceu a obrigação instituída pelo princípio da igualdade, de que todos os cidadãos serem tratados de forma igualitária.

Com base nos estudos de David Samuels, o Ministro Relator partiu da premissa que “a competitividade dos candidatos na disputa eleitoral é diretamente proporcional aos gastos feitos em campanhas” (BRASIL, 2016, p. 52). Assim, observar-se-ia a desigualdade em relação aos eleitores, na medida que os mais ricos têm mais condições de influenciar a eleição, bem como aos candidatos, em razão de os que ostentam maiores condições de realizar gastos eleitorais teriam maior chance de êxito.

No que se refere ao princípio republicano, retira-se a obrigação do legislador criar leis que garantam a separação entre o espaço público e o privado. Diante disto, o Ministro Relator, considerando a perspectiva apresentada pelo Professor Geraldo Tadeu, em audiência pública, o Relator conclui (BRASIL, p. 27):

(...) conclui-se que há irrefragável dependência econômica de partidos políticos e candidatos com relação ao capital dessas empresas. (...) a doação por pessoas jurídicas consubstancia, sim, fator de desequilíbrio nos certames eleitorais, máxime porque os limites máximos previstos na legislação, em vez de inibir, estimulam que as maiores empresas façam maiores doações.

Essa dependência econômica dá margem para relações antirrepublicanas. Nesse contexto, a explicação sociológica de que o Brasil seria um *Estado Patrimonialista* ganha relevância, estando expressamente presente nos votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Luís Roberto Barroso. O Ministro Joaquim Barbosa, ao reconhecer a inconstitucionalidade do

financiamento empresarial, aponta a formação precária do Estado, incapaz de romper com a patrimonialização:

Vale ressaltar que a formação do Estado moderno é permeada por um processo de rompimento com a patrimonialização do poder, e essa tendência foi paulatinamente sendo institucionalizada. Assim, a propriedade, ou seja, o poder econômico, não deve mais condicionar o exercício do poder político, uma vez que o cargo público, nos tempos atuais, não é mais a propriedade de quem o exerce. Sabemos todos da importância e da relevância do princípio da impessoalidade. Cumpre lembrar ainda que a evolução histórica do Estado brasileiro foi imaculada por nódoas que, por muito tempo, obstaculizaram a realização efetiva dos princípios republicanos. A apropriação privada da coisa pública entre nós e as práticas oligárquicas marcaram tanto a cultura política brasileira que os seus traços ainda persistem nos dias de hoje na vida política brasileira. (BRASIL, 2016, p. 63).

No voto do Luís Roberto Barroso, transparece a sua noção sociológica do Brasil, que seria um Estado patrimonialista, não havendo diferença entre o público e o privado. A inconstitucionalidade da Lei, por sua vez, seria algo devido, na medida que a Constituição, por meio do princípio republicano, determinaria que a produção legislativa seja no sentido de construir uma sociedade mais republicana (BRASIL, 2016, p. 126):

Penso que há também um problema em relação ao princípio republicano, e aqui é um problema mais complexo. É que a ideia de República está associada à circunstância de que os agentes públicos, os administradores, gerem alguma coisa que não lhes pertence; é uma coisa pública, uma ‘res publicae’, algo que pertence à coletividade. E o pacto que muitas vezes se faz, por conta do sistema eleitoral brasileiro, entre esses agentes políticos responsáveis pela gestão pública e os interesses privados que participam do processo eleitoral compromete este caráter republicano, reforçando a pior tradição brasileira de patrimonialismo, essa nossa tradição ibérica, essa tradição de um modelo de Estado que não separava a fazenda do rei da fazenda do reino, e conseqüentemente não distinguia adequadamente o público do privado.

(...)

Portanto, porque há esta tradição não republicana e patrimonialista no Brasil, a ordem jurídica deve procurar atenuar este risco, minimizar este risco, e, ao permitir o financiamento privado de campanha, eu acho que esse risco não é minimizado, ele é aumentado, ele é potencializado.

Assim, é reconhecida a inconstitucionalidade da inclusão do financiamento empresarial de campanhas, que inicialmente teria sido fundamentado como um mecanismo de garantir maior publicidade às eleições, em razão de transgredir o princípio republicano. A reforma política feita em 1994, segundo a maioria do Plenário do Supremo Tribunal Federal, não se

mostrou um meio capaz de garantir o *rompimento do estado patrimonialista* e, com efeito, satisfazer às exigências decorrentes do Princípio Republicano.

Nota-se, portanto que, para se legitimar, reconhecer a falta de igualdade e a violação ao princípio republicano, foi-se necessário apresentar um desenho do cenário político brasileiro, de modo que, sem esse, haveria um déficit na argumentação dos magistrados. Para tanto, foi-se indispensável se socorrer nas explicações fornecidas pela sociologia e pela ciência política.

Candidatura Avulsa

Nas eleições municipais de 2016, o cidadão Rodrigo Mezzomo registrou a sua candidatura ao cargo de Prefeito da Cidade do Rio de Janeiro/RJ, sem que estivesse filiado a qualquer partido político. Sucede que o seu registro fora indeferido, por não ter cumprido o requisito previsto no art. 14, §3º, V, da Constituição da República, qual seja, *filiação partidária*.

Ante tal cenário, o pretense Prefeito do Rio de Janeiro deu início a uma batalha jurídica, a fim de obter do Supremo Tribunal Federal a declaração do seu direito de se candidatar a cargo político sem que fosse necessária a filiação partidária. A demanda chegou à Suprema Corte por meio do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.054.490/RJ, sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, com repercussão geral reconhecida.

Embora o mérito do Recurso ainda não tenha sido apreciado, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca das questões preliminares e da repercussão geral reconhecida. Cumpre explicar que a demanda chegou ao STF após as eleições, fazendo com que o Recurso perdesse o seu objeto. No entanto, o Ministro Relator suscitou questão de ordem para definir, primeiro, “a perda (ao menos parcial) de objeto do caso concreto impede o reconhecimento da repercussão geral da questão jurídica que ele coloca?”, e segundo, “O debate sobre a viabilidade constitucional das candidaturas avulsas tem repercussão geral?”.

Os argumentos apresentados pelo Ministro, em sua maioria, são referentes às questões processuais. Contudo, dois parágrafos são reservados para descrever a situação política do Brasil (BRASIL, 2018, pp. 5-6):

9. A repercussão geral da questão é evidente. Como já observei, o Brasil atravessa uma crise política sem precedentes. No último ano, a sociedade brasileira enfrentou: o impeachment de uma presidente da República; denúncias envolvendo seu sucessor e atual presidente da República; investigações e denúncias implicando diversos parlamentares, autoridades eleitas, ministros e ex-ministros de Estado. Tais eventos, além de terem colocado em xeque a credibilidade do sistema político como um todo,

contribuíram para o agravamento da crise econômica, responsável por um índice de desemprego da ordem de 13% da população economicamente ativa. Há, hoje, aproximadamente 13 milhões de pessoas sem ocupação no Brasil, segundo levantamento do IBGE.

10. A crise de confiança que se instalou atinge inclusive os partidos políticos. As agremiações com maior expressão no cenário nacional tiveram membros citados em colaborações premiadas e denunciados em escândalos de corrupção. Pesquisas de opinião indicam que o grau de confiança dos cidadãos nos partidos políticos é atualmente baixíssimo. E levantamentos empíricos da ONG Transparência Brasil sugerem que o domínio familiar sobre os partidos se encontra em ascensão, tornando menos acessível ao cidadão comum a candidatura política por meio dessas instituições

Além de demonstrar que em diversas democracias a candidatura avulsa é permitida, o Recorrente lança mão de diversos *argumentos empíricos*, a fim de caracterizar a situação política brasileira, podendo destacar os seguintes: i.) os partidos políticos são dominados por uma elite, de modo que os candidatos são selecionados em razão da sua proximidade pessoal dos líderes; ii.) a população não confia nos partidos políticos, tendo apenas uma parcela reduzida da população filiada; iii.) a política se torna um *negócio de família*. A figura política do pai é herdada pelo filho ou pela esposa. (BRASIL, 2018, p. 6/13)

O Recorrente trata as premissas fundamentais previstas no art. 1, II, III e V, da Constituição da República, como sendo *norte hermenêutico* para lidar com a questão jurídica apresentada. A cidadania, prevista no inciso I, do art. 1, da Carta Magna, cumpriria a função de assegurar a participação partidária independente de partidos políticos, na medida em que “ser cidadão implica o direito de votar e ser votado, sem barreiras ou entraves desprovidos de amparo constitucional” (BRASIL, 2018, p. 25). Isto é, como a filiação partidária *causa* a exclusão do cidadão na vida política, a exigência constitucional, portanto, não estaria em adequação ao fim previsto no princípio da cidadania, o qual visa garantir a participação política sem qualquer tipo de barreira.

Em relação à dignidade humana, o Recorrente insere dentro do seu âmbito de proteção o direito do cidadão de exercer a sua liberdade de consciência (BRASIL, 2018, p. 26). Assim, como a atual normatividade política impõe ao cidadão a “submissão aos donos do poder”, observa-se não haver uma adequação entre a atual conjuntura sociológica/política demonstrada com o estado de coisa que o princípio da dignidade humana visa promover.

O Recorrente atribui ao pluralismo político o fim de “assegurar a liberdade de expressão e crença, permitindo-se o democrático fluir das opiniões, garantindo-se a participação de todos na formação dos destinos do país”. A transgressão deste princípio, por conseguinte, resta

observada quando a exigência de filiação partida *causa* a restrição da presença dos cidadãos na “formação dos destinos do país”.

O Recorrente não só apresenta os nexos de causalidade, bem como as transgressões, como também exhibe as consequências políticas, caso o Supremo Tribunal Federal declare o direito de se candidatar a cargo política, sem que fosse necessária a filiação partidária: “ao se reconhecer a possibilidade de candidaturas independentes as elites dos partidos políticos perderão instantaneamente o ‘monopólio’ do exercício do poder”.

Em síntese, pode-se notar que, a partir da percepção da política e da sociedade do Recorrente, pretende sustentar que o requisito para exigibilidade política da filiação partidária *causa* a concentração do poder político de alguns poucos. As consequências de uma escolha do constituinte originário são capazes de violar os princípios constitucionais apresentados.

O conteúdo da pretensão do Recorrente se mostra legítima. Ocorre que diminuir as barreiras para o acesso a política *strictu sensu* é tão legítima quanto às escolhas políticas feitas pelo Constituinte Originário, o qual exigiu a filiação partidária para se candidatar. Afigura-se, portanto, uma escolha política, de modo que a intervenção do Judiciário exige razões de sua legitimação, sob o risco de violar a separação de poderes e fragilizar a segurança jurídica.

1.4. Considerações finais

Ao levar em consideração a prática de subjetivação de *direitos à prestação*, pode-se perceber a complexificação do discurso jurídico, por exigir dos juízes argumentos de comparação e de prognósticos e, com efeito, as suas respectivas provas. A supressão da discricionariedade legislativa não depende apenas de fixar a *adequação* entre uma determinada conduta e uma norma, mas se estende para *comparação* entre medidas. A racionalidade da decisão depende, por consequência, do debate acerca de medidas efetivas, exigindo que sejam comparadas as escolhas fáticas do Legislativo e as possíveis escolhas fáticas advindas do Judiciário.

Se, por um lado, o discurso jurídico passa a ostentar tal complexidade, por outro, tem-se um processo constitucional simplório, incapaz de regulamentar as etapas da argumentação. Essa disfuncionalidade institucional pode ser reparada no *fenômeno da judicialização do sistema político*. No caso da *Lei da Ficha Limpa*, houve o *overruling* da ADPF nº 144 e o afastamento da norma do princípio da inocência, com base nas crenças de que a *crise de representatividade do Poder Legislativo* seria apta a legitimar a jurisdição constitucional e de

que as medidas contidas na Lei Complementar nº 135/10 seriam efetivas para alterar o cenário político. No caso do *Financiamento Empresarial de Campanhas*, formou-se a compreensão de que as escolhas legislativas feitas em 1994 não se mostravam suficientes para satisfazer aos princípios republicanos e isonômicos. Com efeito, compreendeu-se que a simples exclusão do dinheiro decorrente do empresariado na corrida eleitoral seria medida efetiva para garantir a probidade eleitoral. Já no caso da *Candidatura Avulsa*, nota-se a formação de um raciocínio de que os *partidos políticos* não estão capazes de representar a população.

Em atenção às análises dos casos, percebe-se que, nas decisões, as cláusulas constitucionais estruturalmente e semanticamente abertas são interpretadas no sentido de se reconhecer *obrigações positivas* ao Estado para proporcionar medidas efetivas capazes de superar uma suposta *crise de representatividade*, mediante a criação de um *sistema político* igualitário e republicano.

Apesar de o conteúdo do discurso ser convincente, quando analisado, nota-se um discurso de formação precária, irracional, ilegítimo e inefetivo. A hipótese, de ordem explicativa, é no sentido de perceber que a disfuncionalidade institucional do processo constitucional contribui para as decisões precárias. As razões para justificar tal percepção decorre de três análises que são demonstradas nos capítulos seguintes.

2. OS PROBLEMAS REFERENTES À RACIONALIDADE DAS DECISÕES

A aceitação e o *uso* teórico, caracterizado pela ampliação da concepção de *direito subjetivo*, pela plena normatividade das cláusulas constitucionais e pela teoria do suporte fático amplo, influenciam no conteúdo da decisão, já que incentivam os juízes a fundamentarem suas decisões com base em argumentos empíricos, filosóficos e jurídicos. De outro lado, contudo, tem-se um processo constitucional que não oferece qualquer procedimento regulatório para essa prática. Encontram-se, com efeito, os juízes livres para dispor de quaisquer argumentos, sem que o seu conteúdo e a sua forma sejam avaliados. Ao levar em consideração as análises dos argumentos empíricos utilizados em decisões, nas quais continham ferramentas teóricas e fundamentos filosóficos próprios do *não-positivismo*²⁰ ou do *neoconstitucionalismo*, pode-se notar a falta de coerência e institucionalidade nos argumentos empíricos lançados.

Diante disso, valerão as análises sobre os argumentos empíricos utilizados pelos Ministros nas ações que trataram sobre a *Lei da Ficha Limpa* e o *Financiamento de Campanhas*. Tais julgados refletem o *uso* dos paradigmas contemporâneos da *teoria do direito*, já que são observadas a concepção ampla de *direito subjetivo*, a plena normatividade das cláusulas constitucionais e a teoria do suporte fático amplo. Além disso, nesses julgados, identificou-se a hipótese de que a crença da *crise de representação*, vivenciada no Brasil, legitimaria o protagonismo do Poder Judiciário para implantar reformas políticas. Em outras palavras, fez-se uso do argumento da *crise de representatividade* para definir as competências dos Poderes da República, isto é, a questionável legitimidade popular do Poder Legislativo autoriza o Poder Judiciário a lhe impor obrigações, supostamente, capazes de produzir efeitos adequados e eficazes à promoção da probidade pública.

2.1. Uma análise qualitativa do argumento da *crise de representatividade*

A análise dos argumentos contidos nas Ações referentes à *Lei da Ficha Limpa*, ao *Financiamento de Campanhas Eleitorais* e à *Candidatura Avulsa* demonstra que a crença da *crise de representatividade* se insere no âmbito de cognição do Poder Judiciário para então legitimar a sua atuação. Na ADC nº 29, só se tornou possível o *overruling* em relação à ADPF nº 144, quando o Supremo Tribunal Federal, por maioria, endossou a tese da *crise de*

²⁰ Sobre a expressão *não-positivismo*, conferir: ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. Tradução e organização de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 238.

representatividade, lançada pelo então relator, Ministro Luiz Fux. Na ADI nº 4.650/DF, essa mesma crença foi essencial para legitimar a jurisdição, já que, na visão da tese vencedora, estaria o Poder Legislativo comprometido com o poder econômico, não ostentando plena legitimidade para instituir novas regras de financiamento de campanhas eleitorais. No RE 1.238.853/RJ, os argumentos que levaram ao conhecimento do Agravo em Recurso Extraordinário, à fixação da Repercussão Geral e à convocação de audiências públicas pautam-se na crença de que há uma *crise do sistema político*, justificando a revisão da regra prevista no art. 14, §3º, V, da Constituição da República.

Salienta-se que o argumento da *crise de representatividade* compõe os fundamentos das decisões mencionadas, de modo que, caso seja excluído, a decisão perde o seu sentido. Esse enfoque é importante para justificar a escolha de tais julgados, já que nem sempre o argumento da *crise de representatividade* ocupa o núcleo decisório. Em recente julgamento, a questão da *crise de representatividade* do Poder Político esteve presente nos argumentos do Ministro Alexandre de Moraes. Na ADI nº 5.394/DF, o plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do §12º, do art. 28, da Lei nº 9.504/97, que previa a possibilidade de ocorrer o repasse de verbas oriundas dos partidos políticos aos candidatos sem que houvesse a individualização dos doadores.

O fundamento foi a violação ao princípio republicano, que restou interpretado no sentido de que o legislador se encontra obrigado a criar regras que garantam a plena transparência do processo eleitoral. Em diversas passagens do voto do relator, Ministro Alexandre de Moraes, consta a crença de que o Poder Político “abandonou os interesses populares”, destacando o seguinte trecho, capaz de sintetizar a impressão do Ministro em relação aos representantes parlamentares:

A crise acentuada nos mecanismos da Democracia representativa, entretanto, gerou impotência e abandono dos interesses populares pelos parlamentares, bem como enfraquecimento dos partidos políticos, fazendo com que os diversos grupos sociais passassem a se dirigir direta ou indiretamente aos governantes, para exigir destes determinada posição política ou político-legislativa ou para oporem-se à já adotada, criando-se os denominados “grupos de pressão”.

No entanto, diferente dos julgados analisados, a crença manifestada pelo Ministro Alexandre de Moraes não integra o núcleo da decisão, na medida em que o dever do Estado em face do cidadão de oferecer regras eleitorais, que garantam a transparência das campanhas, pode

ser retirado do princípio republicano, independentemente de suposta *crise de representatividade*.

Justificada a escolha dos julgados, cumpre ressaltar que a expressão *crise de representatividade* possui diversos sentidos. Dessa forma, na tentativa de compreender o seu, foram analisados os estudos feitos por alguns ministros sobre o tema e as obras citadas nos votos.

O professor Luís Roberto Barroso, há muito tempo, defende um conjunto de regras para formatação do sistema eleitoral e do sistema político nacional que seja capaz de baratear o custo das eleições, aumentar a representatividade democrática dos eleitos e facilitar a governabilidade. Suas ideias restaram institucionalizadas em junho de 2019, quando coordenou um grupo de trabalho, instituído pela Presidência do Tribunal Superior Eleitoral, mediante a publicação da Portaria nº 114/2019. O objetivo desse grupo foi apresentar propostas de reforma do sistema eleitoral e da legislação eleitoral ao Poder Legislativo.

Nesse estudo, restou consignado o diagnóstico de que a *Representação Proporcional de Lista Aberta*, sistema eleitoral vigente no Brasil, não se mostra condizente com os objetivos já mencionados, em razão do seu elevado custo e do seu personalismo. Dessa forma, consta no relatório a proposta de alterar para um *sistema distrital misto*, que, em síntese, possui a seguinte estrutura:

Metade da Câmara dos Deputados é composta por parlamentares eleitos em distritos e a outra metade por candidatos eleitos pelo voto partidário. O eleitor, assim, tem dois votos: (i) um voto direto em um candidato no distrito (pelo sistema majoritário, em que o mais votado obtém a vaga); e (ii) outro voto em uma lista apresentada pelo partido (pelo sistema proporcional, em que o partido obtém o número de vagas correspondentes à sua votação).

Trata-se de uma proposta inspirada nos Projetos de Lei do Senado nº 86/2017 e nº 345/2017, que têm como autores os senadores José Serra e Eunício de Oliveira, respectivamente, e também inspirada no sistema eleitoral alemão. O prognóstico da adoção do modelo distrital seria o barateamento das competições eleitorais, já que o candidato faria “campanha para um número muito menor de eleitores, em espaço geográfico reduzido”, bem como o aumento da representatividade democrática, tendo em vista que o eleitor saberia “quem representa o seu distrito na Câmara” (BRASIL, 2019, p. 5). No que se refere à dimensão partidária da proposta, os integrantes do grupo de trabalho apontaram quatro vantagens:

a) evita a “paroquialização” das eleições (afasta-se o risco de cada parlamentar cuidar apenas dos interesses do seu distrito); b) assegura a representação proporcional das minorias políticas; c) permite a inclusão na lista de quadros técnicos qualificados (economistas, juristas, médicos, jornalistas, líderes comunitários ou sindicais), que ordinariamente não se dispõem a participar de uma campanha eleitoral, mas que poderiam elevar a qualidade do debate público; e d) fortalece o caráter unitário e de representação dos partidos políticos.

Nos votos proferidos nas ações que trataram sobre o *Financiamento de Campanhas e Lei da Ficha Limpa*, pode-se notar, respectivamente, referências aos estudos de David Samuels, bem como ao trabalho de Fernando Barbalho Martins, denominado *Do Direito à Democracia: Neoconstitucionalismo, Princípio Democrático e a Crise no Sistema Representativo*.

Nos estudos de David Samuels, a opinião de que o financiamento privado prejudica a democracia brasileira é constante. As disfuncionalidades institucionais decorreriam das campanhas individualistas e da baixa institucionalização do sistema partidário, responsáveis pelo alto custo das campanhas, exigindo que os candidatos procurem o dinheiro privado para obter o êxito eleitoral.

Nos votos do Ministro Luiz Fux, proferidos nas ADCs nº 29 e 30 e no Mandado de Segurança nº 30.260, está a referência à dissertação apresentada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, por Fernando Barbalho Martins.

A citação de tais trabalhos leva à dedução de que o sentido da expressão *crise de representatividade* é amplo, por não fazer referência apenas à falta de credibilidade dos partidos políticos em relação à população, mas por retratar um problema estrutural. Na concepção dos Ministros, haveria, por conseguinte, uma profunda *crise política*, de modo a justificar a sua reforma, sendo o Poder Judiciário o proponente inicial, já que o Poder Legislativo estar-se-ia capturado por interesses não republicanos. Torna-se lícito inferir, portanto, que a *crise de representatividade* é apresentada como problema institucional, isto é, as instituições não estariam sendo eficazes para evitar o *fisiologismo* e a corrupção, bem como para atender às expectativas da sociedade.

Ante tal percepção, vale questionar se essa hipótese ostenta alguma certeza ao ponto de compor o núcleo decisório dos julgados. Para tanto, valerá a revisão bibliográfica sobre o tema da *institucionalização*, trabalhado no âmbito da Ciência Política e responsável por fornecer importantes interpretações sobre o sistema político contemporâneo. A razão dessa escolha decorre do fato de possuir conexões com o assunto referente à *crise de representatividade*, vista

a partir da perspectiva institucional. Nesse sentido, valem os esclarecimentos de Mainwaring sobre a relação entre *representatividade* e *sistema partidário* (2001, p. 72):

Em síntese, as diferenças entre sistemas mais institucionalizados e menos institucionalizados são tão importantes que podem ser usadas como ponto de partida para análise, classificação e comparação entre sistemas partidários. A dinâmica e as características dos sistemas pouco institucionalizados diferem profundamente daquelas dos mais institucionalizados. O grau de institucionalização é crucial para muitas questões pertinentes à qualidade da prática e da *accountability* democráticas. As probabilidades de sobrevivência de democracia se reduzem nos países em que os sistemas partidários são fluidos por causa do alto grau de personalismo, da elevada incerteza e da fragilidade dos mecanismos de *accountability*.

Dessa forma, será adotada a lógica da dialética para lidar com o problema referente à certeza da hipótese de que a disfuncionalidade institucional causa a *crise de representatividade*. De um lado, restarão expostas as interpretações de que a democracia brasileira ainda está em um processo de institucionalização; de outro, estão as pesquisas mais recentes que mostram a plena *institucionalização* do sistema político²¹.

Interpretações Ortodoxas sobre a Política Brasileira

No âmbito da literatura da Ciência Política, a Constituição de 1988 não despertou tanta esperança nos autores quando comparada com a euforia vivenciada pelos juristas. A conjugação entre presidencialismo, representação proporcional de lista aberta e federalismo nutriu a ideia de que o sistema eleitoral e o sistema político iriam produzir disfuncionalidade na recém-inaugurada democracia. Foram apresentados diversos textos com a intenção de explicar os problemas decorrentes dessas escolhas institucionais. Prevalecia a tese de que tais sistemas não ostentavam os elementos mínimos para serem considerados como *institucionalizados*, porque não ofereciam estabilidade e previsibilidade. Scott Mainwaring considerava que o Brasil ainda estava no processo de *institucionalização*, valendo as suas palavras conceituá-lo:

O conceito de institucionalização diz respeito a um processo pelo qual uma prática ou organização se estabelece e é amplamente reconhecida, quando não universalmente aceita. Os atores criam expectativas e desenvolvem

²¹ Embora se utilize o marco teórico da *institucionalização*, lançado por Scott Mainwaring, vale ver outros marcos para interpretar o *sistema partidário*, baseado na *estrutura de competição*, conferir: MAIR, Peter. *Party System Change: Approches and interpretations*. Uma interpretação sobre o *sistema partidário brasileiro* a partir deste marco teórico, conferir: TAROUCO, Gabriela da Silva. Institucionalização partidária no Brasil (1982-2006). In: *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 4, Brasília, julho/dezembro de 2010, pp. 169/186.

orientações e comportamentos baseados na premissa de que tal prática ou organização continuará existindo em um futuro previsível. Na política, o conceito de institucionalização implica que os atores têm expectativas claras e estáveis a respeito do comportamento de outros atores. (MAINWARING, 2001, p. 56)

O autor, ainda, apresenta quatro dimensões de *institucionalização* do sistema partidário. A primeira é referente à estabilidade do sistema e à regularidade nos padrões de competitividade. A falta de institucionalização, portanto, restaria caracterizada em “um sistema no qual os principais partidos habitualmente aparecem e desaparecem ou se tornam organizações menores” (MAINWARING, 2001, p. 57). Utiliza-se, para tanto, o Índice de Volatilidade, que serve para medir “o grau de mudança eleitoral agregada entre duas eleições consecutivas” (NICOLAU, 1997, p. 317). O Brasil, segundo as análises de Mainwaring, teria um alto índice de volatilidade.

Ademais, a estreita relação entre os partidos e a sociedade se apresenta como elemento para aferir o nível de institucionalização do sistema partidário. Quando os partidos possuem raízes na sociedade, as preferências políticas dos cidadãos são influenciadas, regularmente, pelo agir dos partidos políticos. Com efeito, as intenções de voto passam a ser mais claras, fortalecendo, assim, as posições ideológicas tanto dos partidos quanto dos eleitores. (MAINWARING, 2001, p. 57).

Essas duas primeiras dimensões possuem conexões, uma vez que “se a maioria das pessoas apoia o mesmo partido entre duas eleições consecutivas, o número de eleitores flutuantes é menor e, portanto, diminui a probabilidade de ocorrer uma transferência em massa dos votos que se refletiam numa alta volatilidade”. (MAINWARING, 2001, p. 61).

O enraizamento dos partidos na sociedade é fenômeno que pode ser observado mediante: i.) a capacidade de sobrevivência do partido no decurso temporal; ii.) a congruência dos candidatos aos cargos do Executivo e do Legislativo nos âmbitos municipais, estaduais e federais; iii.) a declaração de preferência pelo partido; iv.) a ausência de candidatos sem algum vínculo partidário forte, sendo utilizado como exemplo de falta de enraizamento dos partidos o ex-presidente Fernando Collor de Mello; v.) a fraqueza de candidatos personalistas. (MAINWARING, 2001, pp. 59-68)

A importância dos partidos, para manutenção da estabilidade, se dá pelo fato de os partidos se contraporem aos indivíduos, de modo que, quando os primeiros se mostram fortes, o personalismo diminui, a ideia coletiva prevalece em relação às ideias particulares e a elite encontra mais dificuldades de impor suas vontades.

A terceira dimensão resta caracterizada pela legitimidade que os atores políticos conferem aos partidos. Isso significa dizer que os partidos devem lograr êxito na sua função que consiste, basicamente, em transmitir informações legítimas aos eleitores. Mainwaring salienta, contudo, que, mesmo em democracias estáveis, os partidos políticos não oferecem tanta legitimidade. No caso do Brasil, no entanto, o nível de confiança manifestado pelos entrevistados se mostrou inferior aos demais países da América Latina (2001, p. 70).

Por fim, tem-se a organização partidária como uma dimensão para identificar o nível de institucionalização do sistema partidário. Essa dimensão pode ser observada pela fidelidade, bem como pela permanência dos políticos nos partidos (MAINWARING, 2001, p. 71).

Dito isso, vale expor as interpretações de Mainwaring em relação ao sistema político brasileiro. Cumpre reiterar que as análises partem do marco epistemológico *neo-institucionalista*, considerando o sujeito como uma ficção que interage com as instituições, independentemente do seu histórico. Ao arranjo das instituições, portanto, são destinadas as análises, na medida em que o comportamento do sujeito se alterará, conforme as regras dos jogos. Primeiro, restarão expostas as impressões do sistema eleitoral para, em seguida, apresentar as interpretações do sistema político.

O sistema eleitoral brasileiro é caracterizado pela *Representação Proporcional de Lista Aberta*. Apresenta-se como um sistema complexo, em que o candidato mais votado de uma determinada lista ocupa uma cadeira, obtida pelo partido ou pela coligação. As cadeiras, por sua vez, são distribuídas conforme o resultado da votação da legenda, isto é, quanto mais votos a legenda obtiver, maior a chance de obter mais cadeiras.²² Trata-se de um cenário eleitoral que exige o sucesso do candidato para angariar votos e integrar uma coligação ampla. O partido, nesse cenário, possui uma importância marginal, já que não fixa os nomes das listas nem mesmo possui um sistema rígido para seleção dos candidatos que irão compor a chapa.

Mainwaring, ao considerar o sistema eleitoral brasileiro e as regras internas para seleção dos candidatos, apresenta a tese de que o conjunto de regras oferece incentivos aos políticos para formação de campanhas individualistas. O sistema de *Lista Aberta* diminui o poder dos partidos e incentiva a formação de figuras “bom de voto”, possibilitando-lhes poder e prestígio (2001, p. 302). Ademais, o sistema proporcional de lista aberta oferece uma concorrência intrapartidária, já que “funciona como uma eleição simultânea primária e geral”:

²² Para uma explicação didática sobre o *sistema eleitoral brasileiro*, conferir: NICOLAU, Jairo. *Representantes de quem? os (des)caminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados*. 1. ed. - Rio de Janeiro: Zahar, 2017, pp. 21/77.

Se o eleitor tem uma preferência partidária, é menos provável que ele troque de partido do que escolha outro candidato do seu partido preferido. Esse fenômeno é em grande parte uma consequência do sistema eleitoral descrito no Capítulo 8, que combina a representação proporcional com uma lista aberta. Dessa forma, os candidatos a deputados federais, estaduais e a vereadores competem com membros dos seus próprios partidos, e isso os estimula a realçar suas qualidades pessoais em detrimento do partido. O sistema proporcional com lista aberta funciona como uma eleição simultânea primária e geral. É uma eleição primária porque o eleitor escolhe os candidatos que irão representá-lo, e, ao mesmo tempo, uma eleição geral porque a votação do partido determina o número de cadeiras a que ele tem direito. (2001, p. 193).

Na interpretação do autor, os partidos agregam uma pluralidade ideológica, sendo deles retirado um ideal central e coerente. Mainwaring não observou o controle rígido das preferências ideológicas dos candidatos, sendo mais um elemento para favorecer a campanha individualista (2001, p. 192).

Vale levar em consideração as regras internas dos partidos, tendo em vista que a organização partidária e o seu funcionamento afetam a relação entre o Estado e o partido, e o partido e a sociedade. O período pós 88 é marcado pela “ascendência de uma visão dos partidos que privilegia a maximização dos votos”, minimizando a organização partidária (Mainwaring, 2001, p. 181). Mainwaring identificou alta indisciplina dos parlamentares, sem que lhes fossem aplicadas qualquer sanção. A indisciplina do candidato lhe garante ampla liberdade para montar o seu programa de governo, de modo a prevalecer as pretensões pessoais ao invés das pretensões partidárias. Essa observação, inclusive, ajuda a explicar as campanhas individualistas, já que, como não há qualquer constrangimento na construção de programas individuais, não há a necessidade de o candidato endossar os ideais partidários.

O autor aponta que o modelo federalista adotado pela Constituição de 1988 ajudaria a fornecer uma explicação racional do comportamento do partido para não sancionar o político indisciplinado:

Na visão dos políticos, partidos flexíveis lhes permitem representar melhor suas bases eleitorais. Na prática, os políticos brasileiros federalizam os partidos ao limitar seu poder sobre os parlamentares. Nessas circunstâncias, os políticos têm liberdade para representar suas clientelas locais com pouca interferência dos partidos nacionais. Somente quando os políticos são relativamente livres de obrigações com os partidos nacionais eles podem representas suas clientelas municipais e estaduais como desejam. (2001, p. 311).

A federalização dos partidos resta observada em suas regras internas, que os separam em local, regional e nacional. Essa organização, segundo Mainwaring, enfraquece o partido nacional, em razão da já mencionada necessidade de atender as bases eleitorais. Explica-se que a formação da convenção nacional, do diretório nacional e da comissão executiva nacional depende das eleições locais e regionais. A convenção nacional é composta pelos delegados eleitos pela convenção estadual, a qual é composta pelos delegados escolhidos pelas convenções locais. O diretório nacional, por sua vez, é eleito pela convenção nacional, sendo os líderes do partido na Câmara dos Deputados e no Senado membros natos. A comissão executiva nacional é selecionada pelo diretório nacional. Ressalta-se, ainda, que as organizações nacionais são responsáveis pela escolha do presidente e do vice-presidente, além de serem dotadas de poder para interferir nas organizações regionais e locais. Sucede que o autor não observou qualquer interferência no âmbito local e estadual. As organizações estaduais são responsáveis por definir os candidatos a deputados federais e estaduais, senadores, governadores e vice-governador, além dos delegados, como já mencionado, que irão compor a convenção nacional.

Essa organização reflete no nível de institucionalização dos partidos, já que, primeiro, ratifica a falta de disciplina e, segundo, “estimula um grande interesse em manter relações estreitas com as bases locais, assim como, frequentemente, induz a colocar a política de patronagem acima das responsabilizadas legislativas” (MAINWARING, 2001, p. 310).

Vê-se, com isso, que o autor atribui a baixa *institucionalização* ao sistema eleitoral, em razão de as regras incentivarem a formação de campanhas individuais. Para agravar, tem-se a organização interna dos partidos, que os descentraliza. Na perspectiva do autor, o sistema eleitoral incentiva o personalismo, ocasionando o enfraquecimento dos partidos políticos.

Mainwaring interpreta o federalismo como um incentivo para fortalecer os partidos regionais e locais. A autonomia municipal e estadual, conferida pela Constituição, exigia que o poder central obtivesse pleno apoio dos poderes regionais. A força política marginalizada nos municípios e nos estados decorre do acúmulo de poder, caracterizado pela alta repartição de recursos, bem como pela possibilidade de os poderes executivos locais e regionais disporem de cargos (2001, pp. 317-318).

