



Centro Universitário de Brasília - CEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

MAURO CÉSAR TEIXEIRA DE FARIAS FILHO

Jurisdição constitucional como garantia dos canais democráticos de
deliberação: uma análise do desempenho do Supremo Tribunal Federal

Brasília

2017

MAURO CÉSAR TEIXEIRA DE FARIAS FILHO

Jurisdição constitucional como garantia dos canais democráticos de deliberação:
uma análise do desempenho do Supremo Tribunal Federal

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília.

Orientador: Professor Rodrigo Pereira de
Mello

Brasília

2017

RESUMO

O tema deste trabalho é o exercício da jurisdição constitucional na garantia dos canais democráticos de deliberação política. O objetivo é demonstrar que o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos normativos produzidos pelas instâncias representativas deve, em linha de princípio e de forma precípua, restringir-se a casos em que os canais democráticos tradicionais de deliberação estão funcionando mal de modo sistêmico, e aos que sugerem que os grupos majoritários estão dispensando, de forma deliberada, um tratamento menos favorável às minorias do que aquele que destinam a si mesmos, sem por elas guardar igual consideração e respeito. Nesse sentido, buscou-se introduzir a base e as principais ideias de uma abordagem procedimentalista de decisão constitucional, a partir da construção teórica de John Hart Ely, um dos mais renomados constitucionalistas do século XX. Na sequência, e no intuito de delimitar um campo de estudo e de análise da aplicação concreta do referencial teórico, analisou-se cinco decisões emblemáticas do Supremo Tribunal Federal, todas relacionadas, de algum modo, à temática mais ampla da reforma política, com o objetivo de saber como a Corte procedeu quando confrontada com uma ampla possibilidade de atuação. Após a análise de casos, acompanhada de comentários críticos pertinentes, concluiu-se que é preciso repensar o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no desenho institucional brasileiro, especialmente para que haja uma oxigenação democrática na Corte e a retomada, pelo povo, da condução política do Estado.

PALAVRAS CHAVE:

Jurisdição constitucional. Democracia. Legitimidade. Proteção das minorias.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
CAPÍTULO 1 - CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA. A TEORIA PROCEDIMENTALISTA DE JOHN HART ELY: UM MODELO VIÁVEL DE ATUAÇÃO DEMOCRÁTICA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS	7
1.1 - DEBATE ENTRE INTERPRETACIONISMO E NÃO INTERPRETACIONISMO NA LEITURA DA CONSTITUIÇÃO	7
1.2 - IMPOSSIBILIDADE DE UMA VISÃO INTERPRETACIONISTA PURA E DA RECONDUÇÃO A VALORES FUNDAMENTAIS COMPARTILHADOS	9
1.3 - A CORTE COMO ÁRBITRO NO PROCESSO DE REPRESENTAÇÃO POLÍTICA.....	10
1.4 - ATUANDO NA DESOBSTRUÇÃO DOS CANAIS INSTITUCIONALIZADOS DE MUDANÇA POLÍTICA	17
1.5 - VIABILIZANDO A EFETIVA REPRESENTAÇÃO DOS GRUPOS MINORITÁRIOS	22
CAPÍTULO 2 - ANÁLISE DE CASOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	27
2.1 - FIDELIDADE PARTIDÁRIA NO SISTEMA ELEITORAL PROPORCIONAL.....	27
2.1.1 - COMENTÁRIO CRÍTICO	34
2.2 - FIDELIDADE PARTIDÁRIA NO SISTEMA ELEITORAL MAJORITÁRIO	36
2.2.1 - COMENTÁRIO CRÍTICO	41
2.3 - CLÁUSULA DE BARREIRA OU DE DESEMPENHO	43
2.3.1 - COMENTÁRIO CRÍTICO	50
2.4 - VERTICALIZAÇÃO DAS COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS	54
2.4.1 - COMENTÁRIO CRÍTICO	62
2.5 - FINANCIAMENTO PRIVADO DE CAMPANHAS ELEITORAIS	64
2.5.1 - COMENTÁRIO CRÍTICO	70
CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS	78

INTRODUÇÃO

O papel da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas é um tema que tem ganhado cada vez mais visibilidade e relevância na última década. É possível dizer, sem medo de errar, que o Supremo Tribunal Federal (STF) tem sido objeto de interesse da população como nunca antes se verificou. Essa constatação serve, em maior ou menor grau, para boa parte das Cortes Constitucionais que passaram a compor os arranjos institucionais das democracias ocidentais contemporâneas após a Segunda Guerra Mundial.