Lima Júnior compartilha da interpretação de que o arranjo entre a federalização e a representação proporcional, também, ocasionaria disfuncionalidade na democracia, uma vez que ocorreria “a federalização da representação política” (1997, p. 117). Salienta-se que a *magnitude do distrito* é capaz de influenciar na qualidade da representação exercida pelo corpo

político, de modo que, “quanto maior o número de representantes eleitos na unidade territorial, menor o desvio da proporcionalidade e, portanto, menor o efeito concentrador da distribuição de cadeiras” (LIMA JÚNIOR, 1997, p. 77).

Nas interpretações dos autores, deve-se levar em consideração o problema da sobre-representação dos Estados menos populosos e mais pobres e da sub-representação dos Estados mais populosos e mais ricos, decorrentes da distribuição desproporcional das cadeiras no Congresso Nacional. As escolhas dos constituintes consignadas nos artigos 45 e 46, da Constituição da República, fragilizam o sistema partidário, já que “os estados pobres são mais permeáveis a estilos clientelistas e patrimonialistas de política do que os mais ricos” (MAINWARING, 2001, p. 321).

Diante desse cenário, Lima Júnior aponta como consequência da desproporcionalidade representativa a ideia de *representação territorial*, que se contrapõe à representação do povo. Isto é, ao levar em consideração o critério de fixação do número de deputados federais, a Constituição de 1988 consagraria duas câmaras responsáveis por representar o território. A escolha do constituinte “mascara as diferenças reais – e por que não, as clivagens socioeconômicas relevantes -, como também cria obstáculos para o enfrentamento político dos problemas reais da nação” (1997, p. 119). É lançada, portanto, a hipótese de que o poder político estaria descentralizado, fazendo com que os deputados atuassem com a intenção de favorecer os interesses regionais:

A consequência política previsível é a virtual estadualização da Câmara dos Deputados (que não se intitula “Câmara Federal”) e a transformação dos deputados em procuradores-provedores de seus territórios políticos, organizados, é claro, em bancadas estaduais. A possibilidade que assim se abre pode, na prática, implicar o comportamento distributivo-extrativista, sobretudo, dos deputados provenientes dos estados mais dependentes economicamente. No entanto, essa prática não é necessariamente monopólio dos estados pobres; ao contrário, tende a ser prática generalizada, por conta da própria lógica de funcionamento da Câmara. (LIMA JÚNIOR, 1997, p. 120)

Deve-se levar em conta, ainda, que os Estados sobre-representados possuem maioria no Congresso Nacional, principalmente, no Senado Federal, já que cada unidade federativa conta com três representantes. Na interpretação de Mainwaring, esse arranjo institucional transparece como um custo ao Executivo, que se encontra submetido às exigências dos Estados para obter a governabilidade:

A grande desproporcionalidade tem ajudado os presidentes brasileiros a construir uma base de sustentação política. Entretanto, o Executivo paga um

preço pelo apoio que obtém nas regiões sobrerrepresentadas: o do fisiologismo dos políticos desses Estados e os custos da patronagem que eles extraem em troca do apoio às políticas do governo federal. Em suma, a sobrerrepresentação dos Estados pobres tem importantes consequências políticas, inclusive impactos cruciais para o sistema partidário. (MAINWARING, 2001, p. 324)

O presidencialismo, ademais, enfraquece o sistema partidário, quando comparado com o parlamentarismo. Olavo Lima sustenta haver um descompasso entre a realidade política e o conjunto normativo. Neste, estar-se-iam as regras para formar um sistema presidencialista, enquanto a realidade ostentaria características do parlamentarismo, visto que o presidente, para conseguir a legitimidade diante do Legislativo, montaria o seu gabinete “considerando a força relativa dos partidos no Legislativo e a força relativa das unidades federadas enquanto entidades políticas” (1997, p. 115). Haveria, assim, a tensão entre o regional e o central, quando os ministros não conseguissem equilibrar as exigências de sua base de apoio regional com as demandas presidenciais (LIMA JÚNIR, 1997, p. 116).

Mainwaring, por sua vez, compreende que o êxito eleitoral dos candidatos a chefe do Executivo está associado à sua pessoa e não ao seu histórico partidário. As campanhas individuais e personalíssimas enfraquecem os partidos, de modo a não haver incentivo aos políticos eleitos para os fortalecerem (MAINWARING, 2001, p. 325). A manutenção do chefe do Executivo depende menos dos partidos, quando comparado ao parlamentarismo. Os processos de destituições dos chefes do Executivo são diferentes nos casos do presidencialismo e parlamentarismo, de modo que o processo de *impeachment* do Presidente da República exige um capital político maior do que a destituição do Primeiro-Ministro. Para Mainwaring, isso é visto como outro critério de enfraquecimento do sistema partidário e, com efeito, de institucionalização dos partidos políticos (2001, p. 327). O processo legislativo adotado pela Constituição de 1988, ademais, compete ao Presidente da República um vasto poder de iniciativa de leis, fazendo com o que o presidencialismo se apresente como um obstáculo para o desenvolvimento do sistema partidário, como bem anota Mainwaring:

Duas características do presidencialismo brasileiro diminuem a importância dos partidos para os políticos: o Executivo domina as iniciativas no sistema político e os candidatos a presidente e governadores podem ser eleitos sem estarem vinculados aos maiores partidos. Se o Legislativo tivesse mais poder, ou se estar ligado a um partido grande e estabelecido fosse uma condição *sine qua non* para o acesso à Presidência, os políticos teriam mais razões para investir no desenvolvimento partidário. Por isso, os poderes presidenciais no Brasil têm sido um obstáculo à institucionalização do sistema partidário (2001, p. 327).

Além disso, o multipartidarismo é visto como um critério de enfraquecimento dos partidos, já que a pluralidade de opções leva a atenção dos eleitores a critérios pessoais e não partidários (MAINWARING, 2001, p. 331).

Ainda na esteira das dificuldades institucionais lançadas pela Constituição de 1988, está o trabalho de Barry Ames denominado de *The Deadlock of Democracy in Brazil*²³. Nesse trabalho, o autor utiliza a *abordagem institucional*, para compreender a relação entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo. A hipótese é de que as instituições brasileiras não se mostram eficientes. O arranjo formado pelo sistema eleitoral, pelas regras de formação dos partidos, pelo presidencialismo e o federalismo apresenta uma disfuncionalidade, dispondo de diversos *veto-players* (AMES, 2003, p. 332).

Barry Ames inova em relação aos demais autores por se propor a oferecer explicações sobre o comportamento dos agentes políticos a partir de questões geográficas. Os candidatos disputam espaço físico, procurando formar alianças com diversos líderes regionais, a fim de obter os votos necessários para se candidatar (AMES, 2003, p. 65). Com efeito, apresentou *taxonomia de padrões espaciais*, decorrente da análise dos votos obtidos, classificando o desempenho municipal dos candidatos em duas dimensões. Na primeira, levou-se em consideração o desempenho do candidato em uma determinada região, o qual é averiguado mediante a comparação entre os votos individuais dos candidatos e os votos dados no município específico, a fim de identificar a sua *dominância* ou seu *compartilhamento* (AMES, 2003, p. 65). Para se saber se o candidato exerceu uma *dominância* ou um *compartilhamento*, o autor dispõe que: “Os candidatos com médias ponderadas mais altas tendem a dominar seus municípios mais importantes ou principais; os que têm médias ponderadas mais baixas compartilham os votos desses municípios principais com outros candidatos” (2003, p. 65).

A outra dimensão serve para verificar a distribuição espacial dos votos obtidos pelos candidatos. Assim, ou o desempenho do candidato se mostra *concentrado*, por obter votos em localidades próximas, ou *disperso*, quando os votos advêm de regiões distantes. A combinação dessas duas dimensões leva a quatro padrões espaciais: *dispersa-compartilhada*, *dispersa-dominante*, *concentrada-compartilhada* e *concentrada-dominante*. Essa categorização do comportamento eleitoral fora utilizada pelo autor para explicar o “vínculo entre os eleitores e os seus representantes” (AMES, 2003, p. 61), isto é, *accountability*.

²³ Nesta revisão bibliográfica, é utilizada a versão traduzida: Ames, Barry. *Os entraves da democracia no Brasil*. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

Mediante essa análise, o autor identificou que a obtenção do voto tem pouca associação com a identificação do eleitor em relação à proposta do candidato. Fatores estranhos à *ideologia* se mostraram importantes para garantir a eleição. Nesse sentido, destaca-se a dominância eleitoral decorrente do histórico familiar, comum na hipótese dos municípios *concentrados-dominantes*, e dos acordos com caciques locais, estratégia eleitoral notabilizada nos municípios classificados como *concentrados-dominantes* e *dispersos-dominantes*. Nas hipóteses dos municípios *concentrados-compartilhados* e *dispersos-compartilhados*, o critério *ideologia* restou evidenciado, sendo exemplificado por dois casos. O primeiro é referente às conquistas eleitorais do Partido dos Trabalhadores na região metropolitana de São Paulo, as quais decorreram da obtenção de votos originários dos operários. Nos municípios *dispersos-compartilhados*, percebeu-se que os setores eram coesos e fiéis, sendo o caso dos evangélicos, que, à época, se mostravam pouco numerosos.

A análise espacial levou o autor a concluir que “os deputados brasileiros têm, portanto, enorme flexibilidade na construção de coalizões de eleitores suficientemente numerosos para elegê-los”. A consequência disso é a fragilização partidária e a personalização da política, que levam “à corrupção e ao imobilismo das políticas públicas” (2001, p. 74).

Quanto à corrupção, Ames analisou o desempenho eleitoral dos parlamentares envolvidos no escândalo dos *Anões do Orçamento*. Esse esquema de corrupção restou caracterizado pelo direcionamento das emendas parlamentares a empreiteiras que garantissem aos parlamentares alguma “comissão”, que era posteriormente lavada mediante apostas em lotéricas. Dessa análise, o autor identificou que a votação da maioria dos integrantes se classificava como *dispersa-dominante*, isto é, as origens espaciais dos votos foram diversas, porém os candidatos exerciam a dominância nos lugares onde obtiveram os votos. Na interpretação do autor, essa constatação demonstrava haver uma relação de favores entre o parlamentar, a indústria da construção civil e grupo político dominante do local (2003, p. 81/82):

O escândalo do uso ilícito de verbas para obras públicas somado aos subornos relacionou-se em primeiro lugar à existência de uma indústria de construção civil extremamente concentrada. (...) Ainda que um determinado projeto corrupto envolva autoridades locais, a existência de chefes políticos dispostos a oferecer eleitores *en masse* é essencial para a sobrevivência desse tipo de corrupção. Os deputados enriquecem com as propinas bancadas pelas grandes empreiteiras, mas têm de gastar parte do dinheiro para recompensar os caciques locais.

A *grande magnitude dos distritos* proporcionaria, na interpretação de Ames, a formação de grupos de interesses restritos, na medida em que a população ali circunscrita, por ostentar interesses diversos, reúne-se em pequenos grupos para, então, eleger o seu representante. De um distrito, portanto, são eleitos diversos deputados, os quais, supostamente, exercem a representação de grupos populacionais distintos (AMES, 2003, p. 85).

O arranjo desses elementos, *lista aberta e distritos de grandes proporções*, apresenta-se como indispensável para a distribuição de votos caracterizada pela *dispersão-dominante*. A consequência disso é a ampla liberdade do candidato de criar as suas estratégias para se eleger, tendo plena liberdade e capacidade de formar os acordos com os caciques regionais. A restrição espacial dos distritos, por sua vez, exige uma efetiva prestação de contas, tendo em vista a ampla concorrência, já que o distrito só poderá eleger um deputado (AMES, 2003, p. 84):

Será que uma reforma eleitoral poderia acabar com esse tipo de corrupção? Políticos e cientistas sociais brasileiros têm debatido longamente sobre a adoção do sistema eleitoral “misto” alemão. Esse sistema divide o parlamento em duas partes: metade é eleita em distritos de um representante, metade pelo sistema de representação proporcional de lista fechada. Em tese, o sistema alemão fortalece os partidos por basear-se em listas fechadas para metade das cadeiras do Congresso, mas aumenta a obrigação dos políticos locais de prestarem contas de seus atos, porque são eleitos por distritos de um único representante. O sistema alemão também poderia reduzir os gastos de campanha, porque os candidatos somente teriam de fazer propaganda individual no distrito e estes seriam relativamente pequenos. Não está claro se essas vantagens poderiam realmente ser obtidas, mas parece certo que o sistema alemão eliminaria exatamente os deputados corruptos que acabamos de citar, já que ficaria muito difícil manter distribuições dispersas-dominantes. Deputados como João Alves não se elegeriam no distrito porque não teriam condições de competir, em qualquer distrito, com líderes locais de grande popularidade. Quanto à lista fechada, esses deputados teriam dificuldades para obter o reconhecimento de suas candidaturas e, mesmo que o conseguissem, não haveria muito interesse por parte de empresários e chefes locais em fazer acordos com eles. Assim, além de outros benefícios, a adoção de um sistema misto do tipo alemão poderia expulsar deputados que dependem de acordos políticos dispersos.

Em síntese conclusiva, nota-se a baixa *institucionalização* do sistema eleitoral, em razão de as regras incentivarem a formação de campanhas individuais, o personalismo eleitoral, ocasionando o enfraquecimento dos partidos políticos. Quanto ao sistema partidário, a baixa institucionalização decorre do arranjo formado entre federalismo, presidencialismo e multipartidarismo. Na interpretação de Mainwaring, de Lima Júnior e de Ames, o federalismo alocou muito poder aos municípios e aos estados. Diante disso, argumentam que se mostra indispensável o apoio dos poderes locais e regionais para garantir a governabilidade. Outro

ponto que Mainwaring aborda é em relação à indisciplina partidária, enfraquecendo os partidos e fortalecendo líderes personalismos.

Dessa forma, na perspectiva da *institucionalização*, o presidencialismo, a representação proporcional de lista aberta, o federalismo e o multipartidarismo comprometeriam o bom funcionamento da democracia. Segundo essas análises, i.) o sistema político brasileiro não ofereceria estabilidade “nos padrões de competição entre partidos”; ii.) os partidos não possuiriam raízes profundas na sociedade, nem mesmo oportunizariam legitimidade aos seus atores políticos; iii.) as organizações partidárias estariam subordinadas “aos interesses de uns poucos líderes”. (MAINWARING, TORCAL, 2005, p. 250). Nesse contexto, a *accountability* e o próprio processo democrático restariam comprometidos, uma vez que o eleitor não se torna apto a identificar as mazelas da política e, assim, excluir o político ruim. Forma-se, assim, a *crise de representatividade*, caracterizada pela divergência de interesses entre o político e o cidadão, sem que este disponha de mecanismos institucionais para alterar o estado de coisa. Ante o processo democrático paralisado, as filosofias políticas que atribuem poder ao Judiciário são utilizadas para legitimar a jurisdição constitucional.

Assim, quando tal narrativa é incorporada pelo Supremo Tribunal Federal, nota-se haver um elo entre o arranjo institucional da Constituição de 1988 e o crescimento do Judiciário. Considerando a relação lógica entre os argumentos, observa-se, portanto, a necessidade de o argumento empírico referente ao problema de a *institucionalização* do sistema político ostentar algum nível de certeza, sob o risco de comprometer a legitimidade da jurisdição constitucional.

Interpretações Heterodoxas sobre a Política Brasileira

As interpretações apresentadas sobre o sistema político brasileiro não são unânimes. Fernando Limongi e Argelina Figueiredo o analisaram, durante períodos semelhantes, em relação à literatura ora apresentada, e chegaram a conclusões diversas. Não foram encontradas indisciplina partidária, nem mesmo inviabilidade de governança, que supostamente decorreriam do arranjo formado entre presidencialismo, multipartidarismo e federalismo. Limongi e Figueiredo apontam que as conclusões divergentes se deram em razão do foco atribuído ao processo legislativo, observando o impacto das regras dos regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

A possibilidade de interferência na agenda da Câmara dos Deputados, pelo Presidente da República e pelo Colégio de Líderes, garantiu a disciplina partidária e a governabilidade.

Deve-se salientar que, no art. 20, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (CD), encontra-se a previsão de constituição do Colégio de Líderes, formado pelos líderes da Maioria, da Minoria, dos Partidos e dos Blocos Parlamentares e do Governo. Destacam-se as atribuições reservadas ao Colégio de Líderes para “organizar a agenda com a previsão das proposições a serem apreciadas no mês subsequente” (art. 17, I, s); solicitar a urgência na tramitação dos projetos (art. 154, II) e a urgência urgentíssima (art. 155).

Duas diferenças se destacam em relação às tramitações. A urgente exige maioria simples para sua aprovação, sendo a proposta pautada para “sessão imediata, ocupando o primeiro lugar na Ordem do Dia” (art. 157), enquanto, na tramitação urgente urgentíssima, é indispensável a maioria absoluta, devendo a proposta “ser incluída automaticamente na Ordem do Dia para discussão e votação imediata, ainda que iniciada a sessão em que for apresentada” (art. 155). Caso os pareceres das Comissões Especializadas não tenham sido emitidos, poderá ser concedido o prazo de no máximo duas sessões para emissão dos pareceres (art. 157, §1º), de modo que “findo o prazo concedido, a proposição será incluída na Ordem do Dia para imediata discussão e votação, com parecer ou sem ele” (art. 157, §2º). Além disso, as autoridades competentes para participar da discussão são reduzidas. Apenas “autor, o relator e deputados inscritos poderão usar da palavra, e por metade do prazo previsto para matérias em tramitação normal”.

Os Regimes de Urgências, portanto, abreviam o processo legislativo, além de garantir prioridade às propostas. Esses instrumentos, segundo Limongi e Figueiredo, mostraram-se “tão frequentes que a maioria das matérias aprovadas costuma tramitar sob esse regime. Raros são os casos de pedido de urgência e subsequente rejeição das matérias”. (FIGUEIREDO e LIMONGI, 2001, p. 48)

Os autores, ademais, identificaram que o Poder Executivo ocupou a agenda do Poder Legislativo, por meio de propostas de leis que lhe são privativas, bem como de Medidas Provisórias. Os processos legislativos das propostas iniciadas pelo Poder Executivo se mostraram mais céleres e quantitativamente superiores em relação às leis originárias do próprio Legislativo. Os dados encontrados pelos autores os levaram à interpretação de que “a organização interna dos trabalhos legislativos é, antes de tudo, marcada pela atuação do Executivo. O Poder Legislativo se encontra em posição tal que o Executivo é capaz de ditar o conteúdo, o tempo e o ritmo dos trabalhos no Congresso.” (2001, p. 55).

Isso decorre de dois fatores. O primeiro é constitucional, em virtude do prazo para apreciação da Medida Provisória, disposto no art. 62, da Constituição da República. Os autores

identificaram que, no período de 1989 a 1994, a Medida Provisória foi o instrumento legislativo utilizado pelo Executivo para aprovar a sua pauta econômica. O segundo é regimental, referente ao Regime de Urgência utilizado pelo Colégio de Líderes para aprovar as propostas do Executivo e do Judiciário (FIGUEIREDO e LIMONGI, 2001, p. 64).

O pluripartidarismo e o trabalho descentralizado na Câmara dos Deputados, os quais eram vistos como prejudiciais à governabilidade, não surtiram os efeitos especulados. No período analisado por Limongi e Figueiredo, observou-se a cooperação entre o Executivo e o Legislativo, servindo o Colégio de Líderes como uma instância de interlocução entre os poderes da república. As deliberações feitas pelos líderes eram repassadas aos demais parlamentares e referendadas no plenário.

A literatura ortodoxa interpreta que o sistema partidário não oferece incentivos para que os parlamentares sejam disciplinados. Com efeito, as decisões políticas seriam individualistas e o comportamento do parlamento seria imprevisível. A identificação de tais características justificaria a tese da baixa institucionalização do sistema partidário, decorrente do alto índice de fragmentação partidária.

As análises de Limongi e Figueiredo, contudo, serviram para questionar a interpretação apresentada. Os autores levaram em consideração o instituto do *encaminhamento*, previsto no art. 192, do Regimento Interno, da Câmara dos Deputados, para explicar os dados obtidos no período de 1989 a 1994. No referido dispositivo, consta a permissão para que os líderes dos partidos orientem suas bancadas na votação das propostas. No período analisado, a possibilidade de uso do *encaminhamento* se restringia aos partidos com bancada superior a seis centésimos do plenário, de modo que o instituto só restou utilizado pelos sete maiores partidos (PT, PDT, PSDB, PMDB, PTB, PFL e PPB), responsáveis por 79% das cadeiras da Câmara dos Deputados (2001, p. 77).

Os autores organizaram os partidos conforme a orientação ideológica caracterizada pelo espectro esquerda-direita, estando PDS/PPR, PFL e PTB localizados na direita, PMDB e PSDB no centro, e PDT e PT na esquerda (FIGUEIREDO e LIMONGI, 2001, p. 78):

Os líderes do PDS e do PFL encaminharam suas bancadas de maneira similar em 68,8% dos casos, enquanto a identidade nos encaminhamentos do PDT e do PT chegou a 71,5%. A distância entre os dois extremos é patente: a concordância entre os líderes do PDS e do PT ocorreu em apenas 13,6% dos casos. Observe-se ainda que o centro está bem mais próximo da direita do que da esquerda.

No que se refere à volatilidade eleitoral ideológica, Maria do Socorro Sousa Braga apontou que, no período de 1990 a 2006, há gradativa institucionalização do sistema partidário, por ter identificado maior estabilidade quanto às preferências ideológicas manifestadas pelos eleitores (BRAGA, 2010, p. 55):

A partir dos dados examinados da volatilidade tanto partidária quanto ideológica, temos evidências de uma dinâmica gradativa de institucionalização do sistema de partidos no Brasil. Isso significa que mesmo a avaliação do grau de regularidade dos padrões de competição pelo indicador tradicionalmente usado pela literatura mostra uma evolução linear em direção a maior estabilidade sistêmica mesmo quando usado para avaliar o comportamento partidário-eleitoral mais recente

Seja no parlamento, seja na eleição, as pesquisas mais recentes mostraram que os partidos políticos oferecem linhas ideológicas coerentes e estáveis. Pode-se deduzir de tais dados que o candidato, por exemplo, integrante de um partido de esquerda e que atraiu o eleitor da esquerda, não o decepcionou, já que, na sua atividade parlamentar, mostrou-se coerente em relação à sua campanha.

Ao lado das *coalizões partidárias*, Figueiredo e Limongi também encontraram *coesão partidária*, marcada pela disciplina empreendida pelos membros dos partidos. Utilizaram, para tanto, o índice Rice, o qual se mostrou superior a 70%, levando em consideração as votações dos mencionados partidos. Mesmo que com variações no índice de Rice a depender da pauta, principalmente, no espectro centro-direita, tanto os partidos de esquerda quanto os de direita mostraram nível de coesão satisfatório para garantir alguma previsibilidade no plenário (2001, p. 85):

Resumindo, os dados indicam que os partidos de esquerda são disciplinados independentemente da questão, enquanto os de direita e de centro são diretamente afetados pelo posicionamento dos demais partidos. Quando a matéria não acarreta controvérsias para os partidos de direita, sua unidade partidária é elevada. Há maior unidade entre os deputados do PMDB quando o partido fecha com a direita; o PSDB, por sua vez, se mostra mais disciplinado nas ocasiões em que o partido se aproxima da esquerda. Em suma, a indisciplina partidária pode ser explicada a partir da natureza da questão em pauta.

Ao analisar o período de 1995 a 1998, os autores perceberam que o comportamento da Câmara dos Deputados se mantivera. O Executivo e o Colégio de Líderes ainda exerciam forte influência na Câmara dos Deputados, controlando a agenda. O primeiro exercia o manejo por meio da edição de Medidas Provisórias; já o segundo, mediante a utilização do regime de

urgência. Além disso, os parlamentares continuavam a seguir o encaminhamento feito pelos líderes partidários, garantindo a coalizão e a coesão partidária.

As análises recaíram sobre votações nominais, que trataram sobre as reformas econômicas e sociais empreendidas pelos presidentes Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso, bem como sobre as Medidas Provisórias “emitidas como parte de sucessivos planos econômicos de combate à inflação” (FIGUEIREDO e LIMONGI, 2001, p. 109). Essa nota serve para mostrar que a estabilidade ideológica e a coesão partidária se deram quando a Câmara dos Deputados aprovava pautas controversas e com grande repercussão. Isso significa dizer que o sucesso do Executivo dependeu do apoio dos partidos de sua base, os quais agiram coletivamente e não individualmente.

Limongi e Figueiredo comparam as vitórias obtidas pelo governo de Fernando Henrique com as derrotas do governo Collor para mostrar que as bases partidárias bem estruturadas garantem sucesso ao Poder Executivo (2001, p. 123).

Destaca-se, ainda, o trabalho realizado pela professora Fátima Anastasia e pelo Manoel Leonardo dos Santos, responsáveis por avaliar algumas hipóteses lançadas por Olavo Brasil de Lima Júnior. Cumpre memorar que Lima Júnior, em decorrência dos seus vastos trabalhos feitos antes da Constituição de 1988, vislumbrava dificuldades para a recente democracia brasileira, tendo em vista o pluripartidarismo, a migração partidária e a desproporcionalidade representativa presente no Congresso Nacional. Diante disso, os autores analisaram as eleições de 1990 a 2010 com a intenção de verificar se as escolhas constitucionais estariam ocasionando os efeitos especulados por Olavo Brasil de Lima Júnior.

Sobre o pluripartidarismo, os autores observaram que, apesar de existirem diversas siglas, o índice do número efetivo de partidos na Câmara dos Deputados varia entre 8 a 11 (ANASTASIA e SANTOS, 2014, p. 152)²⁴. Além disso, no âmbito nacional, a corrida eleitoral se restringiu à competição entre o PT e o PSDB, realidade que restou replicada às candidaturas de deputados federais, se consideradas de forma agregada, como bem apontaram Anastasia e Santos (2014, p. 156).

Quanto à migração partidária, os autores apontaram a sua queda, em razão da medida adotada pelo Tribunal Superior Eleitoral e ratificada pelo Supremo Tribunal Federal, de reconhecer o partido político como detentor da cadeira na Câmara dos Deputados, quando o parlamentar se desfiliar sem justa causa (2014, pp. 170-172).

²⁴ Sobre *Número de Partidos Efetivos*, conferir: NICOLAU, Jairo Marconi. Notas sobre os quatro índices mais utilizados nos estudos eleitorais. In: LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil de. (org.). *O sistema partidário brasileiro: diversidade e tendências*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1997, p. 316.

Por fim, destaca-se a interpretação dos autores acerca da desproporcionalidade representativa, ocasionada pela sobrerrepresentação das unidades federativas com baixa população. Anastasia e Santos indicam que, com o crescimento do PT no Nordeste e com enfraquecimento do DEM, nos últimos anos, o índice de desproporcionalidade (D) se mostrou compatível com as demais democracias (2014, p. 173):

Por fim, cabe analisar em perspectiva comparada o Índice D apresentado nas eleições para deputado no Brasil em relação a outras democracias. Isso, claro, com o intuito de verificar se as instituições políticas brasileiras têm sido responsáveis pela produção de taxas de desproporcionalidade superiores à taxa média observada em países que possuem sistemas eleitorais semelhantes. Ao verificar as taxas de desproporcionalidade em eleições de 55 países diferentes, observa-se que, para sistemas proporcionais a taxa média é de $D = 8,7$, sendo os sistemas de lista com 8,6 e os sistemas de voto transferível com 10,7 (Nicolau, 2004). Para as eleições realizadas no Brasil, a desproporcionalidade é de $D = 7,4$, portanto, muito próximo dos valores dos sistemas eleitorais e ele comparáveis.

Ao considerar as interpretações *heterodoxas* do sistema político, nota-se que as regras constitucionais não produzem as disfunções especuladas por Olavo Brasil de Lima Júnior, nem mesmo as que foram apontadas por Fernando Martins (2007). O argumento da crise de representatividade, o qual seria apto a legitimar a jurisdição constitucional, exige um procedimento complexo para fixar a sua *certeza*. Nos casos da *Lei da Ficha Limpa* e do *Financiamento Eleitoral*, as análises do processo constitucional e dos argumentos empíricos, por outro lado, mostram que o argumento restou apresentado como se fosse um fato dado e que o procedimento não contaria com regras para regulamentar o debate, ainda que os integrantes reservassem um espaço para tanto.

2.2. O problema da *causalidade* em relação ao argumento da *Crise de Representatividade* e a legitimidade da jurisdição constitucional

A revisão bibliográfica não serve para apontar qual interpretação está correta, mas cumpre o objetivo de mostrar que não ostenta certeza o argumento de que a disfuncionalidade das instituições ocasiona *crise de representatividade* apta a comprometer o processo legislativo. Ao revés, explicar a causa da *crise de representatividade* se apresenta como um desafio para os estudiosos da *democracia*. Como bem aponta Bernard Manin, o problema da *crise de representatividade* está presente em todo o ocidente, sem que exista um consenso sobre a sua causa. A própria ideia de *crise de representatividade* pode estar associada a uma confusão

conceitual entre *representatividade* e *autogoverno*, já que os seus críticos fixam o referencial do termo *crise* ao descompasso de interesses entre os eleitores e os candidatos (1997, p. 234). Ou seja, quer no sistema parlamentarista, quer em países com bipartidarismo, ainda assim se observa o problema da *crise de representatividade*.

Ademais, em recente artigo, Figueiredo e Limongi ratificaram a posição de que não há qualquer causalidade entre o arranjo institucional e a crise política e os escândalos de corrupção, na medida em que o presidencialismo não exige a relação de patronagem entre o Executivo e o Legislativo. Na perspectiva dos autores, a crise decorreria das estratégias adotadas pelos atores políticos (2017, p. 95):

A crise do segundo governo Dilma que levou a seu impeachment e se arrasta ao longo da presidência de Temer, portanto, não tem causas institucionais. Dependeu, basicamente, da estratégia dos atores políticos. O seu grande artífice e comandante foi Eduardo Cunha, cujos interesses e passado eram conhecidos. Os beneficiários diretos do impeachment, Temer e seu grupo íntimo, nunca pautaram seu comportamento político pelo apreço a ideias e à boa gestão da coisa pública. [...]

A complexidade da causa da *crise de representatividade*, inclusive, pode ser observada no voto do Joaquim Barbosa, proferido na ADI nº 4.650/DF. O Ex-Ministro, apesar de compartilhar de conclusões semelhantes às do Ministro Luiz Fux, utilizou-se do marco teórico do *pensamento político*²⁵ para identificar as relações históricas e antirrepublicanas entre o privado e público. Isso significa que a escolha empírica do Ministro Joaquim Barbosa se pauta na percepção de Raymundo Faoro, o qual utiliza o conceito de *patrimonialismo* para explicar o Estado Brasileiro, desde Dom João I a Getúlio Vargas. Nesses termos, não há como identificar qualquer nexo de causalidade entre as escolhas institucionais do constituinte de 1988 e os problemas políticos apontados pelos Ministros, isto é, tratar-se-ia de um problema histórico/social e não institucional.

Salienta-se que a alteração do marco teórico compromete a própria legitimidade do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, ao adotar tal linha interpretativa sobre a política brasileira, os efeitos da decisão de controle de constitucionalidade se mostram inócuos. A

²⁵ Sobre as macrointerpretações da história e da sociedade brasileira, conferir: CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001; FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro*, volumes 1 e 2. 8ª edição. São Paulo: Globo, 1989; LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Para uma revisão sobre o *pensamento político*, conferir: RICUPERO, Bernardo. *Sete lições sobre as interpretações do Brasil*. 2ª Edição. São Paulo: Alameda, 2008.

simples declaração de inconstitucionalidade não se mostraria suficiente para alterar a história que, marcada pela interação antirrepublicana entre o privado e o público, prevaleceria.

Deve-se destacar, ainda, o raciocínio empreendido pelo Ministro Teori Zavascki. Diferentemente do relator, o qual compreende haver uma relação de causalidade entre o arranjo institucional e a *crise de representatividade*, o Ministro Teori Zavascki argumenta que o excesso de dinheiro nas campanhas e os diversos problemas daí decorrentes sejam questões de ordem comportamental, não havendo necessidade de alterar as regras eleitorais (2016b, p. 140):

Não há dúvida que, nesse contexto, é de importância fundamental o estabelecimento de um adequado marco normativo. Mas, somente ele não é suficiente para coibir as más relações entre política e dinheiro. Há, sobretudo, a questão da conduta. É preciso que as normas sejam efetivamente cumpridas e a punição seja efetivamente aplicada, se for o caso. Talvez aqui, mais do que na precariedade do marco normativo, esteja a fonte principal dos abusos do poder econômico e da corrupção política: no desrespeito das normas e na impunidade dos responsáveis.

O voto divergente, ao não ter vislumbrado qualquer causalidade entre o arranjo institucional e as mazelas decorrentes do excesso de recursos privados nas campanhas, restringiu a sua análise na verificação da “legitimidade constitucional das normas indicadas na petição inicial” (BRASIL, 2016b, 143). Nesse cenário, o Ministro Teori Zavascki apontou que, como a Constituição não especifica o modelo de financiamento de campanhas, estar-se-ia, por conseguinte, o legislador permitido a implementar o modelo que melhor lhe conviesse. A vedação ao abuso do poder econômico, instituída pela Constituição da República, não seria suficiente para banir as pessoas jurídicas do jogo eleitoral, na visão do divergente. O Ministro faz a ressalva para “não atribuir a inconstitucionalidade das normas ao seu sistemático descumprimento” (BRASIL, 2016b, p. 145). Merece destaque, ainda, a resistência do Ministro Zavascki de atribuir plena normatividade aos princípios democrático, republicano e da igualdade:

(...) que seria mais grave, da amplitude semântica e da plurissignificação dos princípios democrático, republicano e da igualdade, interpretações voluntaristas que imponham gessos artificiais e permanentes às alternativas que ela, Constituição, oferece ao legislador encarregado de promover ajustes normativos ao sistema de financiamento dos partidos políticos e das campanhas eleitorais. Refiro-me, com essa observação, ao financiamento privado e, mais especificamente, às contribuições de pessoas jurídicas, que, conforme procurarei demonstrar, não podem ser considerados como absoluta e manifestamente incompatíveis com a Constituição (...).

Considerando as categorias trabalhadas no capítulo anterior, evidencia-se que o voto do Ministro Teori Zavascki diverge da tese vencedora em relação à *discricionariade jurídica*, por reconhecer a limitação normativa das cláusulas constitucionais, bem como em relação à *discricionariade empírica*, por compreender que não se trata de um problema institucional, mas sim comportamental.

2.3. A história após os julgamentos

A fragilidade decisória não se restringe à falta de justificação das escolhas fáticas, conforme restou exposto no tópico anterior, mas se expande à ausência de prognósticos. Nos julgamentos da *Lei da Ficha Limpa* e do *Financiamento Empresarial de Campanhas*, pôde-se observar que não houve qualquer análise de quais seriam as possíveis consequências das decisões. Percebeu-se, como se infere do raciocínio feito pelo Ex-Ministro Joaquim Barbosa, a pressuposição de que a jurisdição constitucional seria suficiente para resolver os problemas políticos históricos.

Contudo, singelas observações sobre os dez anos acerca do julgamento da *Lei da Ficha Limpa*, as Eleições de 2018 e a história dos Estados Unidos levam a questionar a capacidade de mudança do Supremo Tribunal Federal. Neste tópico, portanto, são reunidas algumas notas no sentido de apontar o *idealismo* contido no exercício jurisdicional, o qual compromete a própria decisão, tendo em vista que a análise de *prognósticos* é alterada pelas *crenças* pessoais sobre “bom”.