É certo que os avanços tecnológicos nos meios de comunicação de massa têm sua parcela de contribuição na divulgação país afora dos trabalhos não só do STF, mas também das demais instituições políticas. Contudo, há de se reconhecer que a atuação decisiva da Corte Constitucional brasileira em temas sociais da mais alta sensibilidade tem lhe proporcionado protagonismo poucas vezes visto antes. E quase que por uma decorrência natural, questões como a legitimidade democrática dos Tribunais Constitucionais, seus limites e possibilidades de atuação ganham espaço no debate público e se renovam a cada sessão de julgamento, decisão polêmica ou entrevista concedida pelos ministros.

Nesse sentido, assume especial relevância o debate sobre os limites e possibilidades do exercício da jurisdição constitucional nos regimes democráticos atuais – em especial pelo Supremo Tribunal Federal. Uma análise prática e realista do exercício da jurisdição constitucional no Brasil é essencial para que se apontem os pontos fora da curva e possíveis soluções na correção do curso a ser seguido, a despeito de todas as dificuldades que possam daí decorrer.

É precisamente a esse propósito que o presente estudo se dedica: destacar, em um primeiro momento, um papel essencial a ser desempenhado pelas Cortes no exercício da jurisdição constitucional, abordando seus fundamentos teóricos e suas razões práticas para, em um segundo momento, analisar como o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado esse papel, especialmente em casos sensíveis ao tema da reforma política. Tudo para que se possa, ao final, verificar o saldo

institucional alcançado e possíveis readequações de cursos de ação para um exercício mais democrático da jurisdição constitucional no Brasil.

Nesse contexto será analisado, com maior ênfase, o papel da jurisdição constitucional na garantia dos canais democráticos de deliberação e, em alguma medida, na proteção das minorias isoladas do processo político. Vale dizer, quando a Corte Constitucional atua não para impor resultados substantivos às questões controvertidas que lhes são apresentadas, mas sim para garantir que o processo político pelo qual se chegará a um resultado específico seja o mais democrático possível. A sua legitimidade, por essa ótica, encontraria espaço numa atuação que se pautasse em identificar gargalos institucionais nas instâncias representativas, especialmente no Parlamento, que a permitissem agir de forma a restabelecer o regular funcionamento desses mecanismos de concretização da vontade política dos cidadãos.

Esse modelo de atuação não é o único, mas apresenta um elevado custo-benefício democrático, por assim dizer. É que se evita, de um lado, que a Corte aja como uma elite iluminada e encarregada de corrigir os excessos do Legislativo e, por outro, permite-se que os órgãos representativos por excelência e politicamente responsáveis cumpram sua função. Nesse cenário, a Corte desempenharia apenas uma função corretiva, de aperfeiçoamento do processo democrático de tomada de decisões pelas instituições políticas competentes para tanto, naturalmente na medida e dentro dos limites constitucionais e institucionais possíveis.

Partindo desse papel de atuação da Corte no exercício da jurisdição constitucional, mostra-se de todo pertinente analisar como essa função vem sendo desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal em alguns casos mais sensíveis, notadamente ligados à reforma política de que tanto se vem falando nos últimos anos. Nesse particular, um olhar crítico sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal em temas como fidelidade partidária nos sistemas eleitorais proporcional e majoritário, cláusula de barreira (ou de desempenho), verticalização das coligações partidárias e financiamento privado de campanhas eleitorais permite situar melhor a atuação do

STF entre a garantia das regras do jogo democrático e o voluntarismo judicial sofisticado.

Sendo assim, o presente trabalho buscará demonstrar que o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário deve, em rigor e sempre que possível, limitar-se a situações em que os canais democráticos tradicionais de deliberação estejam funcionando mal sistematicamente, e àquelas que indiquem que maiorias estejam deliberadamente tratando as minorias sem igual consideração e respeito. Para tanto, as premissas teóricas de uma abordagem procedimentalista de tomada de decisões constitucionais serão expostas a partir da visão de John Hart Ely, um dos mais renomados constitucionalistas do século XX. Na sequência serão analisadas cinco decisões emblemáticas do Supremo Tribunal Federal, todas relacionadas ao tema da reforma política. O objetivo é identificar de que forma a Corte tem se manifestado quando confrontada com uma ampla possibilidade de atuação, razão pela qual a análise será seguida dos comentários críticos que pareçam pertinentes. Esse modo de proceder permitirá o desenvolvimento de um olhar crítico sobre o papel do Supremo Tribunal Federal na democracia brasileira a partir do referencial teórico apresentado.