Notas comparativas entre a história do financiamento eleitoral do Brasil e a dos Estados Unidos e o idealismo constitucional

A intenção deste tópico é apontar as consequências da valorização da capacidade jurisdicional do Poder Judiciário. Será utilizada o exemplo da ADI nº 4650 para identificar indícios da inefetividade do controle de constitucionalidade, quando é utilizado para promover reformas políticas.

O Decreto-Lei nº 1.164, de 14/05/1946, apresenta-se como a primeira regulamentação referente ao financiamento de campanhas. Em tal oportunidade, estabeleceu a sanção do cancelamento do registro de partido político, se comprovada a percepção de contribuição em

dinheiro ou qualquer outro auxílio de fontes estrangeiras²⁶. Com a instituição do Código Eleitoral, por meio da Lei nº 1.164, de 24/07/1950, a vedação se expandiu para as hipóteses de recebimento de recursos de proveniência ilegal de autoridades públicas e de “receber, direta ou indiretamente, qualquer espécie de auxílio ou contribuição das sociedades de economia mista e das empresas concessionárias de serviço público”.

Em 1965, com a edição da Lei nº 4.740, os partidos, por meio da disposição prevista no art. 56, IV, foram vedados de receber, *direta ou indiretamente, sob qualquer forma ou pretexto, contribuição, auxílio ou recurso procedente de empresa privada, de finalidade lucrativa*. Seis anos depois, fora editada a Lei nº 5.682, que revogava a Lei nº 4.740, além de ampliar a vedação de percepção financeira por parte dos partidos. As entidades de classe ou sindical também estavam proibidas de fazer doações aos partidos políticos, conforme restou estabelecido no art. 91, IV, do referido marco legislativo.

A eleição de 1989 foi regida pela Lei nº 5.682/71, de modo que as *empresas* estavam proibidas de realizar quaisquer doações aos candidatos. No entanto, na prática, observou-se a participação do capital empresarial. A interação entre dinheiro e política resultou na primeira grande crise política brasileira no período pós-Constituição de 1988.

A Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do PC Farias, responsável pela investigação do *impeachment* do ex-presidente Fernando Collor, considerou “a legislação brasileira sobre controle de gastos” como “irreal e mesmo excessivamente rigorosa”. Ademais, restou exposta a compreensão de que as campanhas eleitorais são necessariamente caras, na medida em que a vitória depende da utilização de sofisticadas técnicas de propagandas e que o elevado tempo de campanha e a grandeza do território nacional são fatores de encarecimento da corrida eleitoral (BRASIL, 1992, pp. 304/305).

O elevado custo eleitoral e a falta de participação das empresas privadas levam à relação antirrepublicana. O político necessita do dinheiro para fazer a sua campanha. O empresário, por sua vez, precisa do político para ampliar a sua participação no mercado, por meio da supressão da concorrência.

²⁶ Art. 26. Será cancelado o registro de partido político mediante denuncia de qualquer eleitor, de delegado de partido, ou representação do Procurador Geral ao Tribunal Superior.

a) quando se provar que recebe de procedência estrangeira orientação político-partidária, contribuição em dinheiro ou qualquer outro auxílio;

b) quando se provar que, contrariando o seu programa, pratica atos ou desenvolve atividade que colidam com os princípios democráticos, ou os direitos fundamentais do homem, definidos na Constituição.

Contudo, essa relação não republicana não foi a única constatação feita pela Comissão. O procedimento de prestação de contas realizado pela Justiça Eleitoral foi caracterizado como *beatificação do ilícito*, por se mostrar excessivamente burocrático e lento, além de se fazer apenas o controle formal da prestação de contas (BRASIL, 1992, p. 317).

O sistema proporcional eleitoral brasileiro “conduz à fragmentação e à fragilidade partidária, ao controle frouxo dos representantes por parte dos representados e a eleições muito mais dispendiosas, já que os candidatos devem buscar votos em todo o Estado” (BRASIL, 1992, p. 318).

A percepção acerca da realidade brasileira levou a Comissão a propor algumas medidas para se alcançar uma corrida eleitoral republicana, igualitária e democrática. A primeira é referente à possibilidade de autorizar o financiamento eleitoral por parte das empresas. Contudo, essas contribuições estariam submetidas a limites, e as empresas com algum vínculo contratual com o Estado estariam proibidas de participar da corrida eleitoral (BRASIL, 1992, p. 320). Quanto à ineficaz fiscalização das contas eleitorais, as propostas foram no sentido de reafirmar a competência da Justiça Eleitoral para verificar a veracidade das contas apresentadas, além de exigir que os partidos políticos sigam regras de contabilidade, chanceladas por profissionais da área. O prazo da prestação de contas seria mensal, nos seis meses antecedentes às eleições (BRASIL, 1992, p. 320). No que tange ao sistema eleitoral, não restou consignada qualquer proposta concreta de mudança. Contudo, a Comissão observou que o sistema ideal seria o modelo alemão, “o qual alia as vantagens da representação distrital acima citadas às garantias democráticas que o sistema proporcional oferece” (BRASIL, 1992, p. 318).

A exposição do relatório constante na CPI do PC Farias serve para auxiliar na compreensão do contexto da regulamentação do financiamento eleitoral após a Constituição de 1988. A primeira lei, posterior ao relatório, foi a Lei nº 8.713/93, editada com a finalidade de regulamentar as eleições de 1994. Nessa oportunidade, as doações de pessoas físicas, o autofinanciamento e as doações de pessoas jurídicas foram permitidos, estando previstos no art. 38. Nos seus incisos, estavam as limitações de cada tipo de doação: no caso de contribuição de pessoa física, as doações estavam limitadas a 10% dos rendimentos brutos no ano de 1993; na hipótese de autofinanciamento, ao valor máximo de gastos estabelecidos pelo seu partido; e, por fim, doações de pessoas jurídicas, a 2% da receita operacional bruta no ano de 1993. Na hipótese de doações e de gastos superiores ao limite definido, seria considerado crime eleitoral, podendo ser sancionado com detenção e multa.

Em 1995, ocorreu a promulgação da Lei nº 9.096, Lei dos Partidos Políticos. Após dois anos, a Lei nº 9.504/97, Lei das Eleições, foi editada. Neste ensejo, houve adoção do financiamento empresarial como medida legislativa para combater as práticas antirrepublicanas. Nota-se, com isso, que, na ADI nº 4.650/DF, consta outra leitura acerca da influência do poder econômico nas eleições e de como combatê-lo, remanescendo a hipótese de que a participação empresarial não está adequada para promoção dos princípios republicanos, igualitários e democráticos.

Já nos Estados Unidos, pode-se observar uma relação diferenciada entre o Legislativo e o Judiciário quanto ao tema, já que a proposta de excluir da corrida eleitoral o financiamento empresarial decorreu do Congresso Nacional. A Suprema Corte, nesse contexto, exerceu a sua função contramajoritária, resguardando o direito à liberdade de expressão dos cidadãos. Além disso, a história sobre o financiamento eleitoral permite perceber as diversas formas de o privado interferir nas eleições, sem que essas intervenções sejam feitas mediante *doações*. Institutos, tais como, *soft Money*, gasto coordenado, PACs e Super-PACs se mostraram invenções para garantir a ingestão de dinheiro privado nas campanhas eleitorais.

O financiamento eleitoral nos Estados Unidos remonta ao século XIX, quando ainda se vigorava o *spoil system*. Os agentes públicos não contavam com qualquer estabilidade, de modo que o quadro funcional do governo dependia dos resultados das eleições. Ou seja, os vencedores alteravam os seus integrantes, retirando os opositores e empregando seus aliados. Em razão disso, esses agentes públicos se mostravam vulneráveis aos partidos políticos, que acabavam por exigir daqueles uma contribuição mensal, para lhes manter empregados. Em 1883, foi editada a *Pendleton Civil Service Reform Act*, que passou a exigir um procedimento de seleção dos agentes públicos, por meio de provas de qualificação, ocasionando o enfraquecimento do *spoil system*. A referida lei, ademais, proibiu que os partidos políticos exigissem dos servidores contribuições para as campanhas políticas (CORRADO, 2005, pp. 9-10).

A reforma, com efeito, ocasionou a mudança na forma como ocorria o financiamento de campanhas, possibilitando o protagonismo do financiamento empresarial. Anthony Corrado relata que, na campanha presidencial do republicano William McKinley (1897-1901), o líder do partido, Mark Hanna, institucionalizou uma maneira de solicitar doações para as corporações de Wall Street (2005, p. 10). A elevada capacidade contributiva das grandes corporações garantiu que as doações fossem mais generosas, comparadas às contribuições dos agentes públicos, ocasionando o encarecimento das campanhas eleitorais.

No mandato presidencial subsequente, suspeitas acerca da relação antirrepublicana entre os políticos e a classe empresarial eclodiram, expondo fortes indícios de irregularidades na campanha do presidente Theodore Roosevelt. Decorrentes das investigações, foram suscitadas hipóteses de que as empresas realizaram doações para o presidente, em troca de apoio político. Para afastar essa suspeita, o presidente incluiu em sua agenda política a intenção de promover reformas no financiamento eleitoral (CORRADO, 2005, p. 11).

O engajamento político do presidente resultou, em 1907, na *Tillman Act*, que proibia as contribuições de empresas para candidatos. Sucede que o banimento das doações empresariais não se mostrou suficiente para amenizar a crise formada. Os *reformistas* continuavam a pressionar para que mais medidas fossem adotadas. A ideia do financiamento público já rondava, tendo inclusive sido defendida pelo presidente Theodore Roosevelt, mas a ideia não foi aceita pelo Legislador. Apesar disso, as pressões populares conseguiram a aprovação da *Federal Corrupt Practices Act* (Lei Federal de Práticas Corruptas), mais conhecida como *Publicity Act*, que determinava que os candidatos declarassem quaisquer contribuições percebidas, bem como despesas realizadas, conectadas à campanha eleitoral, além de impor um limite nos gastos partidários (CORRADO, 2005, p. 13).

No decorrer do mandato do presidente Warren G. Harding (1921-1923), ocorreu o escândalo denominado *Teapot Dome*, caracterizado, em síntese, por trocas de favores antirrepublicanas, entre o governo federal e a empresa de petróleo. Em resposta, o Legislativo editou a *Federal Corrupt Practices Act*, de 1925, que reforçou as regras de publicização dos gastos, exigindo a prestação de contas em períodos não eleitorais (CORRADO, 2005, pp. 14-15).

Anos seguintes, os Estados Unidos vivenciaram a crise de 1929, a qual justificou a implementação do *Programa New Deal*, pelo presidente Franklin Roosevelt. A criação de empresas públicas, para execução das obras estruturais, fez com que surgisse um grupo de agentes públicos que não estava protegido pela *Pendleton Act*. Esses trabalhadores se encontravam vulneráveis às exigências dos partidos políticos para obter contribuições financeiras. Diante disso, em 1939, foi editada a *Hatch Act*, que “baniu as atividades políticas de funcionários federais, bem como a solicitação de doação políticas de todos os funcionários políticos” (TELLES, 2009, p. 220).

O *New Deal* também proporcionou o crescimento dos sindicatos, os quais acabaram se tornando grandes financiadores das campanhas eleitorais. Essas organizações tinham um certo apreço pela agenda política implementada pelo Presidente Roosevelt, por se mostrar favorável

aos pleitos dos empregados. Com efeito, os sindicatos se tornaram grandes doadores para a campanha presidencial do presidente Roosevelt (CORRADO, 2005, p. 17).

O cenário internacional, com a Segunda Guerra Mundial e, posteriormente, com a Guerra Fria, foi capaz de influenciar a regulação do financiamento eleitoral. No decorrer da Segunda Guerra, ocorreu a promulgação da *War Labor Disputes Act*, que proibia as contribuições dos sindicatos aos partidos políticos. Como essa lei deixou de ter vigência após o fim da Segunda Guerra Mundial, coube à *Taft-hartley Act* proibir as doações feitas por sindicatos aos partidos políticos (CORRADO, 2005, pp. 17-18).

Em resposta, os sindicatos se organizaram e criaram os comitês auxiliares, denominados como *Political Action Committee (PAC)*. Esses comitês arrecadavam as doações dos seus integrantes e as destinavam aos candidatos ou aos programas políticos paralelos às campanhas, como, por exemplo, programas de educação política e de comparecimento às campanhas. Essa forma de organização política se expandiu para as grandes corporações, que acabaram criando os seus *PACs*, a fim de financiar as ideias políticas que lhes interessavam. Formava-se, assim, um eficiente método para custear os gastos eleitorais com verba oriunda de sindicatos e empresas, ocasionando o encarecimento das eleições (CORRADO, 2005, p. 18).

Ao lado dessa ferramenta, estavam as alterações na forma de se fazer a campanha. Se antes as campanhas eram organizadas a partir de comitês políticos dos partidos, neste momento, surgiram os comitês políticos dos próprios candidatos, os quais se tornavam responsáveis por gerenciar seus fundos, além de criar estratégias de arrecadação. Na década de sessenta, observa-se a popularização da televisão, de modo que o custo do *marketing* das campanhas nacionais aumenta (CORRADO, 2005, p. 18).

O encarecimento das campanhas motivou a promoção de uma nova reforma legislativa. A reestruturação normativa ocorreu em 1971, com a promulgação da *Federal Election Campaign Act*, que visava reduzir os custos eleitorais, além de regular fenômenos antes inexistentes, tais como a popularização da televisão e os comitês políticos dos próprios candidatos. Nessa oportunidade, os gastos com os anúncios televisivos foram limitados, além de fixar os dispêndios dos candidatos, referentes às suas próprias campanhas. Além disso, foram criadas regras mais rígidas de publicização dos gastos feitos, exigindo a apresentação de relatórios quatro vezes por ano (TELLES, 2009, p. 221). Todo o esforço regulatório não se mostrou apto a alcançar seus resultados. O encarecimento das campanhas continuava sendo uma realidade (CORRADO, 2005, p. 22).

O Escândalo do Watergate, que revelou uma estranha relação entre os financiadores da campanha de Nixon e a invasão à sede nacional do Partido Democrata, motivou o Congresso a editar emendas ao *Federal Election Campaign Act*. O FECA de 1974 promoveu profundas reformas, estabelecendo i.) novos limites aos gastos e às contribuições, incluindo as de indivíduos, dos comitês dos partidos nacionais e dos comitês de ação política; ii.) substituiu os limites impostos aos gastos com a mídia por limites totais de gastos com campanhas federais e restringiu os gastos partidários nas campanhas; iii.) instituiu o programa de financiamento público de campanhas; iv.) criou uma agência reguladora, denominada de *Federal Election Commission (FEC)*, para dar publicidade aos gastos (TELLES, 2009, p. 221-222).

Essa remodelação legislativa foi objeto de controle pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no famoso caso *Buckley v. Valeo*, 424 U.S 1 (EUA, 1976). Nesse ensejo, o Judiciário tinha como objetivo verificar se as alterações legais feriam a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Ou seja, estava em debate se o direito fundamental de se expressar poderia ser restringido, a fim de se garantir uma suposta corrida eleitoral republicana e igualitária.

O caso teve início com o ajuizamento da ação feita por um grupo de demandantes com ideologias distintas, tendo como integrantes o senador James Buckley, então senador Eugene McCarthy, the Conservative Party of New York, the New York Civil Liberties Union, dentre outros. Francis Valeo, do outro lado, ocupava o posto de *Secretary of The Senate*, de modo a integrar o quadro funcional da *Federal Election Commission*, como *ex officio Commissioner*. A ação chegou à Suprema Corte por meio da apelação feita pelos autores, tendo em vista a derrota sofrida na Corte de Apelação do Circuito do Distrito de Columbia (WINTER, 1997, p. 93).

Em síntese, a Suprema Corte dos Estados Unidos, de um lado, reconheceu a constitucionalidade das limitações das contribuições, contudo, de outro, declarou inconstitucional as limitações em relação às *despesas independentes*, por suprimir o direito de expressão dos cidadãos.

A maioria dos *justices* compreendeu que a divulgação do discurso político exige a utilização do dinheiro para melhorar a sua qualidade e sua profundidade. Além disso, o sugerido fim, apto a legitimar a restrição da liberdade de expressão, qual seja, diminuir a corrupção, não seria atingido por meio da limitação dos *gastos independentes* (WINTER, 1997, pp. 93-94).

Deve-se enfatizar que, na regulamentação acerca do financiamento de campanhas, consta a distinção entre os gastos coordenados e os gastos independentes. Em relação àquele, compreende-se como sendo gastos com a intenção de influenciar a eleição federal em favor de

um candidato específico, feito em coordenação com o comitê eleitoral do beneficiário. No que se refere aos gastos independentes, não se observa essa coordenação. Trata-se, segundo a Suprema Corte, de manifestação de sua liberdade de expressão, demonstrando apoio a um candidato. Nessa hipótese, não há qualquer limitação quantitativa.

A equalização entre os candidatos também foi utilizada como um fim a ser alcançado mediante a limitação das despesas dos próprios candidatos e dos seus familiares. A Suprema Corte, contudo, compreendeu que a Primeira Emenda não permite a sua restrição sob a justificativa de aumentar a capacidade de fala de outro cidadão (EUA, 1976).

Em 1976, foram editadas as emendas necessárias para adequar o *FECA* às exigências impostas pela Suprema Corte. Em 1979, novas alterações no *FECA* foram realizadas. Dessa vez, pretendia o Congresso amenizar o nível de burocratização no procedimento de entrega de informações. Muitas informações eram exigidas, sem que tivessem alguma finalidade prática.

Na década de oitenta, surge um importante instrumento de financiamento eleitoral, denominado de *soft money*. Tratava-se de contribuições, originárias de fontes proibidas (empresas e sindicatos, por exemplo), superiores aos limites previstos em lei. A destinação das contribuições não era direta aos candidatos, mas sim a contas separadas. Além disso, a verba não poderia ser utilizada para influenciar diretamente as campanhas, mas sim para custear “atividades partidárias genéricas” – custeio de despesa administrativa, campanhas de comparecimento às urnas, gastos com arrecadação de contribuições” (TELLES, 2009, p. 222). Esse fenômeno fora cancelado pelo *FEC* por meio de diversos pareceres emitidos na década de oitenta (POTTER, 2005, p. 64). Essa técnica de contribuição se diferenciava do *hard money*, que se caracteriza como *dinheiro arrecadado em conformidade com as regras federais, isto é, respeitando as proibições de fontes e os limites impostos às contribuições*.

O *soft money* se transformou no principal mecanismo de financiamento das campanhas. As fontes proibidas, a ausência de limites e a utilização do dinheiro para favorecer diretamente os candidatos beneficiados provocaram o encarecimento das campanhas. Com efeito, as intenções originais do *FECA*, quais sejam a exclusão do dinheiro corporativo e o barateamento das campanhas eleitorais, não se observavam mais na prática. Mesmo diante de leis tão rígidas, objetivando a exclusão das volumosas verbas empresariais, essas participaram das campanhas eleitorais, desvendando fendas institucionais para alcançar o poder político.

A frustração do *FEC* motivou o Congresso a promover uma nova reforma. No início do século XXI, foi editada a *Bipartisan Campaign Reform Act (2002)*. A principal consequência foi o banimento do *soft money* (TELLES, 2009, p. 224). A Suprema Corte analisou a

constitucionalidade do referido marco legal, no caso *McConnell vs. FEC*, 540 U.S. 93 (EUA, 2003).

Novamente, a Suprema Corte verifica se a proibição do *soft money* viola a liberdade de expressão. Alterando a concepção firmada no caso *Buckley v. Valeo*, restou firmada a compreensão que a restrição da liberdade de expressão era baixa, justificada pela finalidade da Lei de garantir uma corrida eleitoral republicana. Reconheceu-se, assim, a constitucionalidade da *BCRA*.

A *BCRA*, além de proibir o *soft money*, trouxe maiores especificações para conceituar o *gasto coordenado*. Olivia Raposo da Silva Telles salienta que, para o gasto ser considerado como coordenado, deve se adequar a dois critérios: conteúdo e conduta. Acerca do conteúdo, ressalta a autora (2009, p. 226):

é coordenada a propaganda que expressamente defende a eleição ou a derrota de um candidato, mencione o nome do candidato a presidente a menos de 120 dias da eleição ou o nome de candidato a deputado federal ou a senador federal a menos de 90 dias da eleição, ou republique material de campanha do candidato.

A conduta, por sua vez, é averiguada se há alguma interação entre o candidato e o indivíduo, responsável pelo gasto. Remanesce caracterizada essa relação quando

toda propaganda feita a pedido ou por sugestão do candidato, ou aquela para cuja elaboração o candidato tenha tido importante participação nas decisões, ou aquela que tenha sido discutida substancialmente com o candidato, ou ainda aquela em que o financiador da propaganda se valha de informações prestadas por alguém que tenha sido empregado do candidato nos 120 dias anteriores ou contrate os serviços de fornecedores que tenham prestado serviço para o candidato nos 120 dias anteriores (TELLES, 2009, p. 227).

A história do financiamento eleitoral dos Estados Unidos conta, ainda, com mais um episódio significativo: a inclusão dos Super PACs, após o julgamento do caso *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558, U.S. 310, (EUA 2010). Deve-se salientar que *Citizens United* é uma organização sem fins lucrativos, destinatária de doações de pessoas físicas e jurídicas, além de ser responsável pela produção de comerciais, de propagandas na internet e de documentários. As suas linhas ideológicas são marcadas pelo conservadorismo e pelo nacionalismo.

Em 2008, antes das eleições primárias do Partido Democrata, *Citizens United* produziu um documentário crítico sobre a candidata Hilary Clinton. Diversas lideranças políticas foram

entrevistadas, registrando opiniões negativas em relação à candidata, além de recuperar, na história de Hilary, escândalos atribuídos a ela.

Tendo em vista que a *Citizen United* recebia dinheiro de empresas, o requerente entrou com uma liminar contra a *Federal Election Commission*, alegando a inconstitucionalidade das seções 201, 203 e 311 da *Bipartisan Campaign Reform Act (BCRA)*, por violar o seu direito de liberdade de expressão.

Por cinco votos a quatro, consolidou-se o entendimento de que a liberdade de expressão é essencial para a democracia, bem como que o dinheiro do mercado se encontra presente em quase todas as manifestações. Assim, deve-se retirar da Primeira Emenda a interpretação que essa não permite a restrição do discurso político, com base na identidade corporativa, uma vez que, caso assim seja feito, abrir-se-ia ensejo para proibir diversas manifestações políticas aceitas, como por exemplo, a edição de livros. Ademais, as desigualdades de fala dos indivíduos não se mostram capazes de restringir a liberdade de expressão. Por fim, adotando o raciocínio presente no caso *Buckley*, a Corte compreendeu que a limitação das despesas independentes, incluindo aquelas feitas por corporações, não dão origem à corrupção ou à aparência de corrupção. A relação entre as empresas e os políticos eleitos não significa, necessariamente, que exista alguma corrupção. A aparente capacidade de influência de certos grupos, por sua vez, não se mostra suficiente para desfazer o sistema democrático (EUA, 2010, pp. 25). Diante disso, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade da seção 203 do *BCBR*.

A narrativa acerca da história do financiamento de campanhas serve para demonstrar a constante tensão entre uma fugaz democracia idealista, fundada num perfeccionismo republicano e igualitário, que emerge dos escândalos políticos, como uma resposta à corrupção revelada, e outra rotineira democracia pragmática, caracterizada por ser um espaço desnivelado, no qual os agentes políticos agem para satisfazer interesses que nem sempre se mostram públicos. No caso *Citizens United v. Federal Election Commission*, observa-se o papel da Suprema Corte de lidar com a tensão entre a *Democracia Ideal* e a *Democracia Pragmática*, tendo o objetivo de definir o âmbito de proteção da liberdade de expressão. Mesmo com todo o esforço legal, o dinheiro e o poder político encontraram as fendas necessárias para se manterem unidos.

A manifestação do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.650 apresenta-se alheia às mudanças ocorrida nos Estados Unidos, mesmo havendo citações direta ao caso, e até mesmo à história brasileira. Compreende-se, desta forma, por identificar que a exclusão do financiamento empresarial, por meio do controle de constitucionalidade, não se torna apta a

produzir necessariamente um sistema eleitoral mais democrático, igualitário e republicano, ainda que o Supremo Tribunal Federal assim o deseje. Isso porque o exercício da jurisdição constitucional no sentido de criar *obrigações ativas* ao Poder Legislativo faz com que o vácuo normativo, decorrente da declaração de inconstitucionalidade, seja preenchido pelo Legislativo sem que o encontre vinculado aos interesses lançados na decisão judicial, uma vez que dispõe de ampla discricionariedade para compor novos arranjos normativos que sirvam para satisfazer aos seus interesses e aos princípios constitucionais.

Essa hipótese lógica encontra respaldo nos resultados advindos da ADI nº 4.650. Vê-se que foram editadas a Emenda Constitucional nº 97/17 e a Lei nº 13.487/17, responsáveis, respectivamente, pela reinclusão da *cláusula de desempenho* e pela criação do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC). É lícito interpretá-las como normas incapazes de superar as “antigas práticas da apropriação privada da coisa pública”, já sendo possível reparar em novas modalidades para constituição do caixa dois, além de dificultarem a representação de pequenos partidos.

Notas sobre alguns impactos da Lei da Ficha Limpa

A *Lei da Ficha Limpa* se mostra um instrumento legal que transfere o julgamento do cidadão acerca da probidade do candidato para o Poder Judiciário. Em outras palavras, o reconhecimento de sua constitucionalidade pressupõe que o procedimento eleitoral não se mostrava eficiente no filtro dos candidatos corruptos, de modo a justificar o fortalecimento da Justiça Eleitoral nesta missão. O crescimento do Poder Judiciário, na forma como restou desenhado pela Lei, exigiu, ainda, o enfraquecimento do processo judicial, uma vez que firmara a compreensão restritiva do princípio da presunção de inocência, que ocasionou a possibilidade de declarar a inelegibilidade antes do trânsito em julgado do processo judicial. Torna-se lícito afirmar que as alterações impactaram na relação de poderes. O Poder Judiciário se fortaleceu diante do Executivo e do Legislativo, já que criou um instrumento de filtro não-eleitoral, presidido pelo Poder Judiciário.

Torna-se nítido, portanto, o idealismo do Supremo Tribunal Federal, por compreender que a declaração de inelegibilidade, após decisão de segunda instância, além de se mostrar adequada, apresenta-se como necessária e efetiva para proteger a probidade. Compreende-se ser uma decisão idealista por dois motivos. Primeiro, por pressupor que o filtro eleitoral, por si

só, terá condições de garantir a probidade pública; segundo, por só haver esse meio para garantir os fins fixados no art. 14, §9º, da Constituição da República.

Se, por um lado, o Supremo Tribunal Federal esperava maior probidade na política, por outro, observam-se os efeitos diversos da *Lei da Ficha Limpa*, podendo-se enfatizar dois. O primeiro é referente à insegurança jurídica, ocasionada pela necessidade de se realizar novas eleições quando o registro de candidatura é negado após a ocorrência das eleições; já o segundo se relaciona com a possibilidade de ingresso de *outsiders*, já que o quantitativo de candidaturas barradas, com base na Lei, é expressivo. As eleições de 2018 se apresentam como um bom exemplo. No Estado do Rio de Janeiro, o candidato a governador Anthony Garotinho teve o seu registro de candidatura indeferido no meio da corrida eleitoral, oportunizando o crescimento exponencial do governador Wilson Witzel; já no âmbito federal, pode-se intuir que a vitória do presidente Jair Bolsonaro restou influenciada pela impossibilidade de o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva concorrer ao cargo de Presidente da República.

Além dos efeitos não especulados pelo Supremo Tribunal Federal, pode-se notar que a intenção da jurisdição constitucional também não é atendida. A capacidade de mudança institucional e cultural do Supremo Tribunal Federal resta questionada, quando, mesmo após dez anos de vigência da Lei, problemas referentes ao caixa dois, ao abuso de poder econômico, à improbidade administrativa, à corrupção eleitoral, entre outros, ainda ocupam a agenda do Poder Judiciário. Nesse sentido, salienta-se acerca da cassação da senadora do Estado do Mato Grosso, a senhora Selma Arruda, em razão de o Tribunal Superior Eleitoral²⁷ atribuir a sua candidatura irregularidades, caracterizadas pelo abuso do poder econômico e arrecadação ilícita de recursos nas eleições.

Embora faltem dados efetivos sobre os efeitos da *Lei da Ficha Limpa*, pode-se notar que o uso de crenças e de interpretações *virtuosas* da realidade política não se mostra o melhor caminho para construção de desenhos institucionais aptos a promover a probidade pública. Esses exemplos servem para mostrar, de um lado, a complexidade da instituição de políticas públicas que tenham como objetivo amenizar as mazelas da corrupção e, de outro, a deficiência dos argumentos referentes à efetividade das decisões judiciais.

²⁷ Sobre o julgamento, conferir: TSE, DJ-E, 19/12/2019, Recurso Ordinário nº 0601616-19.2018.6.11.0000, Relator Ministro Og Fernandes, Plenário.

2.4. Considerações finais

A descrença da capacidade institucional do Poder Legislativo está presente nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal há um tempo. A ideia de que é necessária uma reforma política, de modo a justificar a atuação do Poder Judiciário, já esteve consignada no voto do Ministro Sydney Sanches, em 2002, quando votou pela improcedência da ADI nº 2.626, no sentido de reconhecer a legitimidade da Resolução do TSE nº 20.933/02, responsável por instituir a *Regra da Verticalização*. A descrença em relação ao Poder Legislativo aumenta, de modo a legitimar alterações na jurisprudência, tal como ocorrera na ADC nº 29, em fevereiro de 2012. Em 2016, a hipótese da inércia do Poder Legislativo para tratar sobre temas relevantes da República se evidenciou nos argumentos consignados na ADI nº 4.650/DF. Já em dezembro de 2018, a ideia da *crise de representatividade* esteve presente na decisão monocrática proferida pelo Ministro Marco Aurélio, ao negar o pedido de cautelar na ADI nº 5.394/DF, sendo, em 04/03/2020, referendada pelo plenário. Em fevereiro de 2019, novamente, a referida expressão ocupou a retórica empreendida pelo Ministro Alexandre de Moraes, ao julgar procedente a ADI nº 5.394. Atualmente, a crença da *crise de representatividade* está sendo o motor do Recurso Extraordinário nº 1.238.853/RJ, que trata sobre a *candidatura avulsa*.

A análise dos argumentos dos Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Teori Zavascki serve para mostrar três formas de explicar a *causa* da realidade política, a qual é valorada como negativa pelo Supremo Tribunal Federal. A primeira, considerada como a tese vencedora, é pautada no raciocínio de que o *financiamento privado* não é um meio adequado para promoção da liberdade de expressão, tendo em vista que uma mesma empresa realiza diversas doações para partidos de ideologias opostas; mas é a causa da desigualdade eleitoral, na medida em que os mais ricos têm maior chance de êxito nas campanhas; da desigualdade política, uma vez que os mais ricos têm maior poder sobre a atuação do Estado; e das relações antirrepublicanas que se formam após as eleições entre aqueles que doaram e os que receberam.

Já a segunda explicação está associada a uma interpretação histórica do *patrimonialismo brasileiro*, por compreender que a permissão do financiamento empresarial preserva o costume da “apropriação privada da coisa pública” e das “práticas oligárquicas”. Nesse sentido, estar-se-ia o Poder Legislativo, resultado das eleições marcadas pela presença do dinheiro privado, incapacitado a promover a reforma política necessária para corrigir esse erro histórico.

Por fim, está a explicação associada à conduta dos agentes políticos e à omissão fiscalizatória. Isto é, as mazelas decorrentes da inserção excessiva do dinheiro privado nas campanhas políticas não são causadas por haver uma permissão legal ao financiamento político.

Apresentam-se três explicações legítimas sobre os problemas da política brasileira e as consequências do abuso do poder econômico. No entanto, cada proposta interpretativa foi exposta no decorrer do julgamento, sem que os argumentos empíricos pudessem ser ordenados, atribuindo-lhes certos valores. Inclusive, não houve qualquer debate acerca das escolhas fáticas feitas, com o objetivo de apontar as suas razões e sua potencialidade de efetivação. O procedimento não ofereceu um momento apropriado para se discutir as possibilidades fáticas. As manifestações consignadas nas audiências públicas, como já mencionadas, tiveram pouca importância no julgamento, sendo selecionadas e utilizadas apenas para corroborar com os argumentos apresentados pelo Ministro relator.

3. A INCOMPATIBILIDADE DO USO DE CERTOS MARCOS TEÓRICOS COM A REALIDADE INSTITUCIONAL

A definição das competências legislativas e judiciárias é pautada em conceitos genéricos, tais como, *criação e aplicação* de norma e equilíbrio entre os poderes. No plano teórico, apresentaram-se diversos argumentos para ora explicar a atuação dos poderes, ora justificar o espaço de atuação. Nesse sentido, são interpretadas as obras de Ronald Dworkin, John Hart Ely e Luís Roberto Barroso. São trabalhos que ostentam uma dimensão *explicativa*, por oferecer interpretações sobre a atuação do Poder Judiciário de seu tempo, e outra *normativa*, já que expõem critérios para quando o Judiciário deve agir, a fim de garantir o equilíbrio entre a democracia e os direitos fundamentais.

Dessa forma, as ideias contidas nessas obras autorizam explicar a atuação do Supremo Tribunal Federal na ADI 4.650 e na ADC 29. Embora as impressões do Poder Judiciário de Ronald Dworkin e de John Hart Ely sejam distantes da realidade brasileira, as suas orientações normativas se inseriram na dogmática e na prática nacional, de modo que são utilizadas para justificar o espaço de legitimidade do Supremo Tribunal Federal. O *procedimentalismo* de Ely ocupou um capítulo do voto de Luiz Fux, servindo como argumento de autoridade para legitimar o Supremo Tribunal Federal, diante da narrativa lançada para apontar a *crise de representatividade* do Poder Legislativo. O *heroísmo* de Dworkin se tornou perceptível na atuação da Corte, quando a resolução de problemas centrais do Estado brasileiro teria sido feita no tribunal. Ao analisar os argumentos utilizados para explicar a complexa relação entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, notou-se a crença de hipervalorização da jurisdição constitucional, em detrimento da baixa legitimidade legiferante do Congresso Nacional. Além disso, a influência de Ronald Dworkin é observada na vasta produção acadêmica nacional, já que se insurgiu como uma alternativa à teoria positivista, a qual não ostentava a estrutura necessária para dar efetividade ao novo texto constitucional, sendo interpretado como o responsável por positivar os valores mais caros da comunidade.

Tais marcos teóricos, embora em alguns momentos se mostrem antagônicos, possuem em comum a ideia de supremacia judicial, além de oferecerem uma solução ao problema do *contramajoritário* de ordem valorativa. Dworkin legitima o *judicial review* com base em valores substanciais, enquanto Ely, com valores procedimentais.

Em uma revisão bibliográfica mais recente, pode-se observar o argumento da capacidade de representação do Supremo Tribunal Federal por meio dos argumentos, hipótese

inspirada em Robert Alexy e defendida pelo professor Luís Roberto Barroso. A importância de analisar esse argumento se dá por ele ser utilizado por um integrante da Corte, seja nos seus votos, como consta expressamente na ADI 4.650, seja na condução dos processos de sua relatoria, como se observa no RE 1.238.853/RJ.

A tese do professor Barroso ostenta pontos de aproximação com as ideias de Dworkin e de Ely. Nela, observa-se que, embora reconheça a importância do diálogo institucional, há prevalência da supremacia judicial. O seu *insight* para lidar com o problema contramajoritário está em reunir as características do *procedimentalismo*, por legitimar o Judiciário quando o Legislativo se mostre inerte, bem como do *substancialismo*, por conciliar questões de direito e de moral.

A seguir constarão as exposições dos três marcos teóricos referenciados para que, em seguida, se possa apontar a falta de compatibilidade entre a prática do Supremo Tribunal Federal e os seus fundamentos filosóficos.

3.1. Ronald Dworkin

Vale expor as razões de legitimidade quando, ao lado do critério da Supremacia do Judiciário, são inseridas questões *éticas*. Nesse cenário, portanto, a jurisdição constitucional se legitimaria a partir de *uma moralidade política*, merecendo destaque os escritos de Ronald Dworkin, os quais sofreram adesão pela literatura e pela prática nacional.

Entre um dos seus desafios está o de dar legitimidade às decisões que se valem de *fundamentos políticos*, isto é, decisões que encontrem fundamentos em certos princípios de moralidade política, por acreditar que são corretos (DWORKIN, 2001. p. 3). Em outros termos, trata-se de um ensaio que visa fundamentar a leitura moral da Constituição.

Quando o autor se refere aos princípios, faz-se uma distinção entre *objetivos políticos* e *princípios morais*. O primeiro é conceituado como sendo “tipo de padrão que estabelece objetivos a serem alcançados, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”. No que se refere ao princípio moral, trata-se de “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma dimensão de moralidade” (DWORKIN, 2002, p. 36).

Esses conceitos ganham relevância para compreender o Direito, seja a sua criação, seja a sua aplicação, como integridade, que pode ser entendido, em síntese, da seguinte forma (DWORKIN, 1999, 264):

A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção.

Diante disto, Dworkin lança um ataque ao positivismo e demonstra a diferença entre regras e princípios. Cabe ressaltar que o enfoque semântico dado ao positivismo por Dworkin está no sentido de considerar que, diante do caso concreto, ao não se enquadrar em alguma regra válida, o juiz não estaria submetido a qualquer *obrigação jurídica*. Nesse caso, para os positivistas, a aplicação da norma deveria ser feita de maneira discricionária, sendo o critério da autoridade competente suficiente para validar a decisão, pouco dependendo do teor do conteúdo decisório (2001, pp. 35-36).

A inserção dos princípios dentro do Direito cumpriria a função, segundo Dworkin, de retirar do juiz esse poder discricionário. Em respeito à integridade, o juiz se submeteria à aplicação da interpretação que mais se aproxima de premissas morais. Em outros termos, a necessidade de se criar um *sistema único e coerente de justiça e equidade* pode ser compreendida como um postulado para guiar o intérprete no momento da aplicação do Direito, levando-o até à justiça e à equidade.

Essa preocupação se torna capaz de alterar a noção de Estado de Direito defendido por Ronald Dworkin. O seu conceito se contrapõe à concepção de Estado de Direito centrada no texto, o qual “insiste em que, tanto quanto possível, o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos” (2001, p. 7).

Por outro lado, apresenta a concepção de Estado de Direito centrada nos direitos. Trata-se de uma conceituação que visa à superação do positivismo, aproximando o direito da moral. No rol de deveres e direitos dos cidadãos e do Estado, encontra-se a normatividade da moral. As instituições públicas, por sua vez, devem reconhecer essa normatividade, de modo a incluir na sua atividade. Ou seja, a função jurisdicional, por exemplo, deve considerar as questões morais presentes na Constituição, tais como equidade e justiça (DWORKIN, 2001, p. 7).

Não é à toa que essa concepção se diferencia da primeira, por estar mais *vulnerável às objeções filosóficas*, supondo que os cidadãos tenham direitos morais. A concepção de Direito centrada em regras não concebe direitos que não foram originários de algum órgão oficial. Em

razão da desconfiança ao próprio Estado e a sua produção legiferante, o Estado de Direito centrado nos direitos, portanto, aceita a moral como limite da própria atividade estatal (DWORKIN, 2001, p. 9).

Os defensores do Estado de Direito centrado em regras privilegiam a prestação da jurisdição que tenha como objetivo “descobrir o que está ‘realmente’ no texto jurídico”. Não aceitam, contudo, que, nesse processo de *descoberta*, os juízes levem em consideração o seu próprio julgamento político, mesmo que esse tenha como fundamento princípios de moralidade. O caso controverso, segundo os defensores do Estado de Direito centrado em regras, deve ser solucionado, portanto, mediante a concretização da intenção dos legisladores, de modo que se “os juízes seguem essa intenção original, não estarão eles mesmo fazendo escolhas substantivas, mas apenas impondo escolhas feitas há muito tempo por outro, por escolhas a que o povo conferiu autoridade ao ratificar e aceitar a Constituição” (DWORKIN, 2001, p. 42).

No entanto, Dworkin critica tal postura interpretativa, por acreditar que, no processo de descoberta do complexo fato psicológico que venha a fundamentar a decisão, há uma confusão entre a intenção do constituinte originário e a intenção do próprio intérprete. No fim, “a intenção e processo são ideias nocivas porque encobrem essa decisão substantiva com a piedade processual e fingem que elas não foram tomadas” (DWORKIN, 2001, p. 43).

A descoberta da intenção do constituinte originário não tem a mesma importância da concepção de Estado de Direito centrada em direitos. A concepção de interpretação defendida pelo autor é classificada como uma teoria da interpretação *não-interpretativista*, já que a sua fonte retórica não está, exclusivamente, no texto da Constituição, mas também em questões morais e em teorias da justiça. Com efeito, para solucionar os casos controversos, encontra-se o juiz autorizado a recorrer aos princípios que sejam compatíveis com a lei em questão, de modo que, havendo uma tensão entre os princípios, deverá o intérprete escolher aquele que decorre mais “naturalmente” da lei (DWORKIN, 2000, p. 25).

A relação entre o conceito de Estado de Direito e a interpretação constitucional, ademais, exige uma visão acerca da democracia. O Estado de Direito centrado em direito, para os seus críticos, desafia o conceito de democracia defendido na concepção do Estado de Direito centrada em regras. Isso porque, naquela percepção, aceita-se a noção de ação coletiva estatística, de modo que a “ação em grupo corresponde à soma de ações individuais independentes” (MENDES, 2008, p. 54). Assim, quando o juiz recorre aos conceitos de equidade e justiça para aplicar a norma, estaria ele indo ao encontro da vontade da maioria.

Para combater tal argumento, deve-se ter em mente qual o conceito de comunidade apresentado por Dworkin, o qual se estrutura no modelo do princípio. Compreende-se que os integrantes dessa comunidade aceitam a sua união, por crer que são governados por princípios comuns e não apenas por regras criadas por um acordo político (DWORKIN, 2008, p. 254). A política é vista como “arena de debate sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema”:

Os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos, e que eles têm deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados. Também não presume que esses outros direitos e deveres estejam condicionados à sua aprovação integral e sincera de tal sistema; essas obrigações decorrem do fato histórico de sua comunidade ter adotado esse sistema, que é então especial para ela, e não da presunção de que ele o teria escolhido se a opção tivesse sido inteiramente sua. (DWORKIN, 1999, p. 254/255)

Assim, a democracia, procedimento burocrático de institucionalização da moral, não se legitima apenas com a vontade da maioria. Nem sempre a maioria política será capaz de absorver esses princípios que são aceitos pela comunidade. Ou seja, a decisão da maioria política tem chance de esbarrar em certos arranjos morais, devendo estes se sobrepor à visão estatística de democracia. Revela-se, assim, o conceito de ação coletiva comunal, proposto por Dworkin e bem resumido por Conrado:

A ação comunal, para Dworkin, não depende de uma prioridade ontológica da comunidade sobre o indivíduo (na forma de uma instituição, por exemplo), mas de um certo tipo de atitude compartilhada entre os indivíduos. Trata-se, sim, de prioridade ética, de uma atitude de reconhecimento da prevalência da comunidade, mesmo que discorde individualmente. (MENDES, 2008, p. 64)

Não se pode olvidar, ainda, que Ronald Dworkin enxerga o judiciário como sendo o fórum dos princípios, no qual “os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça” (DWORKIN, 2000, p. 103). Evidencia-se, portanto, que o exercício da jurisdição constitucional em nada abala a democracia, quando o juiz procura aplicar os princípios ao caso concreto.

3.2. John Hart Ely

Vale expor, por outro lado, os critérios de legitimidade a partir de questões procedimentais. Esses critérios têm sido observados para validar a atuação do Supremo Tribunal Federal em matérias referentes ao direito eleitoral. Apresenta-se, dessa forma, a obra *Democracia e Desconfiança*. John Hart Ely expõe uma alternativa de fundamentação da jurisdição constitucional, em relação às ideais dominantes. De um lado, havia a concepção do *interpretacionismo* e, do outro, a concepção do *não-interpretacionismo*, as quais poderiam ser caracterizadas em síntese:

O primeiro afirma que os juízes que decidem as questões constitucionais devem limitar-se a fazer cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas na Constituição escrita, e o segundo adota a opinião contrária, a de que os tribunais devem ir além desse conjunto de referências e fazer cumprir normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem do documento. (ELY, 2016, p. 3)

As duas correntes não são capazes de legitimar a atuação da Suprema Corte, segundo o autor ora analisado. O *interpretacionismo* tinha que lidar com as cláusulas abertas presentes na Constituição, oportunidade na qual o texto se mostrara insuficiente para resolver certas questões. Com efeito, torna-se necessário que o intérprete recorra a questões não-textuais, deslegitimando a própria teoria. O *não-interpretacionismo*, apesar de se mostrar uma solução para os *casos difíceis*, já que autoriza o intérprete a obter soluções fora do texto constitucional, encontra a sua falha quando estas respostas, na realidade, manifestam-se como sendo os valores do próprio juiz. As concepções valorativas da maioria são substituídas pelos valores dos juízes (ELY, 2016, p. 16/17).

No caso *United State vs. Carolene Products Co*, 304, U.S. 144 (EUA, 1938), o juiz Stone, no voto que representava a opinião da Corte, reconheceu a constitucionalidade da lei federal que proibia o transporte interestadual de leite com óleo vegetal. Ademais, nessa oportunidade, o *Justice* lançou mão de argumentos capazes de legitimar a atuação da Corte, presentes na nota de rodapé número 4²⁸, podendo-se destacar a interpretação de Ely sobre essa passagem:

²⁸ Teor da famosa nota de roda pé: There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth (...)

O primeiro parágrafo é puro interpretacionismo: ele diz que a Corte deve aplicar as disposições “específicas” da Constituição. (...). O segundo e o terceiro parágrafos nos dão uma versão do que esse algo mais poderia ser. O segundo parágrafo afirma que é função da Corte manter a máquina do governo democrático funcionando como deveria, garantir que os canais da participação e da comunicação política permaneçam abertas. O terceiro parágrafo assevera que a Corte também deve se preocupar com o que a maioria faz com as minorias religiosas, nacionais e raciais e os que têm preconceito contra elas. (ELY, 2016, p. 101)

Dessa referência, pode-se retirar os principais fundamentos da Teoria Procedimental de John Hart Ely. O Autor compreende que a Suprema Corte não deve agir para assegurar ou *revelar* os valores fundamentais previstos na Constituição, mas sim para garantir o bom funcionamento do *processo político*. Os valores devem ser definidos pelos representantes. Ocorre que, em certos momentos históricos, os canais de acesso à política encontram-se fechados, ocasionando a manutenção do poder e a opressão da minoria pela maioria. O Poder Judiciário, por sua vez, torna-se o responsável por garantir o acesso à política, além de facilitar a representação da minoria:

O mau funcionamento ocorre quando o processo não merece nossa confiança, quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais de mudança políticas para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se nega explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos. (ELY, 2016, p. 137)

No período da Corte Warren (1953-1969), a Suprema Corte teve a oportunidade de enfrentar questões que abrangessem a interferência do Judiciário na política, principalmente, envolvendo pontos referentes ao direito ao voto. Em *Reynolds v. Sims* 377 U.S. 533 (EUA, 1964), a Suprema Corte adentrou no modo de organização dos distritos eleitorais do Estado do Alabama. A constituição estadual dessa unidade federativa previa que cada condado poderia

It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation (...) Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious (...) or racial minorities (...) whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry (...). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/#tab-opinion-1936000>, acessado em 15/12/2018.

eleger um senador estadual. Com efeito, os condados menos populosos tinham a mesma força política do que os condados populosos, fragilizando o princípio *one person, one vote*. O fundamento do pleito estava previsto na Décima Quarta Emenda, que previa a *cláusula de igual proteção*. A Suprema Corte reconheceu que a organização dos distritos eleitorais não estava em adequação à Décima Quarta Emenda, de modo a determinar que as cadeiras do Legislativo estadual fossem definidas com base no quantitativo populacional, independente de questões geográficas e econômicas.

John Hart Ely enxerga a legitimidade da Suprema Corte para proferir a decisão, na medida em que o Judiciário agiu de forma a desbloquear os canais de participação da política:

Uma teoria mais completa a respeito dos casos que envolvem o voto deveria dizer que eles envolvem direitos (1) que estão essenciais para o processo democrático e (2) cujas dimensões não podem ser deixadas somente a cargo dos representantes eleitos, que têm interesse óbvio no status a quo. (ELY, 2016, p. 157)

Na percepção do Ministro relator da ADI 4.650, restou consignada a interpretação de que o *financiamento privado de campanhas eleitorais* era utilizado pelo arranjo político para se manter no poder, de modo que não haveria espaço para quaisquer mudanças por meio do processo ordinário legislativo.

3.3. Luís Roberto Barroso e a tese da capacidade representativa do Supremo Tribunal Federal

Luís Roberto Barroso lançou mão de argumentos dogmáticos²⁹ e os aplicou³⁰ para legitimar a atuação do Supremo Tribunal Federal, como se fosse um canal de representação argumentativo da população. Para explicar a ideia do ilustre professor, cabe inicialmente expor o *insight* de Robert Alexy, presente no artigo intitulado *Ponderação, jurisdição constitucional e representação* (2008, pp. 161-162). Nesse texto, o autor apresenta a hipótese de o Tribunal Constitucional representar a população por meio dos argumentos, isto é, dispõe sobre o conceito de *representação argumentativa*. Esse conceito é decorrente da percepção de que a democracia exige tanto a representação caracterizada pela eleição, *decisionista*, quanto os argumentos usados para fundamentar uma decisão parlamentar. O Tribunal Constitucional, ao seu turno, é

²⁹ Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. GLEZER, Rubens. *A Razão e o Voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

³⁰ Conferir voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650 (BRASIL, 2016, pp. 121/134).

marcado pela representatividade, puramente, argumentativa (ALEXY, 2008, p. 163). Nessa esteira, cabe à jurisdição constitucional, a fim de julgar inconstitucional a lei, apresentar argumentos válidos, bem como argumentos que são capazes de provocar um sentimento de representação nos cidadãos:

A existência de argumentos bons ou plausíveis basta para deliberação ou reflexão, mas não para representação. Para isso, é necessário que o tribunal não só promova a pretensão de que seus argumentos são os argumentos do povo ou do cidadão; um número suficiente de cidadãos precisa, pelo menos, em perspectiva mais prolongada, aceitar esses argumentos como corretos. Somente pessoas racionais estão capacitadas para aceitar argumentos por causa de sua correção ou validade. Isso mostra que existem duas condições fundamentais de representação argumentativa autêntica: (1) a existência de argumentos válidos ou corretos e (2) a existência de pessoas racionais que são capazes e dispostas a aceitar argumentos válidos ou corretos porque eles são válidos ou corretos. Poderia denominar-se essas pessoas, com apoio no conceito de pessoa liberal, de John Rawls, “pessoas constitucionais”. A Jurisdição Constitucional somente então pode ser exitosa quando esses argumentos, que são alegados pelo tribunal constitucional, são válidos e quando membros, suficientemente muitos, da comunidade são capazes e dispostos de fazer o uso de sua possibilidade racionais. (ALEXY, 2008, p. 165)

Com base na ideia de que o Tribunal Constitucional representa o povo através dos seus argumentos, a jurisdição constitucional, em relação às ideias procedimentalistas, ganha um outro formato. A *representação argumentativa* permite, pois, que o Tribunal ultrapasse os procedimentos de formação da Lei para analisar os próprios argumentos que compõem o conteúdo da Lei.

Nesse mesmo sentido, está a ideia de Luis Roberto Barroso, manifestada em seu artigo intitulado *A Razão Sem Voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria*. O autor mostra que, basicamente, o Supremo Tribunal Federal tem dois tipos de atuação: a contramajoritária e a representativa. O primeiro tipo de atuação visa à defesa das minorias contra o risco das escolhas das maiorias:

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. (BARROSO, 2015, p. 19)

Além disso, Luis Roberto Barroso diagnostica a situação política atual para chegar à conclusão de que se vive uma crise de representação política. Há um *déficit democrático de representação política*:

No Brasil, por igual, vive-se uma situação deliciada, em que a atividade política desprende-se da sociedade civil, que passou a vê-la com indiferença, desconfiança ou desprezo. Ao longo dos anos, a ampla exposição das disfunções do financiamento eleitoral, das relações oblíquas entre Executivos e parlamentares e do exercício de cargos públicos para benefício próprio revelou as mazelas de um sistema que gera muita indignação e poucos resultados (2015, p. 22)

Diante dessa impressão sociológica, o autor apresenta a consequência: o fortalecimento do judiciário. Em algumas situações, “juízes e tribunais se tornaram mais representativos dos anseios e demanda sociais do que as instâncias políticas tradicionais” (BARROSO, 2015, p. 23).

Feitos esses esclarecimentos, o autor se utiliza do *insight* de Robert Alexy sobre a representação argumentativa para então mostrar diversos casos em que o Supremo Tribunal Federal não agiu de modo contramajoritário, mas sim *representativo*, de modo a acolher os anseios populares, quando o parlamento se mostrou inócuo em representar a população.

No entanto, diferentemente de Robert Alexy, que enxerga a possibilidade de a Corte constitucional exercer o seu papel representativo mediante a argumentação, uma vez que o discurso está inserido na própria ideia de direitos fundamentais, Luis Roberto Barroso percebe que há a possibilidade do Supremo Tribunal Federal desempenhar um papel “de vanguarda iluminista encarregada de empurrar a história quando ela emperra”:

Para além do papel puramente representativo, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra. Trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que as cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas. (2015, p. 27)

Nesse sentido, o autor brasileiro mostra diversos julgados em que a Suprema Corte exerceu o papel de *empurrar a história*, podendo-se citar como exemplo: a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas e a interrupção da gestão de fetos anencéfalos.

Do exposto, nota-se que o autor identifica um déficit democrático na atuação do parlamento brasileiro, que ocasiona o crescimento do judiciário. Além disso, ele percebe que, em diversos momentos da história do Supremo Tribunal Federal, esta Corte, ao invés de exercer um papel contramajoritário, teve a capacidade de representar os anseios da população, quando o parlamento se manteve inerte. Por fim, observou que em outros casos, muito além de representar os interesses da população, a corte exerceu um papel iluminista, *empurrando a história, quando esta se encontra emperrada*.

3.4. Considerações finais: a falta de compatibilidade entre a prática e a teoria

As teorias apresentadas, contudo, encontram limitações quando se propõe aplicá-las. Na visão de Dworkin, caberia ao Juiz Hércules a obrigação de reconstruir o Direito, de modo a aproximá-lo dos princípios morais. Essa reconstrução do Direito, entretanto, encontra a dificuldade de lidar com uma sociedade extremamente complexa, na qual o Direito é utilizado como uma ferramenta de redução da complexidade de compreensão dos problemas práticos, mediante a sistematização de regras. O sistema jurídico, portanto, não pode possuir uma linguagem completamente afastada da compreensão social, sob o risco de perder a sua própria efetividade. A pré-compreensão da ordem normativa se mostra uma ferramenta de manutenção da própria segurança jurídica. A jurisdição deve levar em consideração tal fato, para compreender que as soluções não se encontram restritas à dogmática e aos valores, mas também se encontram nas particularidades sociais. Diante disso, Habermas compreende que o monólogo de Hércules fragiliza a interação entre o sistema jurídico e a sociedade, por estar afastado dela. A sugestão de Habermas está no sentido de construir uma teoria do Direito calcada na ideia de uma *sociedade aberta dos intérpretes da constituição* (2014, 278):

Isso sugere que se ancorem as exigências ideais feitas à teoria do direito no ideal político de uma “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”, ao invés de apoiá-la no ideal de personalidade de um juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade.

Outro ponto que merece destaque é referente ao espaço de legitimidade do Judiciário, quando este se torna responsável por concretizar certos valores. Habermas lança severas críticas à *Jurisprudência dos Valores*, por acreditar que a confusão entre valores e normas colocaria em risco a própria separação de poderes, transformando o Tribunal Constitucional em uma *instância autoritária*. (HABERMAS, 2014, p. 320). É bem verdade que um dos principais

destinatários das críticas foi Robert Alexy, em razão de sua *Teoria dos Princípios*. Embora Habermas não faça qualquer referência a Ronald Dworkin, neste ponto, existem razões suficientes para se pensar que a solução valorativa de Dworkin se torne capaz de fragilizar o equilíbrio dos poderes. Isso porque Dworkin parte de premissas semelhantes às de Alexy, quais sejam, os princípios são aplicados por meio da ponderação, enquanto as regras são aplicadas mediante a lógica do *tudo ou nada*. No primeiro caso, princípios, mesmo que contrários, ainda convivem conjuntamente, enquanto as regras opostas não.

A modificação da estrutura da norma altera o critério de legitimidade do Judiciário, na medida em que a concretização dos princípios exige um discurso jurídico mais sofisticado. Espaços até então estranhos ao bacharel em Direito passam a ser explorados, exigindo uma interdisciplinaridade, uma ampla legitimidade moral, política e democrática do Judiciário. A inserção de valores no processo de aplicação do Direito oportuniza ao juiz uma ampla liberdade para lidar, principalmente, com as questões fáticas. O espectro de cognição do Direito que, no positivismo, dependia do processo político, para definir os antecedentes da norma jurídica, se sujeita, no pós-positivismo, à retórica jurídica. Com efeito, uma pluralidade de elementos fáticos, que venha a corroborar para a decisão, ganha relevância, adentrando ao discurso jurídico, com a finalidade de atribuir sentido ao texto constitucional. Diante disso, verifica-se a apropriação do processo de construção da questão fática, por parte do juiz, o qual lança mão de questões que não passaram por qualquer filtro procedimental.

A incoerência se evidencia: a inserção da ética no conceito de Estado de Direito que serviria para combater o poder discricionário do juiz se depara com o próprio problema da discricionariedade. O arranjo formado pela ampliação cognitiva do Direito, pelo monólogo jurídico e pela ausência de procedimento apto a legitimar as escolhas fáticas ocasiona a formação de uma pluralidade de alternativas decisórias igualmente válidas, de modo que a decisão final se mostre produto do exercício de uma autoridade constitucionalmente competente. Isso significa que os critérios normativos e sociais, que sempre estiveram presentes no positivismo, ainda são os responsáveis por legitimar a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Outro ponto que merece destaque é em relação à aplicação mediante ponderação. A decisão, resultado do poder atribuído pela Constituição, não necessariamente representa a *melhor*, em razão de nem todas as possibilidades possíveis de decisão terem sido contempladas. Deve-se lembrar que tratar os princípios como valores pressupõe haver uma relação de meio/fim. O processo de atribuição de sentido ao princípio jurídico ocorre no decorrer da concretização da norma, devendo o juiz definir o estado de coisa que aquele princípio visa

promover. No entanto, um mesmo princípio pode ser contemplado com um extenso rol de estados de coisas, a depender do corte fenomenológico feito pelo aplicador. Em relação ao processo de seleção dos meios, o aplicador também encontra as mesmas dificuldades. Para satisfazer um determinado fim, o aplicador poderá dispor de diversos meios, devendo utilizar aquele que menos restrinja o princípio contraposto e que se mostre mais eficaz. Assim, não se torna factível afirmar que o juiz real terá condições de tomar a melhor decisão, visto que há infinitas possibilidades de decisão. O que se observa, em um processo de controle de constitucionalidade, é a tensão de narrativas internas e externas. Como restou exposto, os próprios integrantes da Corte apresentam *narrativas* contraditórias sem que o procedimento ofereça critérios para as legitimar. Quanto às *narrativas externas*, nota-se a tensão entre as narrativas lançadas pelo Legislativo e, de outro lado, pelo Judiciário.

Essa impossibilidade fática frustra a legitimidade do Judiciário para fazer a leitura moral da Constituição. Ronald Dworkin enxerga o Judiciário como sendo o fórum dos princípios, no qual “os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade, irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça” (2000, p. 103). Ou seja, se por um lado, a legitimidade do Judiciário se funda na decisão correta, por outro lado, observa-se um processo constitucional incapaz de produzir decisões racionais, cabendo ao juiz decidir conforme as suas próprias convicções.

Dificuldade semelhante pode ser encontrada na tentativa de aplicar a visão *procedimentalista* de John Hart Ely³¹. A sua proposta de superar o *não-interpretacionismo* encontra sua limitação, por exigir que o intérprete recorra às suas próprias convicções sobre o que se entende por *democracia*. É bem verdade que o autor dispõe de diversos exemplos para oferecer uma noção conceitual mínima de democracia para justificar a atuação do Poder Judiciário, quando tais direitos restassem suprimidos pela *maioria*. No entanto, o *uso* da teoria de Ely é feito com base nas convicções do intérprete. Nota-se que, no caso da ADI nº 4.650, o relator defendeu uma noção de democracia *virtuosa/idealista*. Isso se evidencia quando é lançada a crença de que ideais de igualdade e de republicanismo seriam atingidos mediante a declaração de inconstitucionalidade do financiamento de campanhas empresariais. No voto

³¹ Embora com um enfoque distinto, valem as críticas de Ronald Dworkin, no sentido de que, no *procedimentalismo*, existem escolhas *substanciais*. Conferir: *Uma questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 80/100. Uma especulação para superar o problema do subjetivismo do *procedimentalismo* seria reunir a proposta normativa de Ely com as propostas explicativas do *sistema partidário*, a partir do marco da *estrutura de competição*, a fim de identificar se encontra fechada ou aberta a novos atores políticos (MAIR, 1997; TAROUÇO, 2010), sendo o debate regulamentado por regras processuais que privilegiem a dialética e exijam a fundamentação das escolhas fáticas.

divergente, já se observa uma noção de democracia realista, reconhecendo o alto custo para a manutenção da democracia e as limitações institucionais do Supremo Tribunal Federal para lograr êxito na tarefa de empurrar a história.

A limitação teórica não se restringe ao subjetivismo do intérprete acerca da sua noção conceitual sobre a democracia, mas também se estende por exigir que o juiz tenha condições de enxergar o momento político apropriado para a intervenção do Judiciário. Vê-se que, para identificar se “os canais de acesso à política se encontram fechados”, é necessário recorrer a outras ciências, tais como a Sociologia e as Ciências Políticas, já que a ciência do Direito não oferece método, dados e ferramentas aptos a descrever a realidade política para então perceber que o seu acesso se encontra obstruído.

Visto que a teoria procedimental exige uma descrição da realidade política, evidencia-se, por conseguinte, a sua insuficiência executória no contexto brasileiro, já que não dispõe de qualquer procedimento legítimo para garantir a interação entre o Direito e as demais áreas do conhecimento científico. Os fundamentos filosóficos só são suficientes para legitimar a teoria no plano teórico. A transição para o plano prático, por sua vez, exigiria uma teoria do processo, capaz de garantir a mencionada interdisciplinaridade. Do contrário, estaria o juiz livre para escolher as *pesquisas científicas* que mais se adequassem aos seus ideais.

Considerando legítimas tais percepções, pode-se notar que a capacidade do Supremo Tribunal Federal de representar a população mediante argumentação não se mostra condizente com a sua prática³². Embora ao Poder Judiciário seja incumbido o dever de fundamentar suas decisões, isso não significa que as escolhas fáticas serão necessariamente justificadas. Como se observou no tópico anterior, os juízes constitucionais lançam os argumentos empíricos como se fossem dados, sem que sejam avaliados por algum procedimento. No fim, remanescem a decisão acerca da constitucionalidade da lei, bem como as dúvidas acerca da interpretação da realidade política manifestada pelo Supremo Tribunal Federal.

Ressalta-se que a ordenação das alternativas é essencial para garantir transparência, permitindo que o seu interlocutor avalie os argumentos lançados e, com isso, ou os aceite ou os rejeite. A supressão dessa possibilidade afasta qualquer possibilidade de diálogo, além de impossibilitar que o observador avalie os critérios de racionalidade da decisão tomada. Com efeito, a relação entre as instituições passa a ser pautada na tensão de poder e não no diálogo; as pessoas racionais não aceitam os argumentos porque são válidos e corretos, mas sim porque

³² Conferir as críticas consignadas em Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. GLEZER, Rubens. *A Razão e o Voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, especialmente de Fernando Leal e de Eloísa Machado de Almeida.

foram proferidos por autoridades competentes. No fim, a tentativa de superar o positivismo resta frustrada, em razão de o Direito, ainda, ser fundado em questões normativas e sociais.

4. A EXPLICAÇÃO SOBRE INEFETIVIDADE DA CAPACIDADE DE REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO

O fenômeno da *judicialização do sistema político* parece ostentar particularidades em relação às demais áreas. Isso porque os partidos políticos são os destinatários das normas, os quais possuem competência tanto para provocar o Poder Judiciário, mediante a propositura de ações constitucionais, quanto para promover reformas institucionais. A consideração de tais competências do Legislativo motiva alterar a perspectiva de análise entre o Judiciário e o Legislativo, passando a concebê-la a partir do critério de igualdade, ao invés da lógica da supremacia judicial.

Desta forma, torna-se possível compreender os efeitos do controle de constitucionalidade no Legislativo, quando a este são atribuídas *obrigações positivas*. Chama-se atenção às consequências dessas decisões, que são responsáveis por excluir do campo de discricionariedade do Poder Legislativo apenas uma ou poucas possibilidades de concretização dos princípios previstos na Constituição Federal. Isso porque a subjetivação dos direitos à prestação se dá pelo simples reconhecimento de que a medida legislativa em análise não se mostrou suficiente para satisfação de determinado fim constitucional.

Por consequência, remanesce ao Poder Legislativo a discricionariedade para preencher, conforme os seus interesses, o vácuo normativo decorrente do controle de constitucionalidade. Salienta-se que, no atual modelo institucional, caracterizado pela presunção de constitucionalidade, o Legislativo não se encontra submetido a todas as teses constantes nos votos. Assim, o agir *idealista* do Poder Judiciário, destituído de *coercitividade* e de *incentivo*, dilui-se no jogo da política. A história sobre a *judicialização do sistema político* parece retratar a inefetividade jurisdicional, sendo esse o objetivo deste capítulo.

No plano explicativo, pode-se dizer que os juízes são agentes políticos movidos por interesses, de modo a utilizar das ferramentas institucionais para os garantir. Salienta-se que essa premissa explicativa não impede de conjecturar como *deveria ser* a relação entre os dois poderes. Em cada bloco teórico, estarão argumentos legítimos em relação ao espaço de cognição do Direito e às atribuições do Poder Judiciário. De um lado, estarão as razões que privilegiam o Poder Judiciário³³, *idealizando* a jurisdição constitucional; de outro, encontram-

³³ Atribui-se à obra de Dworkin o feito de oferecer bons argumentos a favor do *Judicial Review*, tendo sido muito bem recepcionada pela comunidade jurídica nacional. Conferir: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 1ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002;

se os autores propensos a valorizar a capacidade legiferante do Legislativo³⁴; no meio, estão os defensores de que as decisões políticas sejam fruto de uma relação integrada entre o Legislativo e o Judiciário.³⁵

Dessa forma, a proposta deste tópico se restringe a apontar indícios de inefetividade da lógica da supremacia judicial no contexto da *judicialização do sistema político*, com base na análise das principais decisões referentes ao direito eleitoral e ao direito partidário dos últimos anos, bem como das ações propostas após a promulgação das reformas políticas ocorridas em 2015 e 2017. Observaram-se duas dimensões da inefetividade jurisdicional. A primeira é referente à *constitucionalização da política ordinária*. O Poder Legislativo não anuiu as reformas promovidas pelo Poder Judiciário, reagindo às decisões do Supremo mediante a edição de Emendas Constitucionais.

A segunda dimensão é referente à constatação de que o Poder Judiciário supervaloriza a sua capacidade institucional, de modo a impor obrigações *idealistas* ao Poder Legislativo, sem que seja feita análise das consequências dos seus julgados. Por consequência, cria-se uma *reação em cadeia*, perdurando discussões jurídicas para além de suas decisões. Isso se evidencia ao levar em consideração a judicialização das *minirreformas* políticas ocorridas em 2015 e em 2017. Temas tratados em 2006 ganham novamente a atenção do Supremo Tribunal Federal.

4.1. Constitucionalização de temas próprios de política ordinária.

Regra da Verticalização

Na eleição de 2002, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução nº 20.933/02, decorrente do Processo de Consulta, formalizado com a intenção de obter do órgão jurisdicional a exegese acerca do art. 6º, da Lei nº 9.504/97. No §1º, do art. 4º, do referido ato resolutório, continha a proibição de os partidos políticos, coligados com partidos com candidatos à presidência da república, montar coligações regionais isoladamente ou com aliados diversos. A

³⁴ Como uma resposta ao *romantismo* do *Judicial Review*, WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review. Tradução de Adauto Villela In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 93/157; já para uma visão do *Judicial Review* ponderada, conferir: SCHAUER, Frederick. Judicial supremacy and the modest Constitution. In: *California Law Review*, v. 93, p. 1.045/1.067, 2004;

³⁵ As obras dos Professores Rodrigo Brandão e Conrado Hubner garantiram a inserção do tema na literatura brasileira. Conferir: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017 e MENDES, Conrado. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação* - Série Produção Científica. São Paulo: Saraiva, 2011.

Corte Eleitoral lançava, portanto, a *regra da verticalização*. Tratava-se de proposta do Poder Judiciário de garantir maior coerência às coligações, já que, no âmbito regional, observavam-se alianças ideológicas opostas, quando comparadas com o âmbito nacional.

Partidos políticos de diversas linhas ideológicas ajuizaram duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, com o intento de obter do Supremo Tribunal Federal a invalidade do §1º, do art. 4º, da Resolução nº 20.933/02. Alegaram a violação ao princípio da segurança jurídica, consubstanciado no art. 16º, da Constituição Federal, já que se tratava de uma norma editada no ano eleitoral; ao princípio da autonomia partidária, previsto §1º, do art. 17, da Carta Magna; ao princípio da reserva legal, uma vez que criara uma proibição não prevista em lei.

Restou submetida a discussão acerca da natureza jurídica do dispositivo constado. Havia a necessidade de definir se tratava de uma norma autônoma, podendo ser objeto de controle de constitucionalidade, ou um ato de interpretação, não estando, portanto, dentro do espectro de cognição do Supremo Tribunal Federal. O Relator, de um lado, defendeu a hipótese da autonomia normativa e, com efeito, da competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer a matéria, para que no mérito remanescesse a declaração de constitucionalidade da Resolução. O voto divergente decorreu da Ministra Ellen Gracie, que não compreendia o ato resolutorio com cunho normativo, mas sim interpretativo. Dessa forma, não poderia o submeter ao controle de constitucionalidade. Por maioria, o Supremo Tribunal Federal deixou de conhecer as ações, nos termos do voto da Ministra Ellen Gracie. Firmou-se, portanto, a regra da verticalização. As eleições de 2002 foram marcadas, portanto, por uma suposta coerência ideológica entre a corrida presidencial e as demais disputas eleitorais.