CAPÍTULO 1 – CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA. A TEORIA PROCEDIMENTALISTA DE JOHN HART ELY: UM MODELO VIÁVEL DE ATUAÇÃO DEMOCRÁTICA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

A proposta do presente trabalho é defender a viabilidade de uma teoria procedimentalista de decisão constitucional, identificando suas premissas e os meios de operacionalizar sua aplicação; além de, a partir daí, refletir sobre o papel que o Supremo Tribunal Federal desempenhou em alguns casos relevantes relacionados à reforma política. Para tanto, o presente capítulo se destinará a apresentar o que vem a ser uma abordagem procedimentalista do exercício da jurisdição constitucional a partir da visão de um de seus mais renomados defensores, o autor norte-americano John Hart Ely. É a sua construção teórica sobre o tema que será exposta e, na medida do possível, esmiuçada ao longo desse primeiro capítulo.

1.1 DEBATE ENTRE INTERPRETACIONISMO E NÃO INTERPRETACIONISMO NA LEITURA DA CONSTITUIÇÃO

No intuito de introduzir o tema, Ely começa por contextualizar um importante debate constitucional, que serve de ponto de partida para qualquer discussão mais aprofundada sobre legitimidade democrática e jurisdição constitucional. É o que se convencionou chamar de disputa entre *interpretacionismo* (*interpretivism*) e *não interpretacionismo* (*noninterpretivism*), que, de certa forma, remonta à conhecida dicotomia entre positivismo e jusnaturalismo, respectivamente.

A corrente interpretacionista sustenta que os juízes que decidem questões constitucionais devem se restringir a aplicar normas expressas ou inequivocamente implícitas no texto da Constituição. A corrente oposta defende que tais normas serviriam apenas como ponto de partida, cabendo aos tribunais avançar para além desse conjunto normativo e cumprir aquelas que não são de pronto extraíveis da linguagem textual da Constituição, mas que dela decorreriam necessariamente. Nesse cenário, portanto, que se diz que a primeira linha de pensamento, diferente de sua antagonista, acredita que a invalidação de atos emanados dos poderes políticos constituídos só se justifica se, e somente se utilizar como ponto de partida fundamento claramente perceptível no texto da Constituição.

É importante mencionar, contudo, que ambos os lados compartilham a ideia de que pela própria complexidade dos casos a serem julgados, não é crível pretender achar a resposta completa e acabada no texto constitucional exposto.

Como se pode imaginar, a discussão não se limita ao âmbito acadêmico, ostentando efeitos práticos relevantes a depender da posição que se adote, especialmente no que interessa ao controle judicial de constitucionalidade (*judicial review*). É que o conhecido problema da legitimidade da jurisdição constitucional – isto é, o incômodo democrático em ter um órgão não eleito e com alto grau de irresponsabilidade política por seus atos capaz de invalidar normas criadas e aprovadas pelos representantes do povo – ganha contornos diferentes e tem de enfrentar obstáculos argumentativos mais ou menos sofisticados a depender do fundamento teórico que lhe serve de premissa. É dos limites da discricionariedade judicial que aqui se cuida.

Nesse sentido, o autor defende que o *interpretacionismo* não é algo circunstancial, tendo sido preferido pela Suprema Corte norte-americana na maior parte das vezes. A plausibilidade dessa opção residiria em duas vantagens principais proporcionadas por essa linha de raciocínio, a saber: (i) ela – a linha interpretacionista – se adequa melhor à concepção costumeira e, portanto, relativamente difundida do que é o direito, de como ele deve ou não funcionar. Exemplo disso seria o provável estranhamento que alguém teria ao tomar conhecimento de que determinado juiz decidiu algum caso não por premissas e disposições legais explícitas ou ao menos implícitas, mas sim porque tal ou qual resultado teria lhe agradado mais, tendo em vista valores fundamentais que lhe parecessem corretos e defensáveis pelo Direito. Por outro lado, (ii) a abordagem oposta do não interpretacionismo encontraria sérias dificuldades para se compatibilizar com a teoria democrática inerente ao Estado norte-americano – e, poder-se-ia acrescentar, à grande parte das democracias representativas ocidentais. É que, nesse particular, e a despeito de algumas discussões teóricas relevantes, haveria certo consenso sobre o fato de que cabe às instâncias representativas planejar e formular cursos de ação política, tomando as decisões mais relevantes na condução do Estado. Essa seria uma nota distintiva da

democracia, que não lidaria muito bem com um pequeno grupo de pessoas não eleitas decidindo os rumos da nação.

O interpretacionismo seria tão mais sedutor quanto mais clara a noção de democracia majoritária. Assim, em defesa da ideia de legitimidade da maioria como lugar comum na filosofia política, o autor traz o exemplo norte-americano para dizer que embora com as suas peculiaridades e partindo de premissas diversas, até absolutistas e relativistas compartilhariam o apreço por essa forma de democracia. Os primeiros sob o manto do direito natural, enquanto os segundos após a constatação de que tal decorreria da ideia da inexistência de certeza moral, ou pelo menos de certeza moral compartilhada.

O argumento não descuida da necessidade de se proteger as minorias políticas contra os caprichos da maioria. Aliás, reconhece que uma das tarefas mais difíceis sempre foi e continua sendo achar mecanismos de proteção dessas minorias contra a tirania da maioria. Mas, em trecho que resume a ideia principal dessa questão, o autor afirma que uma maioria com ampla liberdade de ação é, de fato, perigosíssima, *“mas é preciso fazer um grande salto lógico para passar dessa ideia à conclusão de que a imposição de uma ‘constituição não escrita’ por parte de autoridades não eleitas seja a resposta adequada numa república democrática”*¹.

1.2 IMPOSSIBILIDADE DE UMA VISÃO INTERPRETACIONISTA PURA E DA RECONDUÇÃO A VALORES FUNDAMENTAIS COMPARTILHADOS

O problema está em que nem tudo se consegue extrair da linguagem constitucional ou da história legislativa subjacente. Algumas das normas parecem precisar de uma injeção de conteúdo que vem de fora do dispositivo. Ignorar que algumas disposições constitucionais efetivamente incentivam que se vá além de seu sentido literal é o problema maior de um interpretacionismo estrito, ou seja, preso às cláusulas constitucionais. E é por isso que essa concepção estrita não dá conta do

¹ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, pp. 12-13.

problema, que necessita ir além para achar um meio-termo viável entre os dois extremos.

Nesse cenário, e introduzido o assunto, a pergunta que surge é a seguinte: que valores, adequadamente neutros e gerais, são suficientemente importantes, ou fundamentais, ou seja lá o que for, para serem preferidos pela Corte em face de outros valores afirmados pelos atos legislativos?² O autor elenca os *princípios neutros, a razão, a tradição e a ideia de progresso* como fontes comumente invocadas para legitimar a jurisdição constitucional, mais especificamente o controle judicial de constitucionalidade por ela realizado. Não convém aqui destacar cada um dos argumentos utilizados pelo autor para refutar as fontes mencionadas, até porque seu caráter conceitual amplamente maleável parece dar conta do recado. Importa saber que Ely desenvolve uma análise mais detida de cada um desses valores pretensamente fundamentais e conclui que nenhum deles, *per se*, é legítimo para justificar esse tipo de atuação do Judiciário. O enfoque na maior ou menor adequabilidade de tais ou quais valores não leva a lugar algum, pelo que a pergunta lançada acima é em si mesma equivocada, e por isso careceria de resposta correta.

Nesse ponto específico, vale destacar que a concepção externada por Ely parece se aproximar da abordagem positivista de Hans Kelsen, para quem não haveria um conceito objetivamente aferível de justiça fora dos sistemas particulares de normas. O professor austríaco, nessa linha de raciocínio, sustenta que os critérios de justiça são mesmo relativos, variando de acordo com a ordem jurídica da qual sejam extraídas as normas que os fundamentam³.