No entanto, em 2006, em uma resposta à prática do Poder Judiciário, foi editada a Emenda Constitucional nº 52/2006, afastando a *regra da verticalização*, imposta pelo Tribunal Superior Eleitoral, mediante o acréscimo do trecho “sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal”:

Redação Original

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

Redação dada pela Emenda Constitucional nº 52/2006

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre

as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

Novamente, o Supremo Tribunal Federal é chamado para tratar sobre o assunto. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a referida Emenda Constitucional. O principal argumento era de que havia a violação ao princípio da segurança jurídica, presente no art. 16, da Constituição Federal. Em tal dispositivo, consta a regra proibitiva de aplicação de lei nas eleições, quando vigência se dê no mesmo ano eleitoral.

Havia a dúvida se o princípio da anterioridade eleitoral se aplicava às Emendas Constitucionais. Nesta hipótese, ter-se-iam duas normas constitucionais e, portanto, hierarquicamente iguais. Essa tensão restou superada pelo Supremo Tribunal Federal com a petrificação da segurança jurídica. Para tanto, compreendeu que o cidadão-eleitor teria direito fundamental ao “necessário grau de segurança e de certeza jurídica contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral”, sendo o art. 5º, “caput” e LIV, da Constituição da República, o fundamento do art. 16. Tratando-se de uma garantia fundamental, o Constituinte Derivado não se encontra autorizada a alterar, na forma do art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal.

É interessante notar que a tentativa do Poder Judiciário de aperfeiçoar a *accountability* do sistema político resultou na constitucionalização do tema das coligações. Ou seja, matéria de ordem de política ordinária passou a ostentar o valor de matéria constitucional, sendo a medida extrema adotada pelo Legislativo para garantir sua autonomia em relação ao Poder Judiciário. Por consequência, foi afastada a efetividade da Jurisdição Constitucional.

Cláusula de Barreira

No art. 13, da Lei nº 9.096/95, previa a *cláusula de barreira*, requisito eleitoral para garantir ao partido político o direito ao funcionamento parlamentar, ao fundo partidário e ao tempo eleitoral gratuito. Deveria o Partido “obter cinco por cento dos votos apurados, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.”. Mostrava-se um mecanismo legislativo para garantir maior governabilidade, mediante a restrição da representatividade.

Partidos com pouca representatividade no congresso recorreram ao Supremo Tribunal Federal, com a intenção obter a declaração de invalidade dos arts. 13, 41, I e II, 49, 56, II, todos

da Lei nº 9.096/95. Valeram-se os partidos da função contramajoritária da corte constitucional, a fim de garantir a representatividade das minorias. Isso porque, na interpretação dos Requerentes, a cláusula de barreira se apresentava como restrição injustificada do pluralismo político, bem como uma interferência inconstitucional à organização partidária, já que a Constituição da República garante aos partidos plena autonomia organizacional, cláusula prevista no art. 17.

Em 2006, no ano eleitoral que passaria a valer a *cláusula de barreira*, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu a inconstitucionalidade dos dispositivos legais. Na argumentação do Relator, Ministro Marco Aurélio, restou consignado que, dos vinte e nove partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, apenas sete partidos (PT, PMDB, PSDB, PFL, PP, PSB e PDT) alcançaram as exigências previstas na Lei dos Partidos. Essa realidade, para o Relator, comprometeria o pluralismo partidário. Mediante uma breve apresentação das constituições pretéritas, o Relator aponta a tese de que a organização partidária sempre demandou de alteração constitucional. No caso em questão, a inconstitucionalidade se apresentava por interferir na organização partidária mediante lei, enquanto a constituição lhe garantia a plena liberdade.

A discussão sobre a cláusula de barreira prevaleceu até a promulgação da Emenda Constitucional nº 97/2017. A proibição do financiamento empresarial e, por consequência, a instituição do FEFC motivaram o Poder Legislativo a constitucionalizar a questão referente à criação de obstáculos para a proliferação partidária. Dessa forma, para ter acesso aos recursos públicos, os partidos têm que obter 3% dos votos válidos para Câmara dos Deputados, distribuídos em pelo menos um terço dos Estados, com um mínimo de 2% em cada Unidade Federativa, ou ter eleito pelo menos quinze deputados federais, distribuídos em pelo menos um terço dos Estados.

A Emenda Constitucional teve repercussão no Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Mediante a Resolução nº 18/2018, foram alterados o “caput” e o §4º, do art. 9º, do Regimento Interno, sendo fixado o critério previsto no §3º, do art. 17, da Constituição Federal, para escolha do Líder da Representação Partidária ou do Bloco Parlamentar:

Redação Original

Art. 9º Os Deputados são agrupados por representações partidárias ou de Bloco Parlamentares, cabendo-lhes escolher o Líder quando a representação for igual ou superior a um centésimo da composição da Câmara. (...) §4º O Partido com bancada inferior a um centésimo dos membros da Casa não terá

liderança, mas poderá indicar um de seus integrantes para expressas a posição do Partido quando da votação de proposições, ou para fazer uso da palavra, uma vez por semana, por cinco minutos, durante o período destinado as Comunicações de Lideranças.

Redação dada pela Resolução nº 18/18

Art. 9º Os Deputados são agrupados por representações partidárias ou de Blocos Parlamentares, cabendo-lhes escolher o Líder quando a representação atender os requisitos estabelecidos no § 3º do art. 17 da Constituição Federal. (...) § 4º O Partido que não atenda o disposto no caput deste artigo não terá Liderança, mas poderá indicar um de seus integrantes para expressar a posição do Partido no momento da votação de proposições, ou para fazer uso da palavra, uma vez por semana, por cinco minutos, durante o período destinado às Comunicações de Lideranças.

A Resolução nº 1/2007, responsável pela fixação dos Cargos em Comissão de Natureza Especial do Quadro de Pessoal da Câmara dos Deputados, também foi alterada em 2018. Destaca-se o art. 3º, da Resolução nº 18/2018, que retira o direito aos cargos e funções instituídos pela Resolução nº 1/2007.

Ante tais alterações, a Rede Sustentabilidade e o Partido Renovador Trabalhista Brasileiro – PRTB acionaram o Supremo Tribunal Federal para questionar a validade da Resolução nº 18/2018 e da Emenda Constitucional nº 97/2017. O primeiro partido questionou a validade da alteração regimental, objeto da ADI nº 6.056, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski; enquanto o segundo ajuizou a ADI, autuada sob o nº 6.063 e distribuída ao Ministro Celso de Mello, para que seja reconhecida a inconstitucionalidade da própria alteração constitucional.

A REDE, em sua inicial, consignou as consequências negativas da Resolução ao partido, destacando a perda de assessoramento técnico-legislativo da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, e de instrumentos institucionais para influenciar no Processo Legislativo (STF, 1995):

não participação do colégio de líderes, que delibera, entre outros assuntos, sobre a inclusão de uma pauta acordada de proposições para discussão e votação na Ordem do Dia e sobre a fixação de vagas das Comissões Permanentes ; nem poderiam requerer à Presidência a formação de Comissão Especial para dar parecer em determinada proposição; nem apresentar requerimento de urgência em Plenário; não poderia propor destaques para votação em separado a proposições, sem necessidade de aprovação prévia de requerimento pelo Plenário; nem tampouco requerer adiamento ou encerramento de discussão de matéria em Plenário ou adiamento de votação dessas matérias.

A argumentação do partido foi no sentido de demonstrar que essas consequências não encontrariam respaldo no estado de coisa que o princípio do pluralismo político visa promover. Isso porque a cláusula de desempenho compromete a entrada de novas forças políticas:

64- Ocorre que, a prevalecer a atual combinação de enrijecimento do sistema partidário, impondo-se enormes obstáculos ao ingresso de novas forças políticas nas arenas institucionais, eliminar-se-á qualquer viabilidade concreta de efetivação do fundamento republicano do pluralismo político

Como a declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 97/17 exige mais legitimidade do Poder Judiciário, houve o cuidado de não criar um embate direto com o dispositivo da constituição. Dessa forma, é feita uma interpretação histórica do processo legislativo, do qual resultou a Emenda, para então mostrar que não era a intenção do Constituinte Derivado criar obstáculos para o funcionamento parlamentar, de modo que a Resolução da Câmara dos Deputados não estaria em adequação ao propósito da Emenda Constitucional.

Por outro lado, a estratégia jurídica do PRTB se restringiu, em síntese, em petrificar a ideia do pluralismo político assegurado pela Constituição da República, como restou exposto pelo Supremo Tribunal Federal, quando houve a declaração de inconstitucionalidade do art. 13, da Lei nº 9.096/97.

No que se refere ao tema da *cláusula de barreira*, nota-se o Supremo Tribunal Federal tendo que lidar com os problemas da *governabilidade* e da *representatividade*. O Poder Legislativo tem demonstrado interesse em conter o crescimento partidário, impondo aos partidos metas eleitorais para lhe capacitar a gozar de direitos relacionados ao *funcionamento partidário* e às verbas públicas. São medidas que diminuem a *representatividade*, com a intenção de aumentar a *governabilidade*, mediante redução de atores com capacidade de veto.

Na ciência política, o arranjo de presidencialismo com pluripartidarismo é visto com desconfiança, por exigir do presidente um alto custo para manter a governabilidade. Quanto mais pulverizado se mostrar o parlamento, menor a disciplina partidária, mostrando-se, com isso, um incentivo ao *fisiologismo*, como bem apontam as observações de Scott Mainwaring:

Devido à limitada lealdade e disciplina partidária e levando em conta que seu próprio partido raramente tem a maioria no Congresso, os presidentes têm de construir coalizões de governo que escapam aos limites do seu partido. A patronagem e o clientelismo são recursos valiosos para esse fim, porque lhes permitem buscar aliados em outros partidos. Os presidentes procuram obter

apoio dos governadores e prefeitos das principais cidades, porque estes são figuras políticas de grande poder, com influência na opinião pública, dispõem de seus próprios acólitos leais e ajudam na conquiha do apoio parlamentar. Governadores e prefeitos por sua vez, dependem do governo federal, porque precisam de verbas (2001, p. 239)

Em dezembro de 2006, o Supremo compreendeu que o art. 13, da Lei nº 9.096/95, responsável pela instituição da *cláusula de barreira*, violava o princípio do pluralismo político e, por via de consequência, a igualdade de chance entre os partidos políticos, como bem restou exposto no voto do Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2006b, p. 162):

Deixo enfatizado, não obstante, que o legislador pode estabelecer uma cláusula de desempenho que fixe, de forma proporcional, certo percentual de votação como requisito para que o partido político tenha direito não só ao funcionamento parlamentar, mas à própria eleição de representantes, ficando, porém, assegurado a todos os partidos, como observância do princípio da igualdade de chances, o acesso aos meios e recursos necessários para competir no prélio eleitoral seguinte, incluídos, nesse sentido, o acesso ao rádio e à televisão e aos recursos do fundo partidário.

Essa compreensão permaneceu válida durante dez anos, até quando o Poder Legislativo editou a Emenda Constitucional nº 97/17, estabelecendo novos requisitos de desempenho. Novamente, observa-se a constitucionalização de matéria própria de política ordinária. A pretensão do Poder Judiciário se mostrou ineficaz, por não garantir a concepção *ampla* de pluralismo partidário, além de dificultar a alteração das regras pela minoria, tendo em vista o quórum qualificado para aprovação de Emenda Constitucional.

4.2. A extensão dos debates para além de seus julgamentos

A pretensão do Poder Judiciário de *movimentar a história*³⁶ parece dar início a uma *reação em cadeia*, necessitando de outras diversas decisões do Legislativo e do Judiciário, de modo a formar um cenário de imprevisibilidade³⁷. Isso se torna evidente ao analisar que as *minirreformas* políticas ocorridas em 2015 e 2017 já estão parcialmente judicializadas. Contra a Emenda Constitucional nº 97/2017, já foram propostas ao menos três ADIs, autuadas sob os nº 5.875/DF, 6.063/DF e 6.056/DF. O Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC),

³⁶ Sobre essa função do Poder Judiciário, ver: BARROSO, Luís Roberto. A Razão sem voto: o supremo tribunal federal e o governo da maioria. In: *Jurisdição Constitucional e Política*. Coordenação: Daniel Sarmento. 1ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 26/27.

³⁷ Vale conferir as críticas de Frederick Schauer feitas à doutrina dos *diálogos institucionais* em: SCHAUER, Frederick. Judicial supremacy and the modest Constitution. In: *California Law Review*, v. 93, p. 1.045/1.067, 2004.

instituído pela Lei nº 13.487/17, é objeto da ADI nº 5.795/DF. A Lei nº 13.877/19, que promoveu algumas alterações no FEFC, também já restou judicializada, sendo objeto da ADI nº 6.297/DF. Contra a Lei nº 13.165/15, foram propostas diversas ações, questionando os pontos referentes à: i.) possibilidade do voto impresso (art. 59-A, da Lei nº 9.504/97), objeto da ADI nº 5.889/DF; ii.) às cotas destinadas às candidatas mulheres (art. 9, da Lei nº 13.165/15), já tendo ocorrido o seu julgamento (ADI nº 5.617); iii.) à disciplina dos lugares vagos, na hipótese de não restar atendido ao requisito previsto no art. 108, da Lei nº 4.737/65 (ADIs nº 5.420/DF, 5.920/DF e 5.947/DF). A Lei nº 13.107/15 também é objeto das ADIs nº 5.311/DF e 6.044/DF. Por fim, cumpre memorar que está em curso o Recurso Extraordinário nº 1.238.853/RJ, que trata sobre a *candidatura avulsa*, o qual, caso lhe seja dado provimento, suspeita-se que irá dar início a uma nova *reação em cadeia*, produzindo efeitos não esperados pelo Poder Judiciário.

É interessante notar que, dentro deste conjunto de ações, estão temas que já foram objetos de outras ações no passado. As ADIs nº 6.063 e 6.056, que tratam sobre a *cláusula de desempenho* instituída pela Emenda Constitucional nº 97/17, ressuscitam o debate formado em 2006, quando restou reconhecida a inconstitucionalidade do art. 13, da Lei nº 9.096/95. Na ADI nº 5.795/DF, note-se a pretensão do Partido Social Liberal – PSL obter a declaração de inconstitucionalidade do *financiamento eleitoral público*, improvável hipótese que, caso seja acolhida, ocasionará uma nova reforma política.

Ressalta-se, ainda, sobre a *fidelidade partidária*, tema já debatido diversas vezes pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Desta vez, a opção política do Legislativo de escolher as hipóteses de filiação partidária por justa causa restou questionada. Nesse sentido, está a ADI nº 5.398/DF, proposta pela REDE, com a intenção de questionar a constitucionalidade da posição restritiva imposta pela Lei 13.165/2015, ao incluir o art. 22-A, na Lei nº 9.096/95. Como houve a concessão da Medida Cautelar, o debate referente à segurança jurídica resta superado, uma vez que todos os parlamentares que desfiliaram de seus partidos políticos para entrar no REDE já ou não mais possuem cargo eletivo, ou já estão em outro mandato. Remanesce, portanto, ao Supremo Tribunal Federal a obrigação de interpretar o art. 17º, da Constituição Federal, para definir se a Lei, ao não dispor da hipótese desfiliação partidária por criação de novo partido, viola o princípio da livre criação de partidos políticos.

Embora os objetos dos arts. 108 e 109, da Lei nº 4.737/65, redação dada pelas Leis nº 13.165/15 e 13.488/17, bem como dos arts 7º, §1º, e 29, ambos da Lei nº 9.096/95, pela Lei nº 13.107/15, nunca tenham sido apreciados pelo Judiciário, note-se que o tema de fundo se

assemelha à matéria referente à *cláusula de desempenho* e à *fidelidade partidária*, isto é, a abrangência do Legislador de restringir a *representatividade* e de promover a *accountability*.

Explica-se que, no art. 108, da Lei nº 4.737/65, encontra-se prevista a cláusula de desempenho individual, que exige do candidato uma votação nominal correspondente a 10% do quociente eleitoral para se eleger. Nos artigos 7º, §1º, e 29, §9º, da Lei nº 9.096/95, encontram-se regras mais rígidas para criação, fusão e incorporação de partidos políticos. Na redação original do art. 7º, §1º, constava a exigência de apoio de eleitores, correspondente a pelo menos cinco décimos por cento dos votos válidos dados na última eleição geral e distribuídos em pelo menos um terço dos Estados, com um mínimo de um décimo por cento do eleitorado. Já no novo texto legal, a criação de um novo partido político está condicionada à comprovação de apoio de caráter nacional, no prazo de dois anos, de eleitores não filiados a partidos políticos. O §9º restou incluído ao art. 29, da Lei nº 9.096/95, com a intenção de impedir a fusão e incorporação de novas legendas, de modo a permitir os atos de junção partidária, na hipótese de os partidos já contarem com pelo menos cinco anos de registro no Tribunal Superior Eleitoral.

Observe-se, com isso, que a matéria referente à *representatividade* está relacionada até que ponto o Legislativo está autorizado a instituir obstáculos à criação de novos partidos políticos e à eleição dos candidatos. Quanto à *accountability*, trata-se de tema que tangencia às medidas cabíveis ao Legislativo para que crie mecanismos de prestação de contas.

Ao levar em consideração os julgamentos das ADIs referentes à *cláusula de barreira*, à *regra de verticalização* e à *fidelidade partidária*, note-se a tendência do Poder Judiciário de exercer a jurisdição no sentido de “proteger” as minorias, bem como de exigir do Legislativo medidas rígidas e supostamente efetivas quanto à *accountability*.

Ante o atual cenário de ações propostas, suscita a questão se o Poder Judiciário continuará rígido na proteção dos pequenos partidos e na instituição de medidas de prestação de contas. Em 04/03/2020, no que se tange às alterações ocorridas no Código Eleitoral, reparou-se uma certa deferência ao Legislativo ao julgar improcedente as ADIs nº 5.920 e 5.947 e procedente em parte a ADI nº 5.420. O fundamento seria de que as alterações legais seriam constitucionais, por corrigir os vícios decorrentes do *sistema eleitoral proporcional*, diminuindo a importância dos “puxadores de votos”. Quanto à ADI nº 5.311, também julgada em 04/03/2020, viu-se a constitucionalidade de tal medida legislativa, por se mostrar uma medida que visa combater as *legendas de aluguel*.

Apesar de a matéria de tais julgamentos não ser capaz de suscitar tantas dúvidas, já que se trata de problemas constantes nos diversos textos sobre *reforma política*³⁸, suspeita-se que a definição acerca dos temas consubstanciados na ADI nº 6.063 e no RE nº 1.238.853/RJ não ostenta consenso. A procedência da ação e o provimento do recurso, inclusive, abrirão margem para novas *minirreformas* e respostas do Legislativo em relação às medidas adotadas pelo Judiciário, postergando por mais um tempo o verdadeiro *trânsito em julgado* das ADIs nº 1.351 e 1.354, bem como da própria ADI nº 4.650.

4.3. Considerações Finais

As questões referentes à *judicialização do sistema político* ostentam tamanha complexidade, em razão de envolver diversos atores políticos, que o exercício da Jurisdição Constitucional, por meio de um monólogo, parecer não ser capaz de produzir resultados satisfatórios. Observou-se uma contradição entre o argumento utilizado para legitimar a atuação do Poder Judiciário, qual seja, a *crise de representatividade*, e os efeitos das suas decisões. Considerando i.) a constitucionalização de certos temas; ii.) o ressurgimento da cláusula de desempenho; iii.) a instituição de institutos que dificultam a criação, fusão e incorporação de partidos, iv.) a impossibilidade de recorrer ao capital privado para fazer sua campanha, observa-se que a atuação do Poder Judiciário teve como efeito a produção de decisões políticas que dificultam o acesso da minoria à política.

Além disso, tanto o Poder Judiciário, quanto o Legislativo possuem plena capacidade de promover reformas institucionais. Assim, a jurisdição fundada na criação de obrigações positivas aos Legislativo não se mostra capaz de condicionar o Legislativo aos interesses do Judiciário. Isso porque a decisão apenas exclui do campo de discricionariedade do Legislativo apenas uma ou poucas possibilidades de concretização dos princípios previstos na Constituição Federal, remanescendo outras possibilidades do agir legislativo. Ou seja, a capacidade coercitiva do Poder Judiciário é fraca, justamente pelo fato de o Legislativo dispor de um amplo leque de possibilidades para substituir a lei declarada inconstitucional. Para exemplificar essa relação jurídica, memora-se do raciocínio elaborado na ADI nº 4.650/DF, que considerava o dever do Estado de oferecer um procedimento eleitoral igualitário e que não criasse incentivos

³⁸ Conferir ROCHA, Marta Mendes; SILVA, Raquel Gonçalves. A agenda da reforma política no Brasil: autores, objetivos, êxito e fracasso (1988-2010). Revista Brasileira de Ciência Política, nº16. Brasília, janeiro - abril de 2015, pp. 213-246; RENNÓ, Lúcio R. Reformas políticas no Brasil: realizadas e prováveis. In: MULHOLLAND, Timothy; RENNÓ, Lúcio R. (Org.) *Reforma política em questão*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

para o particular se apropriar do bem público³⁹. Assim, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu a omissão do Poder Legislativo de promover tais interesses, apenas houve a declaração de que a Lei em questão não se adequa à constituição, sem que fosse necessário o Legislativo se vincular aos interesses na forma como restaram apresentados.

Deve-se levar em consideração, ainda, que decisão jurídica importará em um custo, caracterizado pela restrição de outro direito fundamental, servindo como exemplo a ADC nº 29, na qual a restrição do princípio da presunção de inocência foi o custo da satisfação dos interesses relacionados à tentativa de sanar a crise de representatividade. Considerando que a decisão não vincula o Legislativo a satisfazer aos interesses selecionados pelo Supremo Tribunal Federal, note-se, no fim, que há a restrição a direitos fundamentais sem que necessariamente tenha algum “retorno”.

Essa interpretação decorre por compreender que a relação entre o Judiciário e o Legislativo, marcada pela lógica coletiva (OLSON, 2015). Isso significa dizer que, em um cenário de políticas pública, no qual são reunidos interesses de diversos setores da sociedade, os interesses dos juízes remanescem diluídos. Assim, no cenário de grandes grupos, a decisão demanda coerção ou incentivo, não sendo suficiente o agir voluntário. Como a declaração de inconstitucionalidade ostenta uma coercitividade fraca, por restarem ao legislador diversas alternativas para decidir, a pretensão reformista do Poder Judiciário se encontra limitada.

³⁹ Dos princípios da igualdade e do republicanismo, portanto, retiram-se as seguintes normas atribuídas: i.) O cidadão-eleitor e o cidadão-candidato têm, em face do Estado, o direito a um sistema eleitoral que os trate de forma igualitária; ii.) Os cidadãos têm, em face do Estado, o direito a um sistema eleitoral que não incentive o particular a se apropriar do bem público.

CONCLUSÕES

O trabalho se propôs a analisar a tensão entre a *Democracia* e o *Constitucionalismo* a partir de premissas consensuais, quais sejam: a presunção de constitucionalidade e, com efeito, o ônus do Poder Judiciário de justificar a inconstitucionalidade; a necessidade de os enunciados fáticos ostentarem algum nível de certeza, sendo avalizados por um procedimento, responsável por definir as regras do jogo.

No primeiro capítulo, houve a revisão bibliográfica da *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Robert Alexy, por reconhecer o seu êxito em apresentar as dimensões estruturais do *direito subjetivo*, valendo-se, principalmente, do seu aspecto de *direito à prestação*. Considerando esse marco teórico e a presunção de constitucionalidade da Lei, vislumbrou ser o ônus do Poder Judiciário para suprimir a *discricionariedade cognitiva* do Legislativo. O raciocínio é relativamente simples: ao se reconhecer uma medida legislativa como insuficiente para satisfazer algum princípio constitucional, torna-se o Poder Judiciário obrigado a demonstrar a efetividade de outras medidas, utilizando-se a qual for necessária. Apesar da simplicidade da estrutura do raciocínio, a sua comprovação é complexa, exigindo regras para seleção dos *atos legislativos* mais relevantes, admissão e valoração de provas. Por outro lado, constatou-se que o processo constitucional não dispõe de regras aptas a regulamentar essa etapa da argumentação, permitindo, aos juízes constitucionais, a ampla liberdade para lançar mão de argumentos empíricos.

Ante uma síntese apertada dos casos selecionados, revele-se a importância de se levar em consideração a estrutura do *direito subjetivo* na sua dimensão de *direito à prestação*, bem como o debate acerca das questões fáticas. Vale lembrar que, no caso da *Lei da Ficha Limpa*, houve o *overruling* da ADPF nº 144 e o afastamento da norma do princípio da inocência, com base nas crenças de que a *crise de representatividade* do Poder Legislativo seria apta a legitimar a Jurisdição Constitucional e de que as medidas contidas na Lei Complementar nº 135/10 seriam efetivas para alterar o cenário político. No caso do *Financiamento Empresarial de Campanhas*, a crença da *crise de representatividade* foi essencial para legitimar a jurisdição. Ademais, formou-se a compreensão de que o *financiamento empresarial de campanhas* não se mostrava suficiente para satisfazer aos princípios republicanos e isonômicos. Com efeito, compreendeu que a simples exclusão do dinheiro decorrente do empresariado na corrida eleitoral seria medida efetiva para garantir a probidade eleitoral. Já no caso da *Candidatura Avulsa*, note-se a formação de um raciocínio de que os *partidos políticos* não estão sendo capazes de representar

a população, dando margem à especulação de que o enfraquecimento dos partidos políticos apresentar-se-ia uma medida para sanar o problema da representatividade. A revisão da regra prevista no art. 14, §3º, V, da Constituição da República depende da crença de que há uma *crise do sistema político*.

Com a análise dos casos, percebeu-se que foram feitas escolhas fáticas, sejam para legitimar a atuação do Poder Judiciário, sejam para justificar a alteração de medidas supostamente aptas a promover os fins constitucionais. Deste modo, questionou-se a validade de tais escolhas, tendo em conta a precariedade do processo constitucional.

Como as revisões bibliográficas sobre as interpretações políticas do Brasil demonstram que, apesar da ampla aceitabilidade quanto ao argumento *crise de representatividade*, há dificuldade para explicar a sua causa e como a resolver, a análise se expandiu para os marcos teóricos utilizados pelos Ministros para fundamentar o argumento. Neste ensejo, houve a identificação de duas correntes explicativas: uma *institucionalista* e outra inserida no contexto do *pensamento político*.

Quanto à tese de que a *crise de representatividade* decorreria da disfuncionalidade institucional, foi-se necessário rever o debate dos *neoinstitucionalista* marcado pelas *interpretações Ortodoxas e Heterodoxas*. Retirou-se, disso, a compreensão de que as opções institucionais contidas na Constituição da República estariam oferecendo estabilidade e previsibilidade aos atores políticos.

No que se refere à percepção de que a *crise de representatividade* seria um produto da *história*, marcada pelas práticas *patrimonialistas*, houve a ressalva acerca de sua incoerência epistemológica. Isso porque, ao adotar tal exegese, resta comprometida a própria legitimidade do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, por se tratar de problemas históricos, exige-se reformas mais profundas, não sendo a Jurisdição Constitucional suficiente para tanto.

Por outro lado, esteve a interpretação do Ministro Teori Zavascki no sentido de que as mazelas decorrentes da inserção excessiva do dinheiro privado nas campanhas políticas não são causadas por haver uma permissão legal ao financiamento político.

Ao levar em consideração as escolhas fáticas contidas nos votos dos Ministros, pôde-se perceber que o processo constitucional não dispõe de mecanismos para ordenar as alternativas fáticas apresentadas pelos magistrados, impedindo que se avalie a racionalidade das escolhas feitas. Se, de um lado, atribuíam-se o valor verdade à explicação da *crise de representatividade*, de outro, ao analisar os demais votos e ao rever a bibliografia específica, notou-se a existência de outras explicações legítimas para a *causa da crise de representatividade*. O problema da

ordenação das alternativas fáticas, por conseguinte, serve para apontar que, no fim, as escolhas fáticas não ostentam racionalidade, por não restarem apontadas as suas justificativas.

Além de não justificadas, remanescendo diversas explicações sobre a realidade políticas brasileira, não foram levadas em consideração quais seriam as consequências da exclusão do financiamento empresarial de campanhas e da instituição da *Lei da Ficha Limpa*, a fim de se averiguar a efetividade das novas medidas. Singelas notas sobre os dez anos acerca do julgamento da *Lei da Ficha Limpa*, as Eleições de 2018 e a história dos Estados Unidos retratam o *idealismo* contido no exercício Jurisdicional, tendo em vista à realidade após os julgados se mostrarem distantes do Estado de Coisa concebido no decorrer dos votos.

Essa conclusão levou a questionar os fundamentos filosóficos utilizados para legitimar a Jurisdição Constitucional. Ao considerar os votos dos Ministros, observaram três marcos teóricos utilizados para justificar a atuação do Poder Judiciário: O *procedimentalismo* de Ely, o *heroísmo* de Dworkin e capacidade representativa do Supremo Tribunal Federal, defendida pelo Professor Luís Roberto Barroso. Verificou-se, contudo, que a aplicação da filosofia política de Ely depende da concepção do intérprete sobre *democracia*, de modo a exigir uma *interdisciplinaridade* entre o direito e as demais áreas da ciência. Contudo, como o processo constitucional não oferece mecanismos eficazes de interação com as outras áreas do conhecimento, a prática do *procedimentalismo* se restringe ao *subjetivismo* do aplicador, isto é, a abrangência da cognição do Direito e o momento do exercício da jurisdição constitucional serão definidos pelo subjetivismo do juiz. No que se refere à aplicabilidade da teoria do Dworkin, evidenciou-se a dificuldade epistemológica do juiz real de capturar todas as possibilidades jurídicas e fáticas. Por outro lado, o processo constitucional brasileiro não se mostra capaz de amenizar esse problema, já que resta caracterizado pelo monólogo judicial, pela ausência de incentivos à ordenação das alternativas fáticas e pela *causa de pedir aberta*. Cumpre-se ressaltar, ainda, que a falta de transparência das decisões, decorrente da ausência de justificativa das escolhas fáticas, compromete o diálogo e impede que as pessoas racionais possam avaliar as decisões. Desta forma, quanto à hipótese de o Supremo Tribunal Federal representar a população por meio dos argumentos, nota-se a fragilidade da *accountability* do agir do Supremo Tribunal Federal, comprometendo a sua própria capacidade de representação. No fim, as tentativas de superar o positivismo restaram frustradas, em razão de a jurisdição permanecer fundada em questões normativas e sociais. As decisões proferidas na ADC nº 29 e na ADI nº 4.650 manifestam apenas o poder, legitimado pela autoridade e, por assim, reconhecido pela sociedade.

Expostas as razões de irracionalidade e de ilegitimidade das decisões, restou explicada a inefetividade do Poder Judiciário para promover reformas institucionais, tendo em vista a sua precária capacidade coercitiva, em um contexto de instituições de obrigações positivas. Isso porque o Legislativo não se encontra vinculado aos interesses consignados nos votos, dispondo de ampla discricionariedade para promover outros fins e adotar outras medidas.

Nesse sentido, serviu o levantamento das ADIs propostas contra as *minirreformas* políticas de 2015 e de 2017, de modo que se observaram duas consequências da pretensão reformista do Supremo Tribunal Federal. A primeira se refere à *constitucionalização da política ordinária*, decorrente do agir expansivo do Poder Judiciário em relação aos interesses do Legislativo, sem que entre eles exista algum *acordo*. Com efeito, houve a constitucionalização de temas referentes à *regra de verticalização* e à *cláusula de desempenho*, mediante a edição das Emendas Constitucionais nº 52/06 e 97/17.

A segunda consequência é referente à constatação de que o Poder Judiciário supervaloriza a sua capacidade institucional, de modo a impor obrigações *idealistas* ao Poder Legislativo, sem que seja feita análise das consequências dos seus julgados. Com efeito, os debates se expandem para além de seus julgamentos. A judicialização das *minirreformas* políticas permite observar um conjunto de ações que já foi objeto de outras ações no passado, estando nesse rol: i.) as ADIs nº 6.063/DF e 6.056/DF, que tratam sobre a *cláusula de desempenho* instituída pela Emenda Constitucional nº 97/17; ii.) a ADI nº 5.795/DF, que se discutirá a constitucionalidade do *financiamento eleitoral público*; iii.) a ADI nº 5.398/DF, que tratou sobre a *fidelidade partidária*; iv.) as ADIs 5.420/DF, 5.420/DF e 5.947/DF, que trataram sobre os arts. 108 e 109, da Lei nº 4.737/65, na forma das redações dadas pelas Leis nº 13.165/15 e 13.488/17; v.) a ADI nº 5.311/DF, que tratou sobre os arts 7º, §1º, e 29, ambos da Lei nº 9.096/95, pela Lei nº 13.107/15. Sobre esses dois últimos grupos, ressalta-se que, embora nunca tenham sido apreciados pelo Judiciário, o tema de fundo se assemelha à matéria referente à *cláusula de desempenho* e à *fidelidade partidária*, isto é, a abrangência do legislador de restringir a *representatividade* e de promover a *accountability*.