1.3 A CORTE COMO ÁRBITRO NO PROCESSO DE REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

Diante da dificuldade de uma abordagem estritamente interpretacionista – que sugira tratar as disposições constitucionais como unidades autossuficientes – frente a um número variado de cláusulas constitucionais de textura

² BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 55.

³ KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Trad. João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a, pp. 15-65.

aberta, a pergunta que se impõe é outra: como preencher o significado de tais cláusulas sem recorrer a fontes externas de valores que transformem a Corte em algo não muito distante de um pequeno conselho legislativo?⁴⁻⁵ Ao que tudo indica, um projeto mais sofisticado de resposta teve início na denominada Corte de Warren, na Suprema Corte dos Estados Unidos, ainda no começo do século XX.

Apesar de ser – merecidamente, segundo o autor – taxada como ativista, a Corte de Warren produziu decisões muito importantes em temas como processo penal, devido processo legal em procedimentos administrativos e judiciais e processo político-legislativo de um modo geral. Era ativista especialmente quando se tratava de liberdades de expressão política e associação. Inaugurou a concretização de uma visão preocupada com o correto funcionamento do processo político-democrático. É certo que muitas dessas decisões foram inegavelmente intervencionistas, mas não menos certo é o fato de que o intervencionismo por elas produzido teve como mote – ou pelo menos culminou em – garantir que o processo político se mantivesse aberto às mais variadas visões de mundo, em condições minimamente igualitárias.

Como exemplo, podem ser citadas as decisões que enfatizaram a igualdade de tratamento daqueles que curiosamente são de algum modo sempre vistos como menos iguais pela sociedade, nomeadamente as minorias raciais, acompanhadas por estrangeiros, filhos não tão legítimos e os pobres. Em suma, é possível identificar, portanto, dois cursos principais de ação da Suprema Corte norte-americana na era Warren: (i) a desobstrução dos canais de mudança política e (ii) o

⁴ Nesse sentido, cf. FERRO, Ana Luiza Almeida. A teoria procedimentalista de interpretação constitucional de J. H. Ely. In: Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão: juris itinera, n. 17, p. 13-41, jan./dez. 2010. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/35640>> Acesso em: 20 agosto 2017. Segundo a autora, “[P]ara ele [Ely], nem o interpretativismo restrito a dispositivos constitucionais como unidades contidas em si mesmas, nem o não-interpretativismo apegado à afirmação dos valores fundamentais da sociedade exibem respostas hermenêuticas satisfatórias”.

⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 325: “[...] Na Alemanha e nos Estados Unidos, na medida em que esse controle [abstrato] de normas é feito no quadro da instância da prova judicial, levando à rejeição de normas e não a mandatos para o legislador, argumentos pragmáticos e político-jurídicos podem falar em prol da distribuição institucional de competências. Então é preciso perguntar se a delegação parlamentar dos juízes constitucionais é suficiente para satisfazer à exigência de uma legitimação democrática da percepção judicial de uma função, que tem que ser entendida - na arquitetura da constituição e na lógica da divisão de poderes - como uma delegação do autocontrole do legislador ao tribunal constitucional”.

conserto de discriminações dirigidas às minorias. Naturalmente, essas ideias não surgiram do nada. Em rigor, remontam à primeira metade do século XX, em especial ao julgamento do célebre caso *United States v. Carolene Products Co.*⁶.

A questão controvertida no caso *United States v. Carolene Products Co.* consistia em saber se uma lei federal (*Filled Milk Act*) que proibia o transporte interestadual de leite com óleo vegetal violava ou não a liberdade de contratar, contida na cláusula do devido processo legal da quinta emenda da Constituição norte-americana. A Corte manteve hígido o ato legislativo, e o voto representativo dessa posição – de autoria do Justice Harlan Fiske Stone – assentou que bastava que a lei fosse racional para que fosse válida, e isso o *Filled Milk Act* era. O importante aqui, porém, é o que restou consignado na nota de rodapé número 4, cujo teor deixa transparecer que a racionalidade dos atos legislativos é importante, mas casos há em que ela não é suficiente. Confira-se o teor pertinente da nota:

A presunção de constitucionalidade pode ter margem mais estreita quando a legislação parece, à primeira vista, estar compreendida numa proibição específica da Constituição, tal como as das dez primeiras emendas, consideradas igualmente específicas quando entendidas como contidas na Décima Quarta emenda...