Essas consequências são atribuídas à igualdade existente entre o Legislativo e Judiciário, já que possuem plena capacidade de promover reformas institucionais. Assim, o processo de dar efetividade aos *direitos à prestação*, embora seja capaz de ampliar a capacidade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, não se mostra suficiente para condicionar o Legislativo aos interesses consignados na decisão. Isso porque o exercício jurisdicional exclui do campo de discricionariedade do Legislativo apenas uma ou poucas possibilidades de

concretização dos princípios previstos na Constituição Federal, remanescendo outras possibilidades do agir legislativo. Ou seja, a capacidade coercitiva do Poder Judiciário é fraca, justamente pelo fato de o Legislativo dispor de um amplo leque de possibilidades para substituir a lei declarada inconstitucional.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luis Afonso Heck, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008;

_____. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para filosofia do direito**. Tradução: Luís Afonso Heck, 2ªed, Editora: Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2015;

_____. **Princípios Formais: e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. Organizadores: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018;

_____. **Teoria Discursiva do Direito**. Tradução e organização de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014;

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011;

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 4ª triagem, São Paulo: Malheiros, 2015;

AMES, Barry. **Os entraves da democracia no Brasil**. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003;

ANASTASIA, Fátima.; SANTOS, M. L. Sistemas Partidários no Brasil: continuidade e mudança. In: LAVAREDA, Antonio; SOARES, Glaucio. (Org.). **A Relevância da Ciência Política - Comentários à Contribuição de Olavo Brasil de Lima Jr.** 1ª ed. Rio de Janeiro: REVAN, 2014, v. 1, p. 149-187;

ARROW, Kenneth J. A Difficulty in the Concept of Social Welfare. In: **The Journal of Political Economy**, Vol. 58, nº 4, Agosto de 1950, pp. 328-346;

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação Ética e Hermenêutica** – alternativas para o direito. Florianópolis, Ed. CESUSC, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014;

BARROSO, Luís Roberto. A Razão sem voto: o supremo tribunal federal e o governo da maioria. In: **Jurisdição Constitucional e Política**. Coordenação: Daniel Sarmento. 1ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2015;

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012;

BARBOSA, Ruy. **A Constituição e os Actos Inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Atlantida Editora, 1948;

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Las Normas de Competencia**. Un aspecto de la dinámica jurídica. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000;

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003;

BRAGA, Maria do Socorro Souza. A agenda dos estudos sobre partidos políticos e sistemas partidários no Brasil. In: **Revista de Discentes de Ciência Políticas da UFSCAR**. Vol. 01, nº1, 2013;

_____. Eleições e democracia no Brasil: o caminho de partidos e sistemas partidários institucionalizados. In: *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 4, Brasília, Julho-Dezembro de 2010, pp. 43-73;

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017;

BRASIL. Congresso Nacional. **Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito PC Farias**. Relator Senador Amir Lando, 1992;

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (Plenário). Recurso Ordinário nº 0601616-19.2018.6.11.0000. Eleições 2018. Recurso ordinário. Cargo de senador da república. Preliminares. Pedido de assistência simples. Cargo majoritário. Deferimento. Representação. Art. 30-a. Propositura antes da eleição. Possibilidade. Encerramento prematuro da instrução. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Processo de prestação de contas. Pendência de julgamento. Prejudicialidade. Inexistência. Necessidade de quebra de sigilo bancário caracterizada. [...]. Relator Ministro Og Fernandes, Plenário, julgado em 11/12/2019, publicado no DJ em 19/12/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.626/DF. Parágrafo 1º do artigo 4º da instrução nº 55, aprovada pela resolução nº 20.993, de 26.02.2002, do tribunal superior eleitoral. Art. 6º da lei nº 9.504/97. Eleições de 2002. Coligação partidária. Alegação de ofensa aos artigos 5º, ii e liv, 16, 17, § 1º, 22, i e 48, caput, da constituição federal. Ato normativo secundário. Violação indireta. Impossibilidade do controle abstrato de constitucionalidade. [...]. Relator Ministro Sydney Sanches. Relatora para Acórdão Ministra Ellen Gracie, julgado em 18/04/2002, publicado no DJ em 05/03/2004, Ata nº 5/2004;

_____ (a). Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.685/DF. Art. 2º da ec 52, de 08.03.06. Aplicação imediata da nova regra sobre coligações partidárias eleitorais, introduzida no texto do art. 17, § 1º, da cf. Alegação de violação ao princípio da anterioridade da lei eleitoral (cf, art. 16) e às garantias individuais da segurança jurídica e do devido processo legal (cf, art. 5º, caput, e liv). Limites materiais à atividade do legislador constituinte reformador. Arts. 60, § 4º, iv, e 5º, § 2º, da cf. 1. [...]. Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 22/03/2006, publicado no DJ 10/08/2006, Ata nº 23/2006.

_____ (b). Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351/DF. Partido político – funcionamento parlamentar – propaganda partidária gratuita – fundo partidário. Surge conflitante com a constituição federal lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz,

substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do fundo partidário [...]. Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/12/2006, publicado no DJ em 30/03/2007, Ata nº 11/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.999/DF. Resoluções Do Tribunal Superior Eleitoral 22.610/2007 E 22.733/2008. Disciplina Dos Procedimentos De Justificação Da Desfiliação Partidária E Da Perda Do Cargo Eletivo. Fidelidade Partidária. [...]. Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 12/11/2008, publicado no DJE em 17/04/2009, Ata nº 10/2009.

_____ (a). Supremo Tribunal Federal (Plenário). Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental. [...] Relação entre processos judiciais, sem que neles haja condenação irrecorrível, e o exercício, pelo cidadão, da capacidade eleitoral passiva - registro de candidato contra quem foram instaurados procedimentos judiciais, notadamente aqueles de natureza criminal, em cujo âmbito ainda não exista sentença condenatória com trânsito em julgado [...]. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 06/08/2008, publicado no DJE em 26/02/2010, Ata nº 4/2010.

_____ (b). Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso Extraordinário nº 564.413/SC. Imunidade – Capacidade ativa tributária. A imunidade encerra exceção constitucional à capacidade ativa tributária, cabendo interpretar os preceitos regedores de forma estrita. [...]. Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 18/08/2010, publicado no DJE em 03/11/2010, Ata nº 36/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Mandado de Segurança nº 30.260. Mandado de segurança preventivo. Constitucional. Suplentes de deputado federal. Ordem de substituição fixada segundo a ordem da coligação. Rejeição das preliminares de ilegitimidade ativa e de perda do objeto da ação. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada [...]. Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 27/04/2011, com publicação no DJE 30/08/2011, Ata nº 124/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 29. Lei complementar nº 135/10. Hipóteses de inelegibilidade. Art. 14, § 9º, da constituição federal.

Moralidade para o exercício de mandatos eletivos. [...]. Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 16/02/2012, publicado no DJE em 29/06/2012, Ata nº 101/2012;

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.307/DF. Emenda constitucional n. 58/2009. Alteração na composição dos limites máximos das câmaras municipais. Inc. Iv do art. 29 da constituição da república. Retroação de efeitos à eleição de 2008 (art. 3º, inc. I). Posse de novos vereadores: impossibilidade. Alteração do resultado de processo eleitoral encerrado: inconstitucionalidade. Contrariedade ao art. 16 da constituição da república. Ação julgada procedente. [...]. Relatora Ministra Carmen Lúcia, julgado em 11/04/2013, com publicação no DJE 01/10/2013, Ata nº 144/2013;

_____ (a). Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.081/DF. Resolução nº 22.610/2007 do TSE. Inaplicabilidade da regra de perda do mandato por infidelidade partidária ao sistema eleitoral majoritário. [...]. Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 27/05/2015, publicado no DJE em 19/08/2015, Ata nº 15/2015;

_____ (b). Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.420/DF, Relator Ministro Luiz Fux, ação distribuída em 26/11/2015, disponível em <http://portal.stf.jus.br/>, acessado em ;

_____ (a). Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar nº 5.311/DF. Lei nacional n. 13.107, de 24 de maio de 2015. Alteração da lei dos partidos políticos e da lei eleitoral (lei 9.096/1995 e 9.504/1997). Novas condições legais para criação, fusão e incorporação de partidos políticos. Apoio de eleitores não filiados e prazo mínimo de cinco anos de existência dos partidos. Fortalecimento do modelo representativo e densificação do pluripartidarismo. Fundamento do princípio democrático. Fidelidade partidária. Indeferimento da cautelar [...] Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgada em 30/09/2015, publicado no DJE em 04/02/2016, Ata nº 4/2016;

_____ (b). Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF. Modelo normativo vigente de financiamento de campanhas eleitorais. Lei das eleições, arts. 23, §1º, incisos i e ii, 24 e 81, caput e § 1º. Lei orgânica dos partidos políticos, arts. 31, 38, inciso iii, e 39, caput e §5º. Critérios de doações para pessoas jurídicas e naturais e

para o uso de recursos próprios pelos candidatos [...]. Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 17/09/2015, publicado no DJE em 24/02/2016, Ata nº 16/2016;

_____. (a) Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.795/DF. Relatora Ministra Rosa Weber, ação distribuída em 17/10/2017;

_____. (b) Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.875/DF, Relator Ministro Luiz Fux, ação distribuída em 28/12/2017;

_____. (a) Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.889/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes, ação distribuída em 05/02/2018;

_____. (b) Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.947/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, ação distribuída em 22/05/2018, disponível em <http://portal.stf.jus.br/>, acessado em 12/02/2020;

_____. (c) Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar nº 5.398/DF. LEI Nº 13.165/2015. Exclusão da criação de partido novo como hipótese de justa causa para desfiliação partidária. Plausibilidade jurídica da alegação de violação à legítima expectativa de partidos criados até a data da entrada em vigor da lei. Periculum in mora configurado. Medida cautelar referendada pelo plenário. [...] Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado 09/05/2018, publicado no DJE em 20/11/2018, Ata 175/2018;

_____. (d) Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.044/DF, Relator Ministro Cármen Lúcia, ação distribuída em 28/11/2018, disponível em <http://portal.stf.jus.br/>, acessado em 13/02/2020;

_____. (a). Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.056/DF. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, ação distribuída em 08/01/2019;

_____. (b). Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.063/DF. Relator Ministro Celso de Mello, distribuição em 01/02/2019;

_____. (c) Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.617/DF. Art. 9º da lei 13.165/2015. Fixação de piso (5%) e de teto (15%) do montante do fundo partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para a aplicação nas campanhas de candidatas. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. Rejeição. Inconstitucionalidade. Ofensa à igualdade e à não-discriminação. Procedência da ação [...]. Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 15/03/2018, publicado no DJ-E em 08/03/2019, Ata nº 24/2019;

_____. (d) Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.297/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, ação distribuída em 27/12/2019, disponível em <http://portal.stf.jus.br/>, acessado em 15/02/2020;

_____. (c) Tribunal Superior Eleitoral. Portaria nº 114. Brasília, DF: Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, 2019;

CARREIRÃO. Yan de Souza. O Sistema partidário brasileiro: um debate com a literatura recente. In: **Revista Brasileira de Ciência Política**, Nº 14, Brasília, maio/agosto de 2014, pp. 255-295;

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001;

CORRADO, Anthony. Money and Politics: A history of Federal Campaign Finance Law. In: CORRADO, Anthony et al. **The New Campaign Finance Sourcebook**. Washington, D.C: Brookings Institution Press, 2005, pp. 7/47;

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 1ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002;

_____. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999;

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001;

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução: Juliana Lemos. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010;

Estados Unidos da América. Suprema Corte dos Estados Unidos. United State vs. Carolene Products Co, 304, U.S. 144, julgado em 25/04/1938, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/>, acessado em 09/02/2020;

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos. Reynolds v. Sims, 377, U.S. 533, julgado em 15/06/1964, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/377/533/>, acessado em 09/02/2020;

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos. Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1, julgado em 30/01/1976, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/424/1/>, acessado em 10/02/2020;

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos. McConnell v. Federal Election Commission, 540 U.S. 93, julgado em 10/12/2003, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/540/93/>, acessado em 10/02/2020;

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos. Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310, julgado em 21/10/2010, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/558/310/>, acessado em 10/02/2020;

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**: Formação do patronato político brasileiro, volumes 1 e 2. 8ª edição. São Paulo: Globo, 1989;

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. A Crise Atual e o Debate Institucional. In: **Novos Estudos**, CEBRAP, São Paulo, vol. 36, nº 3, Novembro, 2017, pp. 79/97;

_____. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001;

GUARNIERI, Fernando. Comportamento Eleitoral e Estratégia Partidária nas Eleições Presidenciais no Brasil (2002-2010). In: **OPINIÃO PÚBLICA**, Campinas, vol. 20, nº 2, agosto, 2014, pp. 157/177;

GUARNIERI, Fernando; LIMONGI, Fernando. Competição partidária e voto nas eleições presidenciais no Brasil. In: **Opinião Pública**, Campinas, vol. 21, nº 1, abril, 2015, pp. 60/86;

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta Dos Intérpretes Da Constituição: Contribuição Para A Interpretação Pluralista E “Procedimental” Da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. 1ªed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997;

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012;

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003;

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987;

LACOMBE, Margarida Maria. **Os Fatos Legislativos na Jurisdição Constitucional**. Disponível em <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/LACOMBE%20Os%20Fatos%20Legislativos%20na%20Jur%20isdic%CC%A7a%CC%83o%20Constitucional%20x.pdf>, acessado em 10/02/2020;

_____. Argumentação Empírica na Jurisdição Constitucional. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes, et. all. (Org.). **Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018;

LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 331-372, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56328;

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil. 7ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2012;

LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil de. (org.). **O sistema partidário brasileiro**: diversidade e tendências. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1997;

LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil de. **Instituições Políticas Democráticas**: O Segredo da legitimidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997;

LIMONGI, Fernando. Governo representativo e democratização: revendo o debate. In: **Sinais Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 9, nº 27, jan-abr, 2015, pp. 95/126;

LINDAHL, Lars. **Postion and Change**. A Study in Law and Logic. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1977;

MAINWARING, Scott P. **Sistemas partidários em novas democracias**: o caso do Brasil; tradução de Vera Pereira. Porto Alegre: Mercado Aberto, 2001. Rio de Janeiro: FGV;

MAINWARING, Scott; TORCAL, Mariano. Teoria e institucionalização dos sistemas partidários após a terceira onda de democratização. In: **Opinião Pública**, Campinas, Vol. XI, nº 2, Outubro, 2005, p. 249-286, p. 250;

MANIN, Bernard. **The Principles of Representative Government**. New York: Cambridge University Press, 1997;

MARTINS, Fernando Barbalho. **Do Direito à Democracia**: Neoconstitucionalismo, Princípio Democrático e a Crise no Sistema Representativo. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação - Série Produção Científica**. São Paulo: Saraiva, 2011;

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014;

_____. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014;

MULHOLLAND, Timothy; RENNÓ, Lúcio R. (Org.) **Reforma política em questão**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

NEVES, António Castanheira. **Metodologia Jurídica: Problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993;

NICOLAU, Jairo Marconi. Notas sobre os quatro índices mais utilizados nos estudos eleitorais. *In*: LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil de. (org.). **O sistema partidário brasileiro: diversidade e tendências**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1997, pp. 313-320.

_____. **Representantes de quem? Os (des)caminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2017;

PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Justiça Constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2012;

PERRONE, Patrícia. **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015;

POTTER, Trevor. The Current State of Campaign Finance Law. *In*: CORRADO, Anthony et al. **The New Campaign Finance Sourcebook**. Washington, D.C: Brookings Institution Press, 2005, pp. 48/90;

REALE, Miguel. **Direito como experiência**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992;

RICUPERO, Bernardo. **Sete lições sobre as interpretações do Brasil**. 2ª Edição. São Paulo: Alameda, 2008;

ROCHA, Marta Mendes; SILVA, Raquel Gonçalves. A agenda da reforma política no Brasil: autores, objetivos, êxito e fracasso (1988-2010). **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº16. Brasília, janeiro - abril de 2015, pp. 213-246;

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 2ª Edição. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2007;

_____. **Logica de Las Normas**. Tradução de Jose S. P. Hierro. Madrid: Tecnos, 1971;

SCHAUER, Frederick. Judicial supremacy and the modest Constitution. In: **California Law Review**, v. 93, p. 1.045/1.067, 2004;

SEARLE, John R.. **Actos de Habla**: ensayo de filosofia del lenguaje. Tradução de Luis M. Valdés Villanueva;

SGARBI, Adrian. **Introdução à teoria do direito**. 1º edição. São Paulo: Marcial, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015;

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017;

TARUFFO, Michele. **A Prova**. Tradução João Gabriel Couto. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014;

TELLES, Olivia Raposo da Silva. **Direito Eleitoral Comparado**: Brasil, Estados Unidos e França. São Paulo: Saraiva, 2009;

VIEIRA, Oscar Vilhena. GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017;

WINTER, Ralph K. The History and Theory of Buckley v. Valeo. *In: Journal of Law and Policy*. Vol 6, nº 1, janeiro de 1997, disponível em <
<https://brooklynworks.brooklaw.edu/jlp/vol6/iss1/7/>>, acessado em 15/01/2020.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

APÊNDICE A – RELATÓRIO DOS JULGADOS

Cláusula de Barreira

1. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.063

Processo:	Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.063
Requerente:	Partido Renovador Trabalhista Brasileiro
Requerido:	Presidente da República, Câmara dos Deputados e Senado Federal
Relator	Ministro Celso de Mello
Dispositivo legal questionado	Emenda Constitucional nº 97/2017.
Dispositivo constitucional supostamente violado	Art. 1, “caput”, II, III e IV e § único; art. 5º, “caput” e XXXVI e §2º; art.14, “caput” e III e §3º, V; art. 17, I e II, §§ 1º e 3º; art. 60, §4º, II e IV.

A ADI 6.063 foi ajuizada com a finalidade de se obter a declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 97/2017, que estabeleceu a cláusula de barreira como requisito a ser observado no sistema eleitoral pátrio. Aduziu o proponente que a adoção do referido texto normativo confronta elementos tidos como cláusulas pétreas da constituição, como é o caso do pluripartidarismo, por exemplo.

De acordo com a fundamentação esboçada pelo PRTB, a EC 97 mostra-se também como um impedimento do livre exercício da vida política, configurando uma clara violação ao regime democrático e, em uma leitura mais atenta, à própria dignidade da pessoa humana, haja vista que a cláusula de barreira promove uma segregação de grupos políticos minoritários, fortalecendo ainda mais os partidos hegemônicos.

2. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.056

Processo:	Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.056
Requerente:	Rede Sustentabilidade
Requerido:	Câmara dos Deputados e Presidente da Câmara dos Deputados

Relator	Ministro Ricardo Lewandowski
Dispositivo legal questionado	Arts. 1º, 2º, 3º e 6º, parágrafo único, da Resolução nº 30, de 12 de dezembro de 2018.
Dispositivo constitucional supostamente violado	Art. 1º, § único, V; art. 5º, “caput”; art. 17, “caput”, IV e §3º; art. 58, §1º.

A ADI 6.056 foi proposta com a finalidade de ver declarada a inconstitucionalidade dos arts. 1º, 2º e 3º; e do parágrafo único do art. 6º da Resolução nº 30 de 2018, que impôs limitações de acesso ao funcionamento dos partidos que não alcançaram os requisitos fixados na cláusula de desempenho. Os dispositivos impugnados dizem respeito mais especificamente à impossibilidade do exercício de liderança por parte de partidos que não tenham alcançado as imposições da cláusula de barreira e de alguns outros cargos e funções, como se observa do art. 9º, §4º, do Regimento interno da Câmara dos Deputados; e do art. 3º da Resolução 30/2018.

Sustentou o proponente que essa orientação normativa se mostra contrária à própria previsão trazida pelo constituinte derivado na EC 97/2017, instituidora da cláusula de desempenho. Conforme arguido na inicial, não há que se falar nesse tipo de limitação, uma vez que nem mesmo o texto constitucional incluído pela emenda chegou a estabelecer tais restrições.

(...) evidencia-se, que a EC n. 97/2017, em nenhum momento condiciona o funcionamento e representação dos partidos políticos ao preenchimento dos requisitos estabelecidos no Art.17 § 3º da CF/88 (CLÁUSULA DE DESEMPENHO), muito pelo contrário, pelo acompanhamento da tramitação da proposta de emenda, verifica-se, claramente que esse não foi o objetivo da norma, sendo destacado no substitutivo n.5, que o texto proposto e aprovado referia-se tão somente ...ao direito a distribuição de recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão. Não estabelecendo, portanto, novos critérios para aferição do direito de preencher cargos no Poder legislativo nem para funcionamento parlamentar de partidos políticos. (BRASIL, 2019, p. 11 da inicial).

A aplicação dessas inovações provocaria impactos negativos que afetaram diretamente os partidos menores, violando, no entender do proponente, princípios basilares do sistema eleitoral brasileiro, como o pluralismo partidário, a isonomia e a liberdade atribuída pelo art. 17, IV, da Constituição.

Filiação partidária – Fidelidade Partidária

3. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.081

Processo:	Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.081
Requerente:	Procurador-Geral da República
Requerido:	Tribunal Superior Eleitoral
Relator	Ministro Joaquim Barbosa
Dispositivo legal questionado	Art. 10; art. 13, § único, da Resolução nº 22.610/07.
Dispositivo constitucional supostamente violado	Art. 2º; Art. 5º, II; Art. 22, I; Art. 48; Art. 60, §4º, III; Art. 84, IV; Art. 121; Art. 128, §5º; Art. 129, IX.

O Tribunal Superior Eleitoral fora provocado para responder a uma consulta feita pelo antigo PFL acerca da exegese do art. 108, da Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral). Pretendia o partido saber se o cargo decorrente das eleições proporcionais pertenceria ao Partido Político e à Coligação ou ao Candidato Eleito. Naquela oportunidade, a Corte Eleitoral manifestou a sua compreensão no sentido de que os cargos pertenciam aos partidos e às coligações, na hipótese do candidato eleito se desfiliar do partido, sem justa causa.

A Judicialização do tema se deu por três Mandados de Segurança impetrados pelos partidos políticos Partido Popular Socialista – PPS, autuado sob o nº 26.602 e distribuído ao Relator Ministro Eros Grau; Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, nº 26.603, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello; e Democratas, nº 26.604 com relatoria da Ministra Cármen Lúcia. A autoridade coatora era o Presidente da Câmara dos Deputados, o qual se negava a dar efetividade à interpretação do Tribunal Superior Eleitoral, mantendo, com isso, os candidatos eleitos nos cargos, mesmo com a desfiliação partidária.

Neste ensejo, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que “O abandono de legenda enseja a extinção do mandato parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguição políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitora”, que só teria eficácia após a consulta, isto é, em 27/03/2007.

Ressalta-se que o Presidente da Câmara dos Deputados se recusava a dar efetividade à decisão do Tribunal Superior Eleitora, por não vislumbrar legitimidade na atuação da Corte

Eleitoral, já que criara requisitos estranhos ao texto constitucional. Ou seja, a produção normativa da corte ainda não era capaz de convencer os demais atores políticos. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal fora novamente convidado para reconhecer a constitucionalidade da Resolução nº 22.610/07, do Tribunal Superior Eleitoral, o qual teria sido responsável pela regulamentação da filiação partidária. Desta vez, o Partido Social Cristão – PSC e a Procuradoria-Geral da República ajuizaram duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, autuadas, respectivamente, sob o nº 3.999 e 4.086 e distribuídas ao Relator Ministro Joaquim Barbosa.

O Supremo Tribunal Federal alterou o entendimento em relação às resoluções proferidas pelo Tribunal Superior Eleitoral, para então conhecer as ações de controle de constitucionalidade concentrado. No mérito, a maioria do Plenário reconheceu a validade da Resolução nº 22.610/07 do TSE, para então restar instituída a *fidelidade partidária*.

Feita essa introdução acerca do tema, cabe ressaltar que a ADI 5.081 foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República com o intuito de discutir a inconstitucionalidade material da Resolução 22.733/2008, que versa em sentido mais amplo sobre o instituto da fidelidade partidária. Nesse sentido, aduziu o proponente que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha declarado a constitucionalidade da referida fonte jurídica, a análise pretérita não levou em consideração a abrangência do instituto nos casos de eleições majoritárias.

A tese esboçada pelo proponente e as menções a votos de ministros nos julgados já mencionados demonstram que há uma estreita relação entre o princípio da representatividade e as peculiaridades do sistema proporcional, o que acarreta numa determinada leitura da fidelidade partidária nestes casos – que não deve, entretanto, ser da mesma forma em casos diferentes. O parlamentar eleito através do sistema proporcional que eventualmente abandone a sua legenda deverá sofrer sanções, que decorrem exatamente da violação ao princípio norteador das eleições proporcionais. Porém, daí não se pode deduzir que o instituto da fidelidade partidária deve se aplicar de modo idêntico aos parlamentares que ascenderam aos seus cargos através do sistema majoritário.

Em acórdão proferido sob a relatoria do Ministro Barroso, o Supremo acatou os argumentos do proponente, sustentando que a lógica e a dinâmica do sistema majoritário são diversas daquelas que se observam no sistema proporcional, razão pela qual se deu provimento aos pedidos para declarar a inconstitucionalidade dos excertos impugnados da Resolução 22.610/2007, do TSE.

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.398

Processo:	Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.398
Requerente:	Rede Sustentabilidade
Requerido:	Presidente da República, Câmara dos Deputados e Senado Federal
Relator	Ministro Roberto Barroso
Dispositivo legal questionado	Art. 3º, da Lei nº 13.165/2015, na parte referente à inclusão do art. 22-A na Lei nº 9.096/95.
Dispositivo constitucional supostamente violado	Art. 1, “caput”, art. 14, art. 17 e art. 60, §4, II

O partido Rede Sustentabilidade propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o art. 3º, da Lei nº 13.165/2015, referente à inclusão do art. 22-A, na Lei 9.096/95, responsável pela fixação das hipóteses de desfiliação partidária por justa causa. O dispositivo constitucional apontado foi o art. 17 da Constituição da República, que consagra o princípio da liberdade de criação de partidos como expressão do pluralismo político, do regime democrático e de outros princípios constitucionais. O tratamento hermenêutico dado ao dispositivo é no sentido de se retirar uma proibição em face do Estado para estabelecer quaisquer limitações a liberdade dos partidos políticos.

Cumprе contextualizar que o registro de criação do Partido REDE Sustentabilidade ocorreu em 22/09/2015, uma semana antes da publicação da Lei nº 13.165/2015. Ou seja, no decorrer do “prazo máximo de trinta dias contados do deferimento do registro do estatuto partidário para que os detentores de mandato eletivo filiem-se à nova agremiação”, as regras foram alteradas, gerando uma insegurança ao recém filiados à REDE. Isso decorreu da posição restritiva imposta pela Lei, valendo a comparação entre a Resolução nº 22.610/07 e a redação do art. 22-A, da Lei nº 9.096/95:

Resolução nº 22.610/07:

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

§ 1º - Considera-se justa causa:

I) incorporação ou fusão do partido;

- II) criação de novo partido;
- III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;
- IV) grave discriminação pessoal.

Inclusão feita pela Lei nº 13.165/15 na Lei nº 9.096/95:

Art. 22-A. Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito.

Parágrafo único. Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses:

- I - mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;
- II - grave discriminação política pessoal; e
- III - mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente

Ante tal particularidade, restou suscitada pelo partido a violação ao *direito adquirido* do prazo de trinta dias para desfiliação partidária por justa causa, na forma do art.1º, §1º, II, da Resolução nº 22.610/07, interpretado com base na Consulta nº 735-35/DF, do Tribunal Superior Eleitoral.

Em apreciação da Medida Cautelar, sob relatoria do Ministro Barroso e, posteriormente, referendada pelo Plenário, restaram acolhidas as teses apresentadas pelo partido para determinar a devolução integral do prazo de 30 (trinta) dias para filiações aos partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral até a data da entrada em vigor da Lei nº 13.165/2015. Remanesce, portanto, ao Supremo Tribunal Federal a obrigação de interpretar o art. 17º, da Constituição Federal, para definir se a Lei, ao não dispor da hipótese desfiliação partidária por criação de novo partido, viola o princípio da livre criação de partidos políticos.

Financiamento de Campanhas

5. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.795

Processo:	Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.795
Requerente:	Partido Social Liberal - PSL
Requerido:	Presidente da República, Câmara dos Deputados e Senado Federal
Relator	Ministra Rosa Weber
Dispositivo questionado	legal Art. 16-C, <i>caput</i> , II, da Lei 9.504/97, incluído pela Lei 13.487, de 6 de outubro de 2017.

Dispositivo constitucional supostamente violado	Art. 17, §3º.
--	---------------

A ADI 5.795 foi ajuizada pelo Partido Social Liberal – PSL, com o intuito de impugnar o texto normativo imposto pela Lei nº 13.487/2017, que dispõe acerca do fundo de financiamento de campanha, em especial aquele que promoveu a inclusão do art. 16-C, II, da Lei 9.504/1997:

Art. 16-C. O Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) é constituído por dotações orçamentárias da União em ano eleitoral, em valor ao menos equivalente:

(...)

II - a 30% (trinta por cento) dos recursos da reserva específica de que trata o inciso II do §3º do art. 12 da Lei nº 13.473, de 8 de agosto de 2017.

O fundamento central da tese esboçada pelo proponente é a alegada inconstitucionalidade formal, tendo em vista que quaisquer inovações legislativas que visem estabelecer uma nova fonte de recursos públicos destinados a pessoas jurídicas de direito privado devem ser feitas por intermédio de emenda constitucional para que possam ter validade. Isto porque a Constituição, em seu art. 17, §3º, estabeleceu que o fundo partidário é a única fonte de recursos públicos dos partidos políticos, sendo sustentada a inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais que incluam outras fontes.

Conforme esboçado na peça inicial do PSL, o fundo de financiamento de campanha foi criado por meio de lei ordinária, sendo evidente a inconstitucionalidade formal do novo instituto. Ademais, alegou-se ainda o vício de inconstitucionalidade material no que diz respeito ao percentual disposto no art. 16-C, II.

(...) Noutras palavras, 30% de recursos da União que, por força do art. 23 da Constituição, devem ser aplicados em áreas como saúde, educação, habitação e saneamento básico dos Estados membros e do Distrito Federal, passam, em vez disso, e graças à lei do FEFC, a custear partidos e seus candidatos nas campanhas eleitorais já a partir de 2018. (BRASIL, 2017, p. 5 da inicial).

Além dos fundamentos apresentados, o proponente recorreu a dados estatísticos que ressaltam o impacto negativo do FEFC no orçamento anual da administração pública e, conseqüentemente, a baixa adesão popular à inovação legal. Os autos ainda não foram apreciados e, no momento, encontram-se conclusos ao relator.

6. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.297

Processo:	Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.297
Requerente:	PODEMOS
Requerido:	Presidente da República, Câmara dos Deputados e Senado Federal
Relator	Ministro Marco Aurélio
Dispositivo legal questionado	Art. 2º; art. 4º e art. 5º da Lei Federal nº 13.877/2019.
Dispositivo constitucional supostamente violado	Art. 16; art. 17 §5º; arts. 107 e 113 da ADCT.

A ADI 6.297 foi proposta pelo partido PODEMOS em face de alguns excertos da Lei Federal nº 13.877/2019, que dispunham sobre as regras aplicadas às eleições. Os pontos impugnados diziam respeito aos seguintes temas: (i) montante do fundo eleitoral de financiamento de campanha; (ii) distribuição do fundo eleitoral de financiamento de campanha; (iii) inelegibilidade superveniente ao registro; e (iv) extensão de anistia por doações ilícitas.

O primeiro tema diz respeito à redação do art. 16-C, II, da Lei 9504/97, inovada pelo art. 2º da Lei 13.877/2019 para, na visão do proponente, permitir o aumento indiscriminado do Fundo Especial de Financiamento de Campanha. Nota-se que a redação anterior previa como valor para constituição do FEFC, o percentual de 30% dos recursos da reserva específica, enquanto a inovação alterou o dispositivo para prever o *percentual do montante total dos recursos da reserva específica*.

A violação se mostra visível porque o dispositivo mencionado não levou em conta o limite imposto pelo teto de gastos para despesas dessa natureza – limite este imposto pelo novo regime fiscal, trazido pela Emenda Constitucional 95/2016. Aduziu que a não declaração de inconstitucionalidade deste dispositivo pode acarretar no crescimento descontrolado dessa despesa pública, que não encontra se encontra ressalvada no teto do novo regime fiscal instituído.

Quanto ao segundo tema, atacaram-se os seguintes dispositivos:

(...) § 3º Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, a distribuição dos recursos entre os partidos terá por base o número de representantes eleitos para a Câmara dos Deputados **na última eleição geral, ressalvados os casos dos detentores de mandato que migraram em razão de o partido pelo qual**

foram eleitos não ter cumprido os requisitos previstos no § 3º do art. 17 da Constituição Federal.

§ 4º Para fins do disposto no inciso IV do caput deste artigo, a distribuição dos recursos entre os partidos terá por base o número de representantes eleitos para o Senado Federal **na última eleição geral**, bem como os Senadores filiados ao partido que, **na data da última eleição geral**, encontravam-se n.º 1º (primeiro) quadriênio de seus mandatos.

De acordo com o proponente, a fixação de regra para senadores acabou por levar em conta o partido a que estavam filiados na data da eleição, desconsiderando que o mandato de senador, por decorrer de eleição majoritária, pertence ao próprio titular do mandato, e não ao partido, como ocorre no caso dos deputados. Assim, o tratamento igualitário entre deputados, eleitos através de sistema proporcional, e senadores, eleitos nominalmente através de sistema majoritário, se mostra incompatível com os ditames constitucionais e com os princípios que regem o sistema eleitoral brasileiro.

Outra inconstitucionalidade suscitada pelo proponente diz respeito à ressalva feita para os deputados que migraram de partido sob o fundamento de que seus partidos não atingiram a cláusula de barreira. Aqui, destaca o ajuizador da ação, houve uma violação ao princípio da proporcionalidade na medida em que o mandato de deputado passa a ser ligado ao partido, em contraste com o art. 17, §5º, da CRFB, que diz, *ipsis litteris*:

§ 5º Ao eleito por partido que não preencher os requisitos previstos no § 3º deste artigo **é assegurado o mandato e facultada a filiação, sem perda do mandato**, a outro partido que os tenha atingido, não sendo essa filiação considerada para fins de distribuição dos recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e de televisão.

O terceiro ponto, que trata da inelegibilidade superveniente ao registro, busca discutir a inconstitucionalidade da redação dos §§ 1º e 2º, do art. 262, a saber:

(...) § 1º A inelegibilidade superveniente que atrai restrição à candidatura, se formulada no âmbito do processo de registro, não poderá ser deduzida no recurso contra expedição de diploma.

§ 2º A inelegibilidade superveniente apta a viabilizar o recurso contra a expedição de diploma, decorrente de alterações fáticas ou jurídicas, deverá ocorrer até a data fixada para que os partidos políticos e as coligações apresentem os seus requerimentos de registros de candidatos.

Argumenta o proponente que tal dispositivo contraria a própria ordem constitucional vigente, que estabelece casos de inelegibilidade diante da comprovação de alguns cenários. A limitação dessa inelegibilidade ao momento do requerimento de registro significa permitir que

candidatos inelegíveis na data da eleição sejam eleitos. Sobre este ponto, destaque-se o trecho abaixo:

A Constituição foi clara ao prever que haveria casos de inelegibilidade, ou seja, candidatos que não poderiam ser eleitos em razão de, entre outras coisas, malferirem a probidade e a moralidade. Embora o registro seja um momento privilegiado para a verificação dessas causas, não se pode vedar a apreciação de fatos supervenientes a esse mesmo registro que venham a tornar o candidato insuscetível de ser eleito. Se houvesse a limitação até esse momento dir-se-ia do candidato simplesmente irregistrável, e não inelegível. (BRASIL (d), 2019, p. 10).

Neste sentido, o proponente sustentou ainda que, por se tratarem de normas modificativas que trarão forte impacto à competição eleitoral, a aplicação de tais dispositivos só deveria se dar a partir das eleições de 2022, em estrita observância ao princípio da anualidade. Por essa razão, foi requerida a tutela antecipada para inviabilizar a aplicação dessas modificações nas eleições municipais de 2020.

Por último, alegou-se ofensa à coisa julgada, pois a determinação de anistia prevista pela Lei estendia-se até mesmo “*aos processos que se encontram em fase de execução judicial*”.

Quociente Eleitoral

7. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.420

Processo:	Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.420
Requerente:	Procuradoria-Geral da República
Requerido:	Presidente da República, Câmara dos Deputados e Senado Federal
Relator	Ministro Dias Toffoli
Dispositivo legal questionado	Art. 4º da Lei 13.165/2015, no trecho que deu nova redação ao art. 109, I a III, do Código Eleitoral.
Dispositivo constitucional supostamente violado	Art. 1º, § único; art. 45, “caput” e §1º.

A presente ADI foi proposta pelo Procurador-Geral da República, requerendo a inconstitucionalidade do art. 4º da Lei 13165/2015, que deu nova redação ao art. 109, incisos I

a III do Código Eleitoral, para tratar das regras norteadoras que devem ser observadas na distribuição dos lugares não preenchidos com a aplicação do quociente partidário. Alegou-se a inconstitucionalidade por afronta aos arts. 1º, parágrafo único, e 45, *caput*, §1º, da Constituição, este último tratando sobre a composição da Câmara dos Deputados.

A discussão se dá no âmbito das eleições proporcionais, devendo ser levada em consideração, neste caso, a exigência de percentual mínimo para que os candidatos a deputado sejam eleitos, conforme novidades trazidas pela reforma eleitoral (Lei 13.165/2015).

8. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.920

Processo:	Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.420
Requerente:	Partido Ecológico Nacional – PEN
Requerido:	Presidente da República, Câmara dos Deputados e Senado Federal
Relator	Ministro Luiz Fux
Dispositivo legal questionado	Art. 4º da Lei 13.165/2015, no trecho que deu nova redação ao art. 108, do Código Eleitoral.
Dispositivo constitucional supostamente violado	Art. 1º, § único; art. 45, “caput” e §1º.

O Partido Ecológico Nacional propôs a presente medida judicial com a intenção de obter a declaração de inconstitucionalidade do art. 4º, da Lei nº 13.165/15, responsável por conceder uma nova redação o art. 108, da Lei nº 4.737/65, conforme se observa na redação a seguir:

Art. 108. Estarão eleitos, entre os candidatos registrados por um partido ou coligação que tenham obtido votos em número igual ou superior a 10% (dez por cento) do quociente eleitoral, tantos quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido.

Na percepção do Requerente, essa alteração normativa estaria em desacordo com o princípio democrático, ao sistema eleitoral proporcional, de modo a causar “enfraquecimento da soberania popular e da democracia representativa, levando a um enorme desperdício de votos válidos”.

Por unanimidade, o plenário do Supremo Tribunal Federal atestou a constitucionalidade da mudança trazida pela Lei nº 13.165/15, por reconhecer que se tratava de uma medida do

legislador para combater a figura do “puxador de votos”, sendo um dos vícios *sistema eleitoral proporcional*.

9. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.947

Processo:	Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.947
Requerente:	Democratas – DEM
Requerido:	Presidente da República, Câmara dos Deputados e Senado Federal
Relator	Ministro Marco Aurélio
Dispositivo legal questionado	Art. 109, §2º do Código Eleitoral, com redação dada pelo art. 3º da Lei 13.488/2017.
Dispositivo constitucional supostamente violado	Art. 27, §1º; art. 32, §3º; art. 45.

A ADI nº 5.947 foi proposta pelo DEM com o intuito de ver declarado inconstitucional o § 2º do art. 109 do Código Eleitoral, com redação dada pelo art. 3º da Lei 13.488/2017. Alegou-se, no mérito, a inconstitucionalidade material do dispositivo impugnado, que trazia as hipóteses de distribuição das vagas que não haviam sido preenchidas com a aplicação dos quocientes partidários, abrindo para que todos os partidos e coligações pudessem concorrer, desde que tivessem participado do pleito, conforme redação abaixo.

Art. 109. Os lugares não preenchidos com a aplicação dos quocientes partidários e em razão da exigência de votação nominal mínima a que se refere o art. 108 serão distribuídos de acordo com as seguintes regras:

(...)

§ 2º Poderão concorrer à distribuição dos lugares todos os partidos e coligações que participaram do pleito.

Conforme sustentado pelo proponente, a sistemática adotada pelo Código Eleitoral, em consonância com a Constituição, prevê o protagonismo dos partidos, conferindo-lhes um amplo espaço na democracia. Esse protagonismo se manifesta com maior clareza no sistema proporcional, quando as agremiações partidárias sobressaem em face dos próprios candidatos a elas vinculados. Nesta hipótese, o instituto do quociente eleitoral, que se impõe como requisito para que os candidatos sejam eleitos, demonstra ainda mais a relevância dos partidos no âmbito político nacional. Nota-se, até mesmo, uma preponderância dos partidos sobre a individualidade

de seus candidatos, uma vez que a votação nominal, por si só, ainda que expressiva, não basta para garantir a eleição dos postulantes ao parlamento. (BRASIL (b), 2018, p. 8).

O problema na redação legislativa impugnada se mostra pela contrariedade a esses apontamentos, que são fundamentais no sistema eleitoral brasileiro. Assim, aduziu o proponente que houve afronta direta aos arts. 27, §1º; 32, §3º; e 45, da Carta Magna. Ademais, houve também uma clara violação à lógica do sistema proporcional concebido pelo constituinte originário. Neste sentido, destaque-se a redação do §2º do art. 109, Código Eleitoral, antes da reforma promovida pela Lei 13.488/2017:

§2º Somente poderão concorrer à distribuição dos lugares os partidos ou as coligações que tiverem obtido quociente eleitoral.

Neste paralelo comparativo, observa-se com maior clareza o erro do legislador ao instituir novas regras para a distribuição dos lugares não preenchidos, sem levar em consideração os princípios norteadores por trás do jogo eleitoral. A flexibilização trazida pela reforma legislativa, nas palavras do proponente, distorceu

ainda mais o sistema eleitoral proporcional vigente”, na medida em que “permite que agremiações sem um mínimo razoável de representatividade democrática consigam eleger parlamentares, contribuindo, assim, para a contínua proliferação de agremiações com frágil ou nenhum conteúdo ideológico (BRASIL (b), 2018, p. 12).

Sustentou-se, ainda, que a recente Emenda Constitucional nº 97/2017, que criou a cláusula de desempenho (art. 17, CRFB/88), garante maior força aos argumentos apresentados. Afinal, a exigência do quociente eleitoral para que se concorra à distribuição dos lugares no parlamento, nada mais é do que uma cláusula de desempenho instituída previamente, exigindo consistência partidária para que o modelo representativo e a própria democracia sejam fortalecidos. A novel legislação, ao permitir que partidos esvaziados de representação concorram às cadeiras vazias do parlamento, viola também a essência do conjunto de regras instituído pela EC 97/2017.

A argumentação contrária, segundo se observa do relatório da decisão monocrática, defendeu que o dispositivo impugnado estava em conformidade com os princípios da igualdade e do pluripartidarismo, na medida em que assegurou com mais afinco a representatividade de minorias no parlamento. Destacou-se, ainda, que as regras concernentes ao sistema eleitoral neste sentido são de competência do legislador ordinário.

A decisão monocrática, proferida pelo ministro Marco Aurélio, levou-se em consideração a preferência do constituinte originário pela combinação dos sistemas majoritário e representativo para formar a base do modelo eleitoral brasileiro. O preenchimento das cadeiras no sistema representativo deve ser organizado pelo legislador, que precisa delinear o melhor quadro possível para possibilitar o aperfeiçoamento do jogo eleitoral. Portanto, destacou o ministro que

em quadra marcada por profunda crise de representatividade política, presente o distanciamento entre as pretensões e os anseios sociais e as ações concretas dos mandatários políticos, tem-se em jogo matéria sensível, no que ligada ao controle de constitucionalidade de regra atinente ao aperfeiçoamento do sistema eleitoral brasileiro.

É nesse contexto que se insere a preocupação de regulamentar algum mecanismo para a partilha das sobras eleitorais decorrentes do modelo eleitoral proporcional. O legislador ordinário optou por retirar do texto original a exigência que dizia respeito à obtenção de votação mínima correspondente ao quociente eleitoral, promovendo um alargamento nas possibilidades de preenchimento das cadeiras no parlamento através do sistema representativo.

O fundamento da argumentação apresentada pelo ministro Marco Aurélio na sua decisão monocrática está pautado pelo conceito de pluralismo político e de ampliação do sufrágio universal, que culmina num alargamento da representatividade dentro do parlamento, conforme se observa do trecho abaixo:

(...) Eis a razão de ser da opção constituinte pelo sistema representativo, consideradas as eleições parlamentares: viabilizar a participação das minorias na formação da “vontade geral” da Nação, tomando de empréstimo a locução consagrada por Jean-Jacques Rousseau, mediante o afastamento do puro e simples critério majoritário, levando-se em conta a proporcionalidade dos votos atribuídos às diversas facções político-ideológicas.

Entendendo que tal organização depende exclusivamente do congresso nacional, aduziu que a limitação imposta pela redação original se mostrava como *uma dentre as várias fórmulas possíveis para disciplinar a distribuição das cadeiras não preenchidas*, sendo possível a adoção posterior de outros critérios, desde que amparados pelos princípios e diretrizes do modelo proporcional. Sobre isso, é esclarecedor o fundamento do dispositivo dado pela deputada federal Alice Portugal, destacado em trecho da decisão em comento:

O quociente eleitoral é uma regra perversa porque retira a possibilidade de candidatos muito bem avaliados nas eleições assumirem cadeiras no parlamento. Além de impedir o acesso universal de todos os candidatos, o quociente privilegia as grandes forças políticas em detrimento dos pequenos partidos.

A despeito de todas as observações acerca do empenho legislativo na recente busca pela redução dos partidos com representação congressual, que se mostra com mais clareza nas já mencionadas alterações promovidas pela EC 97/2017, o ministro Marco Aurélio alegou que tais discussões não são cabíveis no âmbito de controle de constitucionalidade, mas na arena política, através de debates parlamentares. Dessa forma, invocando o princípio da separação de poderes e entendendo que tal discussão se limitava, da forma como se apresentou, tão somente à seara política, cabendo ao congresso nacional instituir diretrizes para o aperfeiçoamento do sistema.

Preservado o núcleo essencial do sistema representativo e proporcional, descabe ao Supremo, em sede liminar, atuar como fonte de direito, observados os limites impostos pela Lei das leis, a Constituição Federal. Isso não significa demitir-se do papel contramajoritário. Tampouco conduz à conclusão de que toda e qualquer modificação no sistema eleitoral está imune à jurisdição constitucional exercida pelo Supremo (...).

Portanto, julgou-se improcedente o pedido de liminar, apreciado por decisão monocrática, tendo sido a ADI remetida para posterior decisão definitiva em plenário.

Organização Partidária

10. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.875

Processo:	Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.875
Requerente:	Procuradoria-Geral da República
Requerido:	Presidente da República, Câmara dos Deputados e Senado Federal
Relator	Ministro Luiz Fux
Dispositivo questionado	legal Art. 1º da Emenda Constitucional nº 97/2017.

Dispositivo constitucional supostamente violado	Art. 1º, <i>caput</i> ; art. 14, §3º, V; art. 17, <i>caput</i> , I; art. 60, §4º, II e IV.
--	--

De iniciativa da Procuradoria Geral da República, a ADI buscava a tutela jurisdicional do Supremo para que fosse dada interpretação conforme a constituição ao art. 1º da emenda constitucional 97/2017. Tal dispositivo alterava o § 1º do art. 17 da CRFB, disciplinando sobre a autonomia partidária para estabelecer a duração de seus próprios órgãos provisórios.

Sustentando que partido político e democracia são conceitos inextrincáveis um do outro, argumentou a proponente que a conjuntura política insculpida na carta magna pelo constituinte originário deve ser preservada, assegurando o judiciário que as reformas promovidas na constituição sejam pontuais e apenas com o intuito de preservar o próprio espírito norteador da carta fundamental.

Dessa forma, aduziu a PGR que a norma impugnada representaria afronta à constituição, posto que causaria uma deturpação do caráter nacional dos partidos. O argumento central se fundamenta na diferenciação entre autonomia e soberania, sendo certo que os partidos gozam apenas da autonomia, devendo, contudo, se manterem no espectro de suas limitações impostas pela constituição.

A primeira parte da novel redação assegurava a autonomia para que os partidos “definiram sua estrutura interna e [estabelecessem] regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios”. No entanto, quando a lei possibilita que o partido fixe a duração de seus órgãos provisórios, entendeu o proponente que se violou até mesmo cláusula pétrea do art. 60, § 4, II e IV, deturpando o sistema de direitos fundamentais de ordem política.

A permissão para que os partidos tenham total liberdade para dispor sobre o prazo de validade dos seus órgãos abriria um enorme espaço para a concentração de poder, obstando a renovação política municipal e estadual.

Com efeito, em alguma medida, o eleitor tem uma posição passiva na democracia partidária, já que ele vota em candidatos selecionados pelos partidos. Uma organização partidária autoritária, na qual os dirigentes atuam como soberanos, pode restringir ainda mais as opções já limitadas dos eleitores, com prejuízo ao direito fundamental de participação política. (BRASIL (b), 2017, p. 6).

De início, tal previsão era fixada pelo TSE, dando validade de 120 dias aos órgãos provisórios, por entender que não se devia deixar ao alvedrio dos partidos a decisão de

estabelecer o prazo de validade dos seus próprios órgãos internos. Os autos estão conclusos ao relator, ministro Luiz Fux, desde o dia 26/11/2018, aguardando apreciação do pedido de medida cautelar.

Fusão de Partidos políticos

11. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.311

Processo:	Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.311
Requerente:	Partido Republicano da Ordem Social - PROS
Requerido:	Presidente da República, Câmara dos Deputados e Senado Federal
Relator	Ministra Carmen Lúcia
Dispositivo legal questionado	Art. 2º da Lei 13.107/2015.
Dispositivo constitucional supostamente violado	Art. 1º, <i>caput</i> , II, V e § único; art. 5º, <i>caput</i> , VIII, XVII e XX; art. 17, <i>caput</i> , §1º (primeira parte); art. 60, IV, §4º.

De iniciativa do Partido Republicano da Ordem Social – PROS, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.311 foi proposta em face do art. 2º da Lei 13.107/2015 que, segundo alegado, violaria o *caput* do art. 1º da Constituição. De acordo com o proponente, tal inovação legislativa contrariava os seguintes dispositivos constitucionais: (i) *caput*, inciso II, V e parágrafo único, do art. 1º; (ii) *caput*, incisos VIII, XVII, XX do art. 5º; (iii) *caput* e §1º, primeira parte, do art. 17; e (iv) inciso IV, do §4º, do art. 60:

A ação impugna mais especificamente dois dispositivos constantes da lei supramencionada, que alteravam a Lei dos Partidos Políticos para disciplinar sobre a criação e a fusão partidária. A nova norma impunha caráter restritivo ao que vigia anteriormente, determinando critérios qualitativos para a criação de legendas e para a fusão das agremiações políticas, além de estabelecer como pré-requisito para a fusão o tempo mínimo de 5 (cinco) anos de registro definitivo do partido junto ao TSE.

De acordo com o proponente desta ADI, a norma violaria ainda princípios constitucionais basilares do estado brasileiro, que sustentam o sistema democrático pluripartidário. Ademais, segundo sustentado na inicial, os critérios fixados pelo legislativo,

além de não serem razoáveis, ofenderam diretamente ao princípio da isonomia, instituindo tratamento diferente para partidos igualmente registrados na justiça eleitoral apenas por critérios cronológicos.

A fixação de um número mínimo de apoiantes de eleitores não filiados ao partido também implicaria numa inobservância da isonomia e no desestímulo da participação cidadã vinculada à associação política. Ora, havendo a necessidade de apoiantes de pessoas alheias ao próprio partido, isso poderia culminar no esvaziamento partidário e, por esse ponto de vista, representar empecilhos à participação popular no processo político-partidário.

A ministra Cármen Lúcia, relatora da ADI no Plenário do Supremo, entendeu que não haveria violação a normas ou a princípios constitucionais. A liminar requerida pelo proponente foi negada por maioria de votos (tendo como voto vencido o ministro Toffoli) sob o fundamento de que são constitucionais as normas que busquem o aprimoramento do sistema (BRASIL(a), 2016, pp. 30/31), visando reduzir a difusão de partidos sem expressão política e, conseqüentemente, fortalecendo uma corrida partidária mais programática (BRASIL (a), 2016 pp. 39/43).

Assim também foi interpretado o dispositivo que exigia o tempo de vida mínimo de 5 (cinco) anos para que um partido pudesse se fundir a outro. Conforme bem sintetizado no voto do ministro Fux, tal iniciativa se impõe necessária para evitar que legendas sejam criadas unicamente com o intuito de mesclarem-se a outras já existentes, afrontando diretamente o instituto da fidelidade partidária (BRASIL (a), 2016, p. 88).

As liberdades acusadas de violação pelo proponente da ação, ressalta a ministra Cármen Lúcia, não são ilimitadas. O exercício de controle quantitativo e qualitativo dos partidos pode ser exercido pelo legislativo, desde que não haja violação ao princípio da igualdade ou ingerência no funcionamento interno das agremiações políticas.

Nota-se que, embora em seu voto se reconheça a relevância e o protagonismo dos partidos políticos, é necessário enxergá-los sob o panorama do sistema eleitoral e da própria ordem democrática, o que justifica, portanto, a adoção de certas medidas com a finalidade de corrigir alguns vícios do sistema, mantendo-se o conjunto teórico-jurídico utilizado pelo constituinte para fixar as bases da estrutura do estado brasileiro.

Dentre os fundamentos utilizados na decisão, notou-se ainda que, no entender da ministra relatora, não há que se falar em inconstitucionalidade de uma norma que estabeleça requisitos tomando por base o próprio pilar da democracia constitucional.

Não se cogita, portanto, de representação constitucional legítima sem respaldo popular, pelo que não se há alvitrar de partido político legítimo, ainda que formal, sem identidade substancial com o corpo eleitoral (...) Partido político é instrumento de representação, não de substituição do representado pelo representante. Logo, sem o representado e o compromisso com a representação, o partido é uma alma à procura de um corpo (BRASIL (a), 2016, pp. 14/15).

É salutar demonstrar que, ao longo do voto, restou consignada a constitucionalidade de práxis de controle qualitativo e quantitativo sob o próprio crivo da história política brasileira (BRASIL (a), 2016, pp. 15/20). A propósito, o próprio art. 17, *caput*, da Constituição de 1988 é, em si mesmo, uma expressão do exercício desse controle quantitativo (BRASIL (a), 2016, p. 29). Concluiu-se, então, que a norma fixava requisitos e limites pautada unicamente sob o parâmetro da legitimidade representativa, que fundamenta todo o sistema político-partidário, razão pela qual se optou pela improcedência do pedido de liminar feito pelo PROS.

Também merece especial atenção a abordagem levada a cabo pela ministra Cármen Lúcia acerca da crise de representatividade dos Estados pós-modernos (BRASIL (a), 2016, p. 31). Nela, traça-se um panorama histórico para situar o constitucionalismo e as suas modificações ao longo dos tempos e, assim, demonstrar que toda essa discussão contemporânea deve levar em conta o contexto de distanciamento entre a sociedade e os seus representantes.

Destaque-se ainda o seguinte trecho do voto do ministro Barroso, em acréscimo ao voto da ministra Cármen Lúcia:

O sistema partidário brasileiro é caracterizado por uma multiplicidade de partidos de baixa consistência ideológica e de nenhuma identificação popular, constituindo aquilo que se convencionou apelidar 'legendas de aluguel'. Esses partidos recebem dinheiro do fundo partidário e têm acesso a tempo de televisão. No mundo real, triste como seja reconhecer, o dinheiro do fundo partidário é frequentemente apropriado de maneira privada, enquanto o tempo de televisão é, no mais das vezes, negociado com outros partidos maiores, em coligações puramente oportunistas e que nada têm a ver com o mundo das ideias.

Portanto, nós criamos um modelo em que a política se afasta do interesse público e vira um negócio privado.

(...) Portanto, neste universo em que os partidos surgem quase por geração espontânea, é mais do que natural que o legislador tenha se preocupado em estabelecer algum tipo de limite, algum tipo de restrição, de modo que a motivação do legislador é perfeitamente legítima. (BRASIL (a), 2016, pp. 73/75).

Por fim, lastreando seu voto numa análise histórica do sistema eleitoral brasileiro, após reconhecer o recente protagonismo de que gozam os partidos na história política do Brasil, o

ministro Toffoli assegurou que a Constituição preza pelo pluralismo político e endossa a criação de agremiações partidárias como sujeitos ativos do processo eleitoral, razão pela qual opina pela inconstitucionalidade da norma, tendo sido voto vencido (BRASIL (a), 2016, pp. 91/115).

12. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.044

Processo:	Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.044
Requerente:	Rede Sustentabilidade – REDE
Requerido:	Presidente da República, Câmara dos Deputados e Senado Federal
Relator	Ministra Carmen Lúcia
Dispositivo legal questionado	Art. 2º da Lei 13.107/2015.
Dispositivo constitucional supostamente violado	Art. 1º, V; art. 5º, XVII e XVIII e XX; art. 17, “caput” e §1º.

De iniciativa do partido Rede Sustentabilidade, a ADI 6044 visa impugnar a inovação legislativa que proíbe a fusão ou a incorporação de partidos políticos recém criados. Tal medida veio na esteira da reforma promovida pela criação da cláusula de barreira, que objetiva o fortalecimento da corrida eleitoral através do enxugamento dos partidos.

De acordo com o proponente, o legislador incorreu em inconstitucionalidade ao determinar uma limitação temporal ao direito de fusão ou incorporação partidária, conforme fixada na norma:

§ 9º Somente será admitida a fusão ou incorporação de partidos políticos que hajam obtido o registro definitivo do Tribunal Superior Eleitoral há, pelo menos, 5 (cinco) anos.

Embora a finalidade do dispositivo legal tenha sido garantir maior eficácia às modificações anteriormente feitas no sistema eleitoral, o partido Rede Sustentabilidade, no entanto, sustentou que houve violação ao disposto na Emenda Constitucional n. 97, que prevê a criação da cláusula de barreira. Isto porque, segundo se demonstra, a limitação imposta pela cláusula de desempenho é quantitativa, não temporal, como se depreende da leitura dos arts. 17, §3º da Constituição.

Um dos argumentos basilares do proponente diz respeito aos impactos trazidos pela criação da cláusula de barreira. Sustenta-se que essa inovação legal inevitavelmente promoverá um rearranjo no sistema eleitoral, obrigando os partidos minoritários a fundirem-se ou incorporarem-se a outros partidos de maior expressão a fim de que se evitem os efeitos negativos da nova ordem vigente aos partidos pequenos. Ou seja, se o legislador estabeleceu, através de emenda constitucional, uma norma que tem por finalidade a redução do número de partidos, a consequência lógica é a fusão e a incorporação das legendas menores, sendo contraditória qualquer previsão normativa posterior que proíba ou insira limitações prejudiciais a esse fim.

APÊNDICE B – REGISTROS SOBRE AS MANIFESTAÇÕES DOS CONVIDADOS NAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

I. ADI 4.650 (Financiamento de campanhas eleitorais)

O Ministro Fux começa alegando que as audiências públicas servem como forma de conceder legitimação às decisões do STF, tendo em vista que, através delas, se busca a oitiva da sociedade civil através de entidades organizadas.

Em seguida, a vice subprocuradora chefe-geral da república destacou a relevância do debate, mencionando que o tema, em sentido amplo, já foi abordado por inúmeros teóricos, desde Rawls a Habermas. Ressaltou ainda a necessidade de correção dos desvios viciosos do sistema político para, ao menos, amenizar a disparidade entre os candidatos diante da forte influência do poder financeiro. Por fim, informou que a manifestação do Ministério Público é no sentido de procedência do pedido para que o sistema de financiamento das campanhas eleitorais seja reformulado.

1. **Deputado Henrique Fontana (PT):** destacou os impactos nocivos do financiamento privado de campanhas, que acaba por desequilibrar a balança eleitoral sintetizada na frase *one man, one vote*. Mencionou também que a lei há algum tempo aprovada com o intuito de combater a compra de votos e outras discussões sobre temas correlatos só surtirão o devido efeito quando se definirem limites para o financiamento privado das campanhas ou quando se definir a exclusividade do financiamento público. Em seguida, a partir da página 13, são informados os dados sobre os gastos em eleições anteriores, dando ênfase ao enorme aumento que se pôde observar de 2002 para 2010. Assim, alertou para o perigo de se estabelecer no Brasil um modelo censitário, onde o espaço para concorrer aos cargos políticos será determinado pela força do poder econômico.

2. **Professor Eduardo Mendonça:** também abordou a limitação do financiamento de campanhas por parte de pessoas e entidades privadas, argumentando que as reais limitações recaem sobre aqueles com menor poder financeiro. Alegou que o modelo vigente à época, com o financiamento privado de campanha da forma como estava estabelecido, impactava diretamente, de forma negativa, os direitos de participação. Como fundamentação, sustentou que existe uma

necessidade de que o sistema político não seja avaliado segundo a literalidade da norma, mas também na sua interação com a realidade. Quer dizer, não adianta que a norma seja, no seu relato abstrato, compatível com o princípio da igualdade, se ela produz uma desigualdade material insuperável. Não adianta em quase nenhum segmento da vida e certamente não adianta no segmento da conformação do sistema político (p. 28).

Ao fim, sugeriu que, ainda que o STF não dê a palavra final, pode e deve se dignar a oferecer balizas constitucionais para que o tema seja apreciado pelo parlamento.

3. **Daniel Sarmiento (UFRJ):** analisando as experiências advindas do modelo de reforma privada, concluiu que há uma tendência à plutocratização da política na medida em que se observa a não pulverização de doadores, mas a concentração de poucos financiadores empregado vultosa quantia para a obtenção de seus interesses particulares. Isso ocasiona também a já mencionada influência nociva no sistema, que atua diretamente na limitação do direito à participação política. Quanto a isso, destacou a relação entre liberdade, democracia e financiamento de campanha. Por outro lado, apresentou assertivas fundamentadas nas experiências de outros países com relação ao objeto controvertido. Dessa análise, pode-se notar que as democracias com financiamento privado de campanhas sempre estabelecem valores fixos como limitação, não se atendo a percentuais em abstrato, que inevitavelmente geram desigualdades – como ocorre no modelo brasileiro. Citando David Samuels, sustentou ainda que o sistema de financiamento das campanhas, no Brasil, se apresenta mais como uma expectativa de contraprestação de serviços do que como expressão ideológica de seus doadores.

4. **Pedro Gordilho (advogado e ex-ministro do TSE):** defendeu que uma reformulação para a implementação do financiamento exclusivamente público de campanhas eleitorais significaria também uma situação de desigualdade, servindo como meio de fortalecimento para o patrimonialismo e o coronelismo. Assim, a vedação às doações privadas estaria intimamente ligada à manutenção de coronéis no poder, fechando a porta para novos políticos com novas propostas e impedindo a oxigenação do sistema de baixo para cima. Criticou também as limitações impostas à época que, como já mencionado, tratavam apenas da fixação de percentuais em abstrato para que se permitissem as doações. Alegou que o problema do sistema não está no financiamento privado das campanhas, mas no financiamento privado realizado de forma oculta e sem limites de gastos.

5. **José Eduardo Alckmin (Ex-ministro do TSE):** esboçou preocupação com a brevidade dispensada às campanhas eleitorais, que hoje são mais curtas do que antigamente. De acordo com o expositor, esse modelo, apesar de se amparar numa economia de gastos, promove apenas uma grande vantagem àqueles que já gozam de certa fama e prestígio pelas mais diversas razões, como foi o caso do Tiririca. Em seguida, questionou se há, de fato, uma vinculação entre o exercício do poder e a subserviência aos financiadores de campanha, citando como exemplo a corrida eleitoral entre Haddad e José Serra para a prefeitura de SP, observando-se que o candidato do PT, partido historicamente mais ligado a sindicatos, foi exatamente aquele que recebeu mais verbas do mundo empresarial.

6. **Paulo Henrique dos Santos Lucon (IASP):** mencionou a relevância da pessoa jurídica na ordem econômica conforme instituída pela Constituição brasileira, sustentando a necessidade de participação delas através das doações. Aduziu que não deveria haver vedação à possibilidade de financiamento privado, mas tão-somente se instituir medidas com a finalidade de coibir abusos e distorções no sistema – o que poderia ser feito através da limitação do valor dos gastos e de uma maior transparência nos procedimentos empregados.

7. **Ricardo Penteado (IASP):** defendeu que não se deve proceder com a eliminação do financiamento privado das campanhas somente pela possibilidade de permeação do interesse econômico nesta seara, tal como não se pode pensar numa proibição do financiamento privado na saúde e na cultura. Aduziu que a relação tóxica entre o poder econômico e a atuação dos agentes públicos tem mais a ver com a gestão da coisa pública do que com o processo eleitoral. Destaco o seguinte trecho, que resumiu a participação do expositor:

Pergunto a todos: será que o poder econômico e o interesse corrupto vai deixar o Poder Público em paz, ainda que proibamos as empresas de financiar uma campanha eleitoral? Será que as empresas não continuarão tentando a atuação do Poder Público nessa ou naquela direção? Eu gostaria que não; gostaria que a solução fosse essa; se fosse, eu a adotaria de imediato, Senhor Presidente. Mas não é essa. O financiamento é algo que, em primeiro lugar, está a custear uma grande necessidade: a democracia. A democracia tem um custo, e dividir esse custo com a sociedade não é um problema, pensamos nós.” (p. 57-58).

Por fim, sustentou também que tal matéria deveria ser tratada pelo Congresso Nacional através das leis ordinárias.

8. **Raimundo Cezar Britto Aragão (Conselho Federal da OAB):** demonstrou que, nas manifestações exaradas pelo Senado Federal nos autos da ADI, houve concordância com os pontos elencados pela OAB na petição inicial, dando a entender que mesmo o legislativo reconhece os problemas existentes e a necessidade de uma prestação jurisdicional para corrigir os desvios do sistema. Ressalta que as empresas têm o papel precípua de obtenção lucrativa, não sendo resguardada pela Constituição a sua participação nos trâmites eleitorais, nem como eleitora, nem como candidata a ser eleita. Portanto, a sustentação apresentada acima não teria validade.

9. **Dom Leonardo Ulrich Steiner (CNBB):** defendeu que “não se deve permitir a influência do poder econômico no processo eleitoral e nos partidos políticos, mediante a inversão de capitais oriundos de pessoas jurídicas, que não votam, não têm natureza de cidadãos ou de filiados das agremiações partidárias”. Alertou para o perigo do financiamento pelo capital privado, manifestando-se pelo provimento integral da ADI.

10. **Geraldo Tadeu Moreira Monteiro (IUPRJ):** apontou que as discussões envolvendo o financiamento eleitoral ocorre em inúmeros países há, pelo menos, dez ou vinte anos. Demonstrou também o crescente número dos gastos com financiamento eleitoral nos últimos tempos e comparando com os números de crescimento do PIB e da inflação. A exposição foi concentrada na apresentação de dados para demonstrar a inviabilidade do modelo tal qual se encontrava à época. Todavia, destacou ainda que não se considera favorável ao financiamento exclusivamente público das campanhas, pois isso acarretaria dependência em relação ao Estado, sendo necessária apenas a regulamentação e a imposição de limites às doações por parte de pessoas físicas e jurídicas e entidades privadas.

11. **Vitor de Moraes Peixoto (UENF):** alegou sobre a impossibilidade fática do financiamento exclusivamente público de campanhas e a sua inexistência no mundo democrático. Essa modificação implicaria em reconhecer que o Estado entraria na competição eleitoral e o TSE passaria a ser basicamente uma agência reguladora do processo eleitoral. Destacou também alguns exemplos pontuais de experiências com base em outros modelos adotados em democracias estrangeiras, tratando com mais cautela das inúmeras formas de se estabelecerem limites aos partidos e aos doadores. Considerei uma das exposições mais ricas em detalhes de todas as que foram apresentadas na audiência.

12. **Valdir Leite Queiroz (Presidente do AVB):** sustentou que o antro da corrupção no Brasil é formado pela relação entre o poder público e as empresas, rechaçando o financiamento privado das campanhas. Apresentou também dados quantitativos para demonstrar os impactos das doações no meio político. Destinou ainda uma crítica aos incentivos fiscais como atrativos para o financiamento de campanha, prezando pela urgente necessidade de promover uma reforma na política de doação privada.

13. **Fernando Borges Mânica (Instituto Atuação):** dividiu sua abordagem sob as perspectivas moral, econômica, social e cultural, enumerando nuances entre uma e outra perspectiva, e concluindo que a doação, tanto de pessoas jurídicas quanto de pessoas físicas, sem limites, acabam por afastar o cidadão da política e contribuem para o surgimento de problemas danosos, como alguns já apontados anteriormente.

No início dos trabalhos do segundo dia de realização da audiência pública, o ministro Fux destacou uma decisão da Suprema Corte dos EUA sobre assunto semelhante envolvendo a doação para campanhas por pessoas jurídicas de direito privado. Utilizando o modelo americano e esse exemplo como referência, afirmou que as audiências públicas servem como uma ferramenta para garantir que o STF possa apreciar e julgar determinadas demandas que lhe são destinadas com um grau maior de legitimidade por conta da realização de audiências públicas.

14. **Adriana Cuoco Portugal (Tribunal de Contas do DF):** realizou um levantamento histórico acerca do problema do financiamento das campanhas eleitorais, passando pelo debate em torno do *lobby* eleitoral e tratando da legislação eleitoral atual de forma abrangente. As considerações históricas e comparadas elencadas na manifestação foram relevantes.

15. **Maurício Soares Bugarini (UNB):** demonstrou que a simples imposição da exclusividade do financiamento público de campanhas não se mostra como uma alternativa ao financiamento privado. Destacou ainda que a proposta apresentada não servirá para diminuir as desigualdades, uma vez que os partidos maiores acabam por receber mais recursos. Por fim, mostrou os benefícios práticos do financiamento privado de campanhas eleitorais.

16. **Débora Lacs Sichel (UNIRIO):** também apresentou um apanhado histórico, situando a relação do poder financeiro com a práxis do processo eleitoral brasileiro. Além disso, fez uma abordagem interessante envolvendo o financiamento de campanhas por parte das pessoas jurídicas sob a lente do direito empresarial. Para finalizar, debruçou-se sobre o modelo de financiamento adotado por alguns países estrangeiros, propondo que sejam corrigidos os vícios referentes ao financiamento privado das campanhas eleitorais, sintetizada no seguinte trecho:

Dessa forma, não me parece prudente autorizar que pessoas jurídicas possam ser doadores de campanhas eleitorais na medida em que essas não atuam como cidadãos, mas, sim, como instrumentos para o alcance de uma atividade produtiva. Nesse ponto, levando em conta que a própria Constituição vigente no Brasil, ao normatizar a ordem econômica, estabelece a livre iniciativa, mas determina que se combata o abuso do poder econômico, não me parece conveniente que a legislação eleitoral abra uma brecha para que essa possa viciar o processo eleitoral.

17. **Cezar Busatto (Secretaria Municipal de Governança de Porto Alegre):** sustentou que uma reforma do sistema de financiamento das campanhas eleitorais serviria para reduzir a prevalência do interesse das grandes corporações, garantindo maior igualdade no jogo político. Tocou também no tema da transparência e da sua relação com o sistema democrático de decisões, visto que quanto menor transparência, mais frágeis se mostram os rumos políticos da sociedade. Propõe um modelo moderno, que se utilize de ferramentas tecnológicas, como a internet, para garantir maior proximidade entre os candidatos e os eleitores.

18. **Eneida Desiree Salgado (Universidade Federal do Paraná):** questionou a atuação do judiciário nesta seara, conforme se observa do seguinte trecho:

Discorrer sobre o melhor sistema de financiamento ou aperfeiçoar as regras do jogo democrático em sede judiciária me parece ir além da judicialização da política, revelando um flerte com a politização da Justiça, onde a Corte Constitucional passa a exercer um forte papel, por vezes protagonista, de ator político.

Sustentou que a Corte deve se ater à constitucionalidade ou não do atual modelo de financiamento, não se imiscuindo na busca por modelos perfeitos. Por outro lado, argumentou que mesmo a alteração na forma de limitação para doações privadas implicaria em desigualdade, visto que alguns partidos e algumas campanhas continuariam recebendo maior aporte financeiro do que outros. Por fim, sugere que haja maior controle e fiscalização por parte do Estado acerca das movimentações financeiras que se destinam a campanhas eleitorais. O

trecho que sintetiza todo o posicionamento aqui esboçado está na página 159: “Ao Poder Judiciário, não me parece caber aperfeiçoar o ordenamento jurídico, retirando do sistema normas com as quais não concorda e substituindo-as por outras que lhe pareçam mais convenientes e oportunas. Apenas pode, ou melhor, deve afastar dispositivos que contrariem a Constituição, o que não parece ser o caso”.