Não será necessário, agora, considerar se uma lei que restringe aqueles processos políticos dos quais, via de regra, pode-se esperar que provoquem a revogação das leis indesejáveis, deverá estar sujeita a uma análise judicial mais rigorosa (no contexto das proibições gerais da Décima Quarta Emenda) do que a maioria dos outros tipos de legislação...

Também não será necessário procurar saber se considerações do mesmo naipe devem influenciar o controle de leis direcionadas a certas minorias religiosas (...) ou de nacionalidade (...) ou raciais (...); se o preconceito contra minorias separadas e isoladas (*discrete and insular minorities*) pode ser uma condição especial que tende a restringir seriamente o funcionamento dos processos políticos em que costumamos nos basear para proteger as minorias, e que pode exigir, nessa mesma medida, um exame judicial mais minucioso⁷⁻⁸.

⁶ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Appeal from the District Court of the United States for the Southern District of Illinois. United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938). Justice Stone. Washington, D.C., 25 de abril de 1938. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/case.html>> Acesso em: 13 ago. 2017.

⁷ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, pp. 100-101.

⁸ No original: "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. See *Stromberg v. California*, 283 U. S. 359, 283 U. S. 369-370; *Lovell v. Griffin*, 303 U. S. 444, 303 U. S. 452. It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political

A partir da leitura do trecho acima transcrito é possível identificar que o controle popular e o igualitarismo mereceram certo destaque, e ambos estão de algum modo ligados ao tema mais amplo da participação, isto é, parecem se importar muito mais com a oportunidade de se participar dos processos políticos que resultam nas escolhas dos valores substantivos que importam à comunidade, e muito menos com tais valores em si mesmos; muito mais com a chance de poder usufruir em pé de igualdade com os demais dos benefícios alcançados por meio dos debates políticos, e muito menos com a conveniência ou não de tais benefícios.

É importante esclarecer, porém, que não há nenhuma razão evidente para dizer que um processo de participação amplo e igualitário necessariamente implicará a igual participação nos custos e benefícios verificáveis a partir dele. Para além de inexistir tal presunção, o autor adverte que no mais das vezes a sensação é de que a presunção inversa teria mais chance de ser verdadeira. Isto é, “*em muitos casos, o sistema de participação igualitária nos processos políticos parece calculado para produzir exatamente o efeito contrário*”⁹. Por essa razão que o autor afirma ser indispensável uma análise mais detida do sistema norte-americano de democracia representativa para que esses dois elementos (processo de participação amplo e igualitário de um lado, e de outro a igual participação nos benefícios) consigam construir uma teoria política coerente. A análise passa pelo conceito de governo

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. On restrictions upon the right to vote, see *Nixon v. Herndon*, 273 U. S. 536; *Nixon v. Condon*, 286 U. S. 73; on restraints upon the dissemination of information, see *Near v. Minnesota ex rel. Olson*, 283 U. S. 697, 283 U. S. 713-714, 283 U. S. 718-720, 283 U. S. 722; *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U. S. 233; *Lovell v. Griffin*, *supra*; on interferences with political organizations, see *Stromberg v. California*, *supra*, 283 U. S. 369; *Fiske v. Kansas*, 274 U. S. 380; *Whitney v. California*, 274 U. S. 357, 274 U. S. 373-378; *Herndon v. Lowry*, 301 U. S. 242, and see Holmes, J., in *Gitlow v. New York*, 268 U. S. 652, 268 U. S. 673; as to prohibition of peaceable assembly, see *De Jonge v. Oregon*, 299 U. S. 353, 299 U. S. 365. Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U. S. 510, or national, *Meyer v. Nebraska*, 262 U. S. 390; *Bartels v. Iowa*, 262 U. S. 404; *Farrington v. Tokushige*, 273 U. S. 284, or racial minorities, *Nixon v. Herndon*, *supra*; *Nixon v. Condon*, *supra*: 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. *Compare 17 U. S. Maryland*, 4 Wheat. 316, 17 U. S. 428; *South Carolina v. Barnwell Bros.*, 303 U. S. 177, 303 U. S. 184, n 2, and cases cited”. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/case.html>> Acesso em: 13 agosto 2017.