19. **Márcio Luiz Silva (Membro da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de Código Eleitoral):** apontou os efeitos práticos de se decidir pela limitação ou extinção dos financiamentos privados das campanhas eleitorais, havendo a necessidade de um incremento da verba pública para a realização dessas campanhas. Consoante a isso, entendeu ser necessário um debate em torno das propostas de listas fechadas, que compatibilizam com o modelo de financiamento público das campanhas.

20. **Edson de Resende Castro (CONAMP):** sustenta que a Constituição não assegura a participação das pessoas jurídicas no processo eleitoral, razão pela qual se deve promover uma reforma no sistema de financiamento das campanhas. Em seguida, são apresentados dados para corroborar com as alegações de que o modelo de financiamento não promove respeito aos princípios de igualdade de participação política.

21. **Felipe Sarkis Frank do Vale (Partido Popular Socialista):** também ressaltou os impactos negativos do financiamento privado das campanhas eleitorais, dando maior atenção à inviabilização das doações por partidos pequenos em decorrência do financiamento exclusivamente público.

22. **Merval Pereira (Jornalista):** relaciona o financiamento público das campanhas à adoção das listas partidárias. Portando, argumenta que a modificação do modelo de financiamento implicaria numa reforma mais ampla sistema eleitoral – que serviria também como uma alternativa para fortalecimento dos partidos políticos. Comentou ainda sobre os custos de campanha através de rádio e TV, que já constituem uma forma indireta de financiamento público. Foram ainda abordadas algumas experiências estrangeiras, como nos EUA e na França.

23. **Marcus Pestana (Deputado Federal pelo PSDB-MG):** entende que a abordagem acerca do financiamento de campanhas deve necessariamente levar em conta uma concepção mais ampla de reforma política e eleitoral. Para tanto, apresenta algumas perspectivas reformadoras acerca do modelo à época vigente no país. Pode-se notar, no discurso do deputado, que os pontos controvertidos estão de alguma forma ligados à atual crise de representatividade também em grande parte instituídas pelo sistema político brasileiro.

24. **Teresa Sacchet (USP):** em suma, falou sobre os percalços da representatividade feminina na política brasileira, correlacionando, ao fim, o financiamento de campanha para candidatos do sexo masculino e do sexo feminino.

25. **Sílvio Queiroz Teles (OAB/MT – Comissão Eleitoral):** levantou questões em torno da adoção do financiamento público, mas não chegou a desenvolver uma abordagem substancial acerca do objeto controvertido. Em suma, sustentou a inconstitucionalidade da doação de pessoa jurídica para campanhas eleitorais.

26. **Max Stabile (UNB):** apresentou dados extraídos de pesquisas que indicaram o posicionamento de parlamentares acerca de vários pontos a serem abordados numa proposta de reforma política, como voto distrital, proporcional, coligações e financiamento de campanhas. Sobre este último, através de dados de 2009, notou-se que 14% dos parlamentares defendiam o modelo vigente à época, enquanto 17% defendiam um sistema pautado nas doações por pessoas físicas e com limite de doações. Por outro lado, a esmagadora maioria, 61%, defendiam o financiamento exclusivamente público. Os dados também mostraram as posturas dos partidos, analisando-se as proximidades de seus posicionamentos. Conforme exarado, os partidos DEM, PMDB, PMN e PSDB possuem essa proximidade entre si, distanciando-se dos partidos PT, PSB e PSC.

27. **Márlon Jacinto Reis (Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral):** também abordou o impacto das doações realizadas por empresas, afirmando haver um monopólio por parte das empresas com relação ao financiamento das campanhas. *Embora nós tenhamos registrado que, nas eleições de 2010, 98% das doações eram provenientes de pessoas jurídicas, de empresas, não é razoável imaginar que as empresas brasileiras estejam doando.* Por fim,

foram abordadas as causas enraizadas na mentalidade das elites políticas, que entendem haver necessidade de financiamento das eleições.

28. **Luiz Márcio Victor Alves Pereira (Escola Nacional da Magistratura):** levantou questionamentos com relação às campanhas eleitorais de um modo geral, entendendo que há uma necessidade de reforma ampla do modelo vigente à época da discussão. Além disso, a exposição destacou os diferentes rumos que as campanhas eleitorais seguiram no Brasil ao longo dos anos. Ao longo da manifestação, foram feitas reflexões críticas envolvendo a prática desenvolvida no país no que se refere às campanhas eleitorais, especialmente com relação aos excessivos custos para suas realizações.

29. **Martônio Montalverne Barreto Lima (Associação Nacional dos Procuradores Municipais):** manifestou sua desconformidade com os pedidos esboçados pela OAB na petição inicial, sustentando que todos estiveram mais amparados em questões políticas e, portanto, seria mais cabível que as mudanças promovidas viessem da alçada legislativa, que efetivamente representa a vontade popular. Bem como alguns outros, traçou paralelos históricos e comparativos com outros países que adotam modelos de financiamento de campanha e demonstrando que há impactos consideráveis caso se opte pela adoção do financiamento exclusivamente público. O posicionamento pode ser resumido no seguinte trecho:

Eu gostaria de concluir afirmando que o financiamento público de campanha exclusivo representa uma possibilidade concreta, articulado numa base jurídica legitimada, que se encontra, claro, perfeitamente, no Poder Legislativo desse país. A construção da democracia deste país não representa uma tarefa impossível, e reivindicações, como a do financiamento público e a esperança realista de que ele pode vir a solucionar alguns dos problemas da relação entre poder econômico e eleições, têm o mesmo significado que o avanço do texto constitucional de 1908, (inaudível) teve quando da sua promulgação, ou seja, portanto seria uma contribuição genuína da democracia brasileira, que tem, sim, possibilidades para tal, tal constitucionalismo, e também, claro, a doutrina eleitoral”.

Em tese, sustentou a necessidade de um debate prévio com a população para que, através do parlamento, sejam decididas questões de tal ordem.

II. RE 1.238.853 (Candidaturas avulsas)

1. **Carlos Eduardo Frazão do Amaral (Senado Federal):** aborda os possíveis efeitos de um pronunciamento, ressaltando a posição contrária do senado em torno das candidaturas avulsas por via judicial. O debate deveria ser feito no CN. Primeiro efeito diz respeito ao próprio sistema eleitoral, que prima pelo protagonismo dos partidos políticos. Ressalta a importância dos partidos no controle e imposição de limites a candidatos mais extremados (obstáculos aos loucos), sendo fundamentais para o arranjo democrático. O de distribuição do fundo partidário e de fundo de financiamento de campanha. Relevância dos partidos. Distribuição do tempo de campanha eleitoral. Não há incompatibilidade entre as decisões da corte interamericana e o partido como condição de elegibilidade. (Contrário).

2. **Arlindo Fernandes de Oliveira (Senado Federal):** ressalta que a CRFB e o princípio da separação de poderes estabelecem que o tema deve ser objeto de apreciação do CN, através de emenda constitucional. Uma usurpação de competência, ainda que usado da melhor forma, provoca sempre algum ruído constitucional, o que é bom ser evitado. Assegura que o STF discutiu questão correlata na ADC 815, tratando de princípio vs. regra, quando ficou decidido que não cabe ao STF substituir o legislador constituinte originário, prevalecendo, naquele caso, a regra que instituía o piso e o teto da representação dos Estados na Câmara dos deputados. Posteriormente, o supremo declarou a inconstitucionalidade do artigo da lei complementar 78, que conferia ao TSE a competência para fazer a atualização do piso fixado. Não sendo coerente agora uma decisão em sentido diferente. Optando pela exclusividade do CN para tratar do assunto. (Contrário).

3. **Margareth Coelho (Câmara dos Deputados):** sustenta que a adoção do constituinte originário não foi lacunosa, mas uma opção enxergando o partido político como corpo intermediário da democracia. Revela ainda o problema de se adotar as candidaturas avulsas para ambos os modelos eleitorais de votação: majoritário e proporcional. Todo o arranjo de funcionamento das casas legislativas e das tratativas políticas estão pautados nas bancadas e nos partidos políticos, razão pela qual a adoção das candidaturas avulsas se torna problemática. A deputada afirma que o STF decidiu em ao menos três oportunidades que o pacto de São José da Costa Rica não pode produzir efeito paralisante sobre a nossa constituição pela sua natureza supralegal. Ressalta o impacto de uma modificação no ordenamento, citando inúmeros dispositivos legais, caso se adote o entendimento do requerente sobre o pacto de São José. Finaliza dizendo que o debate deve ser feito na seara política e ressalta as inúmeras propostas

e discussões sobre reforma política que tramitam na Câmara. Existem 2 projetos de lei no senado e 4 na Câmara tratando sobre o tema, demonstrando que há pouco interesse da população por essa matéria, visto que as casas são representantes da vontade popular. Alerta para quais seriam os critérios práticos com a adoção das candidaturas avulsas. (Contrário).

29:52 - 30:40 / Barroso afirma que não foi feito recorte entre eleições majoritárias e proporcionais, sendo essa questão abordada em tempo oportuno numa eventual decisão pela adoção. Afirma ainda que levará em conta a questão de ser matéria de competência política, embora tenha sido matéria levada ao judiciário.

4. **André Mendonça (AGU):** ressalta que a AGU, em suas últimas defesas em processos tratando do tema, tem de mantido fiel à jurisprudência do TSE, que não reconhece atualmente a tese das candidaturas avulsas. Declara que no andamento das audiências a AGU adotará uma postura neutra para entender melhor o problema e pensar na posição mais adequada.

5. **Luciana Nepomuceno (Comissão de Estudos da Reforma Política da OAB):** menciona o descrédito da população com relação aos partidos políticos e destaca que a comissão percorreu 11 estados da federação promovendo audiências públicas sobre a reforma política, trabalhando também o ponto das candidaturas avulsas. Alega que a adoção da relevância dos partidos remete a recortes históricos, na América Latina em geral. No Brasil, as candidaturas avulsas foram concebidas como forma de enfraquecer os partidos políticos, na era Vargas na década de 30. Ressalta que, historicamente, o processo de redemocratização, no Brasil, passa pelo fortalecimento dos partidos políticos, razão pela qual se assegurou o monopólio da representação democrática aos partidos. A partir de 39:42, ela menciona as discussões em torno da crise pela qual passam os partidos políticos, especialmente com escândalos de corrupção e distanciamento das suas próprias bandeiras políticas. Constata que a adoção das candidaturas avulsas também não terá o efeito de provocar uma reinvenção e melhora dos partidos políticos, pois as massas só participam dos processos políticos através dos partidos. A pulverização com as candidaturas avulsas servirá para confundir o eleitorado e enfraquecer a democracia. Destaca as barreiras constitucionais e infraconstitucionais para implementação das candidaturas: art. 14; art. 17, § 3º; art. 58, § 1º; art. 77, § 2º da CRFB. Também na lei dos partidos políticos: art. 12; art. 22-A. Lei das eleições também. Ressalta que o re interposto não trata de questões básicas para implementação das candidaturas independentes, como número mínimo de apoiantes de

eleitor, sem lista cívica etc., gerando dificuldades para sua adoção pelo atual sistema. O cerne do problema não é a filiação partidária, mas a necessidade de um fortalecimento da democracia interna nos partidos. As candidaturas causarão um enfraquecimento e esvaziamento das agremiações partidárias. (Ao fim, Barroso pede o envio de memorial escrito para levar em conta as considerações. O ministro demonstrou certa simpatia pela exposição apresentada). (Contrário).

6. Luiz Phelippe de Orleans e Bragança (Deputado Federal): afirma que não há uma adoção de modelo democrático na prática, tal como concebido na Grécia, mas todos os modelos representativos atuais são oligarquias. Aduz que os partidos políticos estão se encaixando ilegitimamente através de leis, não promovendo um diálogo direto com a sociedade civil. Os partidos se tornaram obsoletos por não serem mais capazes de atender aos anseios populares. Cita exemplos, na América, de partidos que tomaram conta por décadas de todo o estado nacional, fortalecendo ainda mais o caráter oligárquico. A oligarquia forte dos partidos fomenta o populismo e a busca por um líder forte messiânico. Partidos não conseguem mobilizar a sociedade e se apropriam de ferramentas legais para superarem a ilegitimidade de sua manutenção no poder. A crise de representatividade, com a manutenção dos partidos políticos, pode ocasionar uma ditadura dos partidos. As candidaturas reforçam os partidos políticos por obrigá-los a se tornarem mais representativos, adotando pleitos legítimos e populares. Sustenta que a medida pela adoção das candidaturas tem que vir de fora do sistema político, já viciado pela mentalidade de manutenção das oligarquias partidárias. (Favorável).

7. Janáina Paschoal (Deputada Estadual): destaca que, segundo Victor Nunes Leal e Maria do Carmo Campelo, haveria no Brasil um antipartidarismo. Ressalta, no entanto, que há apenas um mito em torno dos partidos. A crise partidária é perene, conforme se nota por avaliações em diferentes épocas. Opta pela preservação dos partidos, que não devem ser extintos, promovendo, no entanto, a adoção das candidaturas independentes. Menciona a existência de um cartel dos partidos, que se blindam para serem mantidos no poder. Mesmo com as dificuldades enfrentadas pelo candidato independente, haverá um alargamento da democracia, pois o eleitorado terá a opção de eleger alguém com ideais que divirjam dos partidos atuais. Menciona que o cartel dos partidos se encontra entre os eleitos e o eleitorado. Menciona ainda que não há violação da divisão dos poderes, pois o princípio preza pela fiscalização mútua, podendo um poder intervir no outro quando este se encontrar amarrado em suas armadilhas,

sem promover as medidas legitimamente necessárias. Se o supremo foi provocado, tem legitimidade para decidir sobre as candidaturas avulsas. Destaca a primazia da liberdade individual com as candidaturas avulsas, uma vez que com os partidos aqueles candidatos são sempre reconhecidos pela sigla partidária, o que pode causar problemas em algumas ocasiões, já que a sua imagem fica inclusive sujeita a manifestações de outros membros da mesma sigla partidária. Ressalta ainda a necessidade de uma redução no número de parlamentares. (Favorável).

8. Paulo Teixeira (PT): começa também destacando que um dos problemas do sistema político brasileiro é o excessivo número de partidos, que o Congresso Nacional (CN) buscou solucionar com a cláusula de barreira mas que foi equivocadamente derrubado pelo STF. Outro ponto diz respeito à baixa representatividade dos partidos políticos, o que se notou pela renovação ampla das siglas mais eleitas na Câmara (52%) e no Senado (87%). Portanto, sustenta o interlocutor que o poder do eleitor corrige as distorções do sistema no que tange à baixa representatividade partidária, uma vez que outras opções surgem nas urnas. Destacando o problema do personalismo, sugere a adoção do voto em lista, que deve ser apreciado pelo congresso. Em síntese, sustenta que o próprio sistema político brasileiro fornece soluções para os problemas dele decorrentes. Aduz que a defesa das candidaturas avulsas vem de setores minoritários da sociedade. Mesmo que o Pacto de São José tenha sido recepcionado, está subordinado aos ditames constitucionais. Destaca uma decisão da corte interamericana, que diz que tanto o sistema partidário exclusivo e o das candidaturas avulsas podem ser compatíveis com a convenção, cabendo ao estado nacional decidir qual modelo adotar. As candidaturas avulsas poderiam ser adotadas por meio de emenda constitucional. No entanto, a adoção desse instituto acentua o vício do personalismo. Destaca ainda a questão das cotas femininas e o problema com as candidaturas avulsas. A discussão não é cabível nos tribunais, que não possuem a expressão da maioria, como as casas legislativas. (Contrário).

9. Marcelo Castro (MDB): as condições de elegibilidade estão claramente fixadas na constituição, não havendo margem para a adoção das candidaturas independentes por parte de uma determinação judicial. Destaca ainda que os trâmites aos quais se submeteu o pacto de São José, no congresso, não foram aqueles adotados para que o documento tenha natureza de emenda constitucional. Portanto, possui natureza supralegal, mas não pode se equiparar à constituição por não ter seguido o rito de emenda. Candidaturas independentes só poderiam se

dar por emenda. Aduz que há uma hiperfragmentação no congresso, com a presença representativa de mais de 20 partidos, razão pela qual não se mostra cabível a adoção das candidaturas avulsas, o que só seria possível caso houvesse um número ínfimo de partidos para inúmeros candidatos querendo concorrer ao cargo. Sustenta que não haveriam efeitos práticos com a adoção das candidaturas avulsas, dado o modelo partidário amplo e democrático do Brasil. Menciona que a constituinte proporcionou uma abertura ampla e irrestrita para criação de novos partidos, mas atualmente o sistema caminha e sentido oposto, buscando um maior enxugamento do modelo partidário. Destaca nesse sentido a aprovação da cláusula de desempenho e proibição das coligações proporcionais, com o intuito de fortalecer os partidos. Menciona que há problemas internos, com falta de coesão interna dos partidos, por exemplo. Necessidade do partido ser programático, levantando bandeiras e buscando identificação com a sociedade. Os partidos hoje são amorfos. Sem posicionamentos. (Contrário).

10. Igor Bruno Silva de Oliveira (PROS): entende que o debate em torno desse tema é papel do STF, no entanto a constituição exige a filiação partidária como condição de elegibilidade. Nicarágua (2005), Iatama, Novo México, Venezuela = precedentes que indicam que a escolha pelo sistema partidário deve ser respeitado, desde que não haja um cerceamento de participação política por parte da população civil. A lei da ficha limpa perderia vigor se o art. 23, § 2º do pacto fosse interpretado de forma literal. Há uma fiscalização dos partidos em torno dos seus membros filiados. Quem fiscalizaria os candidatos independentes? Isso diz respeito ao financiamento público das campanhas. (Contrário).

11. Bruno Cavalcanti de Araújo (PSDB): Aduz que os partidos vivem uma crise na democracia moderna, que em muito se deve também à introdução de uma participação direta da sociedade por meio das redes sociais. Não há limitação ao exercício da cidadania pelas regras impostas, atribuindo deveres para o exercício de determinados direitos. Ressaltou ainda que as últimas decisões do STF nos últimos tempos seguiram no sentido de reconhecer a necessidade de fortalecimento dos partidos em face do personalismo, com o último ponto sendo a exclusividade do financiamento público de campanha. (Contrário).

12. Fabrício Juliano Mendes Medeiros (DEM): inicia comentando sobre a crise política que assola o país, o que revela a necessidade de uma discussão dessa pauta no congresso. No entanto, embora a crise exista e o sistema partidário dê sinais de falência e exaustão, não se

podem admitir respostas apressadas, pelo bem da democracia. Existem os problemas da alta fragmentação partidária, o desprestígio das agremiações e o deficit de representatividade. O problema da pulverização partidária será corrigido a longo prazo pela instituição da cláusula de barreira e extinção da coligação para eleições proporcionais (EC 97). A aceitação das candidaturas independentes por via judicial tende a embaraçar ainda mais a relação entre o legislativo e o executivo. Como se daria o diálogo entre o legislador avulso e o chefe de governo? Ao passo que as novas mudanças legislativas buscam diminuir a fragmentação partidária, a adoção das candidaturas avulsas caminhará em sentido contrário, fomentando maior pulverização no congresso. Os partidos funcionam como filtro ideológico, sendo essenciais atualmente com o uso desmesurado das redes sociais. A polarização pode ser potencializada pelas candidaturas avulsas. As candidaturas avulsas não dizem respeito à liberdade individual, pois a própria aspiração a um cargo público de representatividade em nome dos eleitores pressupõe uma noção de coletividade. Finaliza citando Zagrebelski, tratando da democracia radical. (Contrário).

13. Flávio Aurélio Nogueira Júnior (Solidariedade): os partidos são o elemento central do funcionamento da democracia. A crise institucional não recai unicamente sobre os partidos políticos. Nota-se ainda que a crise gerou não só ataques a instituições políticas, mas também ao judiciário. A causa é a falta de diálogo. Retirando a condição de filiação partidária, haverá uma necessidade de se adotar uma nova normatização/reformulação de todo o sistema político eleitoral. Ainda que o supremo decida, haverá a necessidade de manifestação do congresso. Para tratar dos efeitos da adoção do Pacto de São José, nesse sentido, cita que Evo Morales conseguiu novamente concorrer na Bolívia utilizando os mesmos argumentos. A abertura dessa jurisprudência acarretaria em outras consequências mais graves, como a limitação da renovação do mandato, também constante do pacto. Ressalta a necessidade de diálogo entre as instituições. (Contrário).

14. Marcelo Bessa (Partido Liberal): Aduz que o constituinte originário optou pela adoção da filiação partidária como condição de elegibilidade, o que é indiscutível. A norma constitucional, se conflitasse com outra norma de status constitucional, tratando da liberdade individual, mereceria debate, o que não ocorre. Também ressalta que os partidos realmente funcionam como filtro, dificultando a alçada de alguém ao poder que pretenda passar por cima das casas legislativas. Os partidos representam o fortalecimento democrático de uma sociedade.

As ditaduras se estabelecem em torno de partido único ou de uma única personalidade. A candidatura, além de não representar solução para os problemas, pode representar problemas futuros ainda maiores, por conta disso. Necessidade de reformulação de toda a legislação ordinária do ponto de vista prático. Deve-se manter a literalidade da norma constitucional. Barroso menciona que a crise de representação eleitoral é mundial. (Contrário).

15. Antônio Reginaldo Costa Moreira (Partido da Mobilização Nacional): em resumo, fez apenas uma defesa dos partidos pequenos. (Contrário).

16. Fábio Trad (PSD): ressalta que a filiação partidária é requisito constitucional. O reconhecimento das candidaturas avulsas abriria brecha para mitigar as demais condições de elegibilidade, provocando um esvaziamento das normas constitucionais instituidoras do sistema político partidário brasileiro. Os partidos são ferramentas de aproximação entre os candidatos e os eleitores, exercendo papel fundamental no diálogo com a sociedade civil. Não houve recepção do pacto como norma constitucional. A candidatura avulsa viola as regras da eficiência, comprometendo o funcionamento das casas legislativas, contrariando a cláusula de barreira e a previsão de pluripartidarismo. Deve-se aguardar os efeitos das mudanças trazidas pela EC 97/2017 antes de se adotar qualquer medida para corrigir vícios do sistema. Cabe ao CN eventual deliberação sobre o tema. (Contrário).

17. Marilda de Paula Silveira (Partido Novo): o desgaste dos partidos políticos e a oligarquização leva a um debate maior em torno disso. As candidaturas avulsas visam quebrar o monopólio partidário. Ambos os modelos têm vantagens. Quem tem legitimidade para interpretar o pacto de maneira primordial é a corte interamericana, que decidiu que o país tem liberdade pra estabelecer o seu sistema eleitoral, desde que não haja limitação de direitos individuais de liberdade no âmbito eleitoral. Ressaltou a necessidade de modificação do modelo eleitoral brasileiro, caso se adotem as candidaturas. Pode haver um poder de barganha dos partidos com a captação de candidatos avulsos depois de eleitos. O sistema de candidaturas incentiva a desagregação. O partido, embora seja um filtro falho, é um filtro contra figuras autoritárias, por exemplo, o que já se viu na história. A candidatura avulsa não tem filtros. (Boa participação).

18. **Marcel van Hattem (Partido Novo):** citando Schumpeter, afirma que o partido representa a busca do poder pelo poder e ressalta a necessidade de quebrar o monopólio dos partidos. Os partidos decidem quem pode e quem não pode concorrer. Defende candidatura avulsa e a criação de partidos locais, municipais. Concentração de poder nas mãos dos partidos e uso dos fundos e financiamento. Cita a redução da representação de partidos tradicionais nas casas legislativas como evidência da insatisfação popular com os partidos políticos.

19. **Flávio Brito (Partido Republicano):** destaca os problemas das candidaturas avulsas no âmbito das eleições proporcionais, pois trata-se de uma clara incompatibilidade entre os dois modelos. A adoção demandaria uma urgente reforma em todo o ordenamento jurídico eleitoral. Aduz impeditivos tecnológicos com urnas eletrônicas e o sistema Jedi. Todos os trâmites sistêmicos exigem a filiação partidária, não havendo tempo hábil antes das eleições deste ano para se adotar as candidaturas avulsas. De onde sairia o fundo de financiamento das campanhas de candidaturas avulsas em eleições proporcionais? Inúmeros processos chegariam ao TSE para tratar de prestação de contas de candidatos avulsos. Como lidar? Quem funcionará como filtro para estabelecer o valor a ser recebido pelo candidato avulso? (Contrário).

20. **José Gustavo Fávado (Rede Sustentabilidade):** em resumo, trata de experiências internas do partido rede. Menciona as vantagens das candidaturas cívicas que apresentam lastros na sociedade por meio de apoio. Apresenta problemas dos partidos em regiões locais, de menor densidade populacional, onde famílias dominam o partido inteiro. As candidaturas avulsas fortaleceriam a democracia na medida em que abririam um espaço para a diversidade multiétnica, desde que apresentem lista de apoiantes e plataforma de projetos aprovados pelos órgãos eleitorais competentes. (Favorável).

PARTE 2

21. **Caetano Cuervo Lo Pumo (IGADE):** sustenta que a questão deve ser enfrentada pelo enfoque da teoria política e da organização de outros estados. As candidaturas monopolizadas pelos partidos são um modelo viável por conta das experiências democráticas de inúmeros países que a utilizam. Como a natureza das discussões políticas exigem organização em torno de ideias e interesses, os partidos funcionam como esse elemento que aproxima o candidato do eleitorado. Mesmo onde há candidaturas avulsas, os modelos são centrados nos partidos.

Necessidade de repensar todo o sistema eleitoral caso houvesse aceitação das candidaturas avulsas. Essas candidaturas devem vir acompanhada de legislação complementar, delimitando seus limites e características. Se não houver legislação debatida no congresso, a aceitação das candidaturas levará o judiciário a criar regras complexas, basicamente reconstruindo o sistema eleitoral. A lógica da proporcionalidade é perdida com a adoção das candidaturas independentes. Exemplo de Itália e Portugal em eleições municipais: candidaturas avulsas. EUA e Inglaterra, em modelo distrital. No proporcional, é inviável. Problemas operacionais das candidaturas avulsas. A adoção das candidaturas compromete sistema se não vier acompanhada de normas legislativas claras sobre o seu funcionamento. (Contrário).

22. **Henrique Neves (Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral):** informa que não tem a pretensão de trazer um posicionamento a favor ou contra. Fez um levantamento para identificar quais artigos de lei seriam afetados pela adoção das candidaturas independentes. Questiona como seria feita a legitimação prévia daqueles que desejam se candidatar independentemente. Destaca exemplos de países com esse modelo eleitoral e as suas nuances. (Manifestação interessante sobre regras bem definidas nesses outros países). Posteriormente, menciona os artigos constitucionais e infraconstitucionais que seriam afetados. Dinheiro da sobra de campanha para quem iria? No caso dos candidatos normais, vão para o partido. Ressarcimento das despesas de viagem, quem fará? São questões fáceis, mas a legislação atual poderia gerar controvérsias e problemas maiores.

23. **Flávio Pansieri (Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do TSE):** As candidaturas podem representar o fim do monopólio de 70 anos dos partidos. Embora o modelo partidário tenha dado certo, não significa que outros modelos também não dariam. As candidaturas surgem como válvula de escape em determinados momentos, não assumindo o protagonismo do sistema político. Portanto, seria uma boa alternativa para enfrentamento da atual crise político-institucional. A aplicação desse modelo de candidaturas independentes não afeta a democracia, mesmo com as vicissitudes que deverão ser enfrentadas. É papel da suprema corte promover correções normativas adequadas para garantir o melhor funcionamento do sistema, por isso o STF tem legitimidade pra dar uma resposta favorável sobre o tema. (Favorável).

24. **Ana Carolina de Camargo (Instituto Paranaense de Direito Eleitoral):** aborda os efeitos da adoção das candidaturas avulsas no âmbito da participação feminina na seara eleitoral.

Menciona que as candidaturas provocam instabilidade jurídica na medida em que não se nota a confiança intersubjetiva em torno de ideias, como existe no partido. Partido garante maior igualdade de gênero. (Contrário).

25. **Amâncio Jorge Silva Nunes de Oliveira (USP):** não se pode usar o caso particular levado à apreciação judicial para se estabelecer um modelo a ser aplicado em todo o território nacional, dada a complexidade do sistema. Menciona também os efeitos das candidaturas avulsas à luz comparativa dos modelos internacionais. Fragmentação da representação é um dos problemas a ser enfrentado. Haverá um inflacionamento das candidaturas, caso não haja regras. Além disso, se dará um aumento do personalismo no sistema. Menciona um estudo sobre os impactos das candidaturas avulsas sobre o sistema político em 34 países. Embora demonstre simpatia pela adoção das candidaturas independentes, manifestou-se contrário a essa solução por intermédio do judiciário.

26. **Carlos Melo (INSPER):** destaca o excesso dos partidos e a necessidade de repensar o sistema. Todavia, não se pode atropelar o sistema pelo personalismo e individualismo. Simpatiza mais com candidaturas cívicas, sugerindo o enfrentamento das oligarquias de dentro para fora dos partidos. (Contrário).

27. **Carlos Pereira (FGV-RJ):** candidaturas avulsas tornariam o jogo político ainda mais pulverizado, complicando a governabilidade. Enfraquecimento do presidencialismo de coalizão. Traz apenas a necessidade de levar em consideração os impactos. Não assumiu posição definida, nem contrária, nem favorável.

28. **Carlos Ranulfo Melo (UFMG):** a sociedade e os partidos estão intimamente relacionados. Defende a manutenção dos partidos, com o fortalecimento dos núcleos programáticos. Os candidatos avulsos não terão um programa com a clareza dos partidos. Menciona que em países com candidaturas avulsas, as democracias ainda estão em crise. Portanto, não é solução. Sustenta o problema que os partidos não estão funcionando como o filtro que deveriam ser. (Contrário).

29. **Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis (Instituto Brasiliense de Direito Público):** alerta para as últimas decisões do STF em casos semelhantes, em que os ministros se

fundamentavam numa tentativa de melhorar o sistema eleitoral brasileiro. Na prática porem, nota que as consequências foram outras. Prejudiciais. Aduz que os argumentos levados no re não são compatíveis para a implementação das candidaturas, que deve ser feita pelo congresso. Ainda assim, haveria a necessidade de mudanças radicais no sistema eleitoral. Também leva exemplos de modificações a ser feitas nos regimentos internos das casas legislativas. Outros problemas operacionais. Como se dariam os suplentes em candidaturas avulsas? (Contrário).

30. **Lucas Novaes (INSPER):** menciona o descolamento dos partidos com a representação popular. Ainda assim, as candidaturas avulsas serviriam para precarizar ainda mais o modelo democrático. Cita o exemplo do Peru nos anos de Fujimori. (Contrário).

31. **Marina Silva (Rede):** manifesta sua preferência pela lista cívica e narra o seu contato com a experiência italiana. Entende que a mudança pode melhorar a qualidade da política e reestruturar a organização e os programas partidários. (Favorável).

32. **Pedro Telles (Bancada Ativista):** distingue conceitualmente as candidaturas avulsas de cívicas, manifestando apoio às segundas. Menciona os problemas para ingressar internamente num partido e concorrer de forma eficaz a algum cargo eletivo. Sugere alguns parâmetros para a aplicabilidade prática das candidaturas avulsas, através de listas de apoio e listas cívicas. Sugere a adoção apenas para cargos proporcionais e não majoritários. (Favorável).

33. **Gabriel Sousa Marques de Azevedo (Movimento Livres e Renova Brasil):** sustenta que a "partidocracia" leva à autocracia. Apresenta um panorama histórico da política brasileira para sustentar que as candidaturas independentes fizeram parte da práxis política nacional, tendo sido suprimidas somente no período ditatorial do Vargas. (Favorável).

34. **Adelaide de Oliveira (Movimento Vem Pra Rua):** destaca o distanciamento entre os partidos e o apelo popular. Faz uma descrição detalhada do movimento social e da sua relevância na renovação das estruturas e instituições políticas. Os partidos estão desconectados e desalinhados dos interesses dos cidadãos. Fala dos impactos prejudiciais do financiamento exclusivamente público de campanhas. (Favorável).

35. **Manoel Galdino (Transparência Brasil):** sustenta que ao contrário do que afirmam, as candidaturas não promoverão a pluralidade da democracia, podendo ao invés disso agravar os problemas já existentes. Defende o fortalecimento dos partidos. As candidaturas avulsas são apenas soluções simplistas. Destaca problemas operacionais e a relação desigual entre candidato avulso e partido numa eventual eleição. Apenas candidatos com nome e com acesso a muitos recursos terão sucesso. Os partidos exercem papel importante na democracia brasileira. (Contrário).

36. **Ana Carla da Silva (Frente Favela Brasil):** menciona rapidamente um estudo que aponta sobre a crise de representatividade no país e sustenta a relevância dos partidos no contexto político brasileiro. De resto, faz um discurso pautado em políticas identitárias. Não ficou claro pelo discurso se tem uma postura contrária ou favorável porque abordou apenas superficialmente.

37. **Pedro Henrique de Cristo (Brasil 21):** demonstra o funcionamento das diferentes formas de democracia em Grécia e Roma, fazendo um panorama histórico até chegar ao nosso modelo. Apresenta dados de eleitores e cidadãos filiados a partidos para demonstrar que o monopólio é prejudicial. Alega que as candidaturas avulsas traria inúmeros benefícios para a democracia brasileira, significando uma preservação e proteção dos direitos individuais da população. (Favorável).

38. **Luciano Caparroz Pereira dos Santos (Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral):** menciona a participação da população através da democracia direta na aprovação de leis importantes, como a lei da ficha limpa. Menciona que a crise de representação e a crise dos partidos não são recentes. A razão é que os partidos não têm cumprido com o seu papel. Defende a discussão do tema pela sociedade como um todo.

39. **José Lira Neto, Renan Freitas e Marina Lopes (Movimento Acredito):** sustenta que a crise de representatividade partidária e a experiência de uma análise política comparada garantem a possibilidade de uma aplicação das candidaturas avulsas em território nacional. (Alega que o ordenamento entende pela supremacia de tratados internacionais que favoreçam mais ao réu na área penal, razão pela qual deve se proceder de igual forma com o Pacto de São José. Argumento fraco. Sustenta que se decide pelo que é mais benéfico à pessoa humana, sem

levar em consideração que se trata de discussão em esferas diferentes). As candidaturas servirão para reduzir o distanciamento institucional. (Favorável).

40. **Roberto Livianu (Instituto Não Aceito Corrupção):** participação que faz uma abordagem sobre a crise de representatividade. Aduz que as candidaturas servirão para fortalecer a democracia, visto que os partidos se transformaram em meras empresas. (Favorável).

41. **Joelson Costa Dias (Ex-ministro do TSE):** menciona que a competência para tratar do assunto é do legislativo, por conta da matéria discutida, cabendo ao judiciário a ação apenas diante de lacuna. Faz reflexões neutras sobre o assunto, levantando considerações acerca da aplicabilidade das candidaturas avulsas. Afirma que os Estados nacionais devem levar em consideração seus contextos históricos e políticos para adotar um modelo, não sendo o pacto José impositor das candidaturas avulsas. Todavia, apresentou também posições em outro sentido. Foi uma apresentação bem neutra.

42. **Aragão:** ressalta a relevância dos limites institucionais, não devendo se levar em consideração os argumentos apresentados no RE, que também foram usados para sustentar a ditadura na Bolívia. Haveria uma necessidade de revolucionar o modelo político do Brasil para receber as candidaturas avulsas. Parte da solução para a representatividade seria o fortalecimento democrático interno dos partidos e uma fiscalização profunda promovida internamente. (Contrário).