⁹ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 102.

representativo e pela natureza da Constituição norte-americana. Apesar de não ser indispensável para os fins do presente estudo, vale destacar ideias importantes contidas na referida análise. É o que se passa a fazer.

Ao tratar do governo representativo, Ely demonstra como se desenvolveu o conceito de representação política nos Estados Unidos, bem como as falhas do sistema convencional que ensejaram intervenções judiciais corretivas e específicas. Nesse sentido, destaca que a democracia representativa despontou como o sistema mais adequado à superação do impasse prático gerado pelo exercício direto do poder político por todos os cidadãos ao mesmo tempo. A ideia, portanto, era a de que houvesse governantes de um lado e governados, de outro. Mas não só: intuitivamente, fez-se necessário assegurar que de certa forma os governantes se submetessem igualmente às regras por eles criadas, na expectativa de que isso resultasse na comunhão de interesses entre os dois grupos, que por sua vez impediria – pelo menos em tese – o surgimento de regramentos abusivos. É que, como afirma o autor, “os seres humanos não são iguais aos lemingues, e, conquanto possam concordar em sofrer alguma desvantagem em nome de um bem social urgente, eles não têm o hábito de se destruir em massa”¹⁰.

Além disso, mostrava-se igualmente indispensável achar um mecanismo de controle para fazer frente à tendência dos governantes de abusarem do poder que detinham, e é aí que surge o voto: instrumento que garantiria que os eleitos espelhassem os interesses da maioria da comunidade, e que permanecessem fieis a eles, pois, do contrário, seriam oportunamente substituídos. A engenhosidade desse sistema é notável, mas não se mostrou suficiente para conter aquilo que se convencionou chamar de *tiranía da maioria*.

Nesse cenário, a teoria tradicional de representação política teve de ser expandida para garantir não só que os representantes mantivessem seus interesses em harmonia com os interesses dos representados, mas também para que não separassem os interesses do grupo majoritário dos das minorias. E aqui é

¹⁰ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 113.

importante esclarecer que a ideia não era impedir que as minorias fossem desfavorecidas no processo político – até porque isso seria, quando menos, uma contradição em termos –, mas sim assegurar que fossem efetivamente representadas, e que a elas se dispensassem igual respeito e consideração.

A Suprema Corte norte-americana enfrentou o tema ainda no início do século XIX, quando do julgamento do famoso caso *McCulloch v. Maryland*, que resultou, inclusive, na famosa construção teórica dos poderes implícitos, segundo a qual o Congresso – ou, de forma mais ampla, qualquer órgão estatal – estaria implicitamente autorizado a utilizar os meios necessários para exercer os poderes que lhe foram conferidos pela Constituição¹¹. Seria pouco preciso, contudo, dizer que esse caso influenciou diretamente a nota de rodapé número 4 de *Carolene Products Co.*, mas fato é que a partir dele se consegue vislumbrar com mais ênfase um pressuposto do sistema de representação: os representantes devem representar todos os seus eleitores, sendo-lhes vedado conferir às minorias desfavorecidas um tratamento diferente daquele destinado a si próprios. A partir daí é possível dizer com algum grau de segurança que, ao menos em alguns casos o sistema tradicional de representação política parece não ser suficiente à proteção dos direitos dos grupos minoritários, e é nesses casos que se pode entender como válida a intervenção corretiva do Poder Judiciário.

Em reforço a essa tese – e já na segunda parte dessa análise –, o autor argumenta que a Constituição norte-americana se preocupou basicamente com dois temas: (i) o processo em sentido estrito, na perspectiva de uma *justiça procedimental* na solução de controvérsias individuais, e (ii) o processo em sentido amplo, entendido como a garantia de igual participação na distribuição dos benefícios resultantes do processo político¹². Nesse sentido, contrariando a ideia tradicional de

¹¹ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Error to the Court of Appeals of the State of Maryland. McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819). Chief Justice John Marshall. Washington, D.C., 20 de março de 1819. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/case.html>> Acesso em: 3 set. 2017.

¹² Vale destacar a análise feita por HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 326-327: “A concepção cética desenvolvida por J.H.Ely procura aliviar a jurisprudência da orientação por princípios jurídicos de proveniência moral ou ética em geral. Ely parte da ideia de que a constituição americana regula, em primeira linha, problemas de organização e procedimento, não sendo talhada

que a Constituição seria um documento amplo, perene e agregador de valores gerais da nação, Ely afirma que a tarefa de fixar esses valores foi deliberadamente delegada ao legislador, no âmbito do processo democrático de tomada de decisões políticas.

Em rigor, poucos (e esparsos) são os valores que aquela Constituição original fez questão de impor, em razão de circunstâncias históricas compreensíveis. São exemplos disso: (a) proibição do uso da corrupção do sangue como punição para casos de traição, em nome do valor substantivo de que é injusto sancionar os filhos por desvios dos pais; (b) proibição de cobrança pelos governos federal e estaduais de impostos sobre a exportação de artigo de quaisquer estados, a bem do valor econômico do livre comércio; (c) proibição da escravidão; (d) direito de portar armas; (e) liberdade religiosa; e (f) liberdade de contratar. Nesse sentido, e tirando esses poucos casos, o objetivo primordial do documento original seria garantir, de um lado, que os interesses de todos fossem devidamente representados nos processos decisórios – efetivamente ou de maneira virtual¹³ – e, de outro, assegurar que a aplicação da lei não resultasse na reinserção de práticas discriminatórias anacrônicas. Partindo dessas premissas, seria razoável concluir então que “*a preservação dos valores fundamentais não é uma tarefa própria da Constituição e do direito constitucional*”¹⁴.

Nessa mesma linha de raciocínio, aliás, pode-se citar o posicionamento de Jürgen Habermas, que apesar de reconhecer que o poder – social, econômico e administrativo – necessita de regulamentação por parte do Estado, afirma que essa constatação não implica entender a constituição como uma ordem jurídica global e concreta, dirigida a atribuir, de antemão, determinada forma de vida aos indivíduos. Muito ao contrário. Para o filósofo alemão, “*a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de*

para a distinção e implementação de valores fundamentais. No seu entender, a substância da constituição não reside em regulamentos materiais e sim formais”.

¹³ A ideia de representação virtual consiste na tentativa de ligar o destino daqueles que possuem o poder político – a exemplo do direito ao voto – ao destino dos que não o detém mas estão sujeitos às consequências de tal ou qual processo político decisório. Para uma abordagem mais analítica do tema, ver ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 109 et seq.

¹⁴ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 117.

*autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida [...]*¹⁵. Nessa linha de raciocínio, conclui que apenas as “condições processuais da gênese democrática das leis” garantiriam a legitimidade do direito, e que ao Tribunal Constitucional caberia a proteção do sistema de direitos que possibilite o exercício das autonomias pública e privada dos cidadãos¹⁶⁻¹⁷.

1.4 ATUANDO NA DESOBSTRUÇÃO DOS CANAIS INSTITUCIONALIZADOS DE MUDANÇA POLÍTICA

A abordagem de Ely deixa claro, portanto, que em uma democracia representativa adequada as escolhas substantivas ou os valores a serem estimulados, protegidos e mesmo impostos à comunidade devem ser por ela mesma escolhidos, o que no mundo real se dá principalmente por meio de seus representantes eleitos – destituíveis, caso as coisas não caminhem como esperado¹⁸. Quer isto dizer que a linha de decisão judicial constitucional que se propõe (*participation-oriented form of judicial review* ou *representation-reinforcing approach to judicial review*) é aquela que adota uma lógica *antitruste*, ou seja, que se faz presente apenas quando o mercado político funciona mal de modo sistêmico. É em contextos tais que a jurisdição constitucional encontraria alguma legitimidade para agir, pois seria mesmo um contrassenso imaginar que os jogadores beneficiados por um jogo de algum modo viciado fizessem algo para mudar o cenário que lhes favorece¹⁹.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 326.

¹⁶ Idem, ibidem. Afirma o autor que, numa concepção pós-liberal, em que a autonomia privada tem como ameaças não só o Estado mas também os poderes econômico e social, “o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controversas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático”.

¹⁷ Nesse mesmo sentido, CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. *Direito à saúde – paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 217: “Nesse sentido, convém insistir, a função do Judiciário [para Habermas], ao tratar dos temas alusivos aos direitos fundamentais, consistiria na proteção do processo legislativo democrático e não na assunção da imagem de guardiã de uma ordem suprapositiva de valores”.

¹⁸ Cf. GONÇALVES, Nicole P. S. Mader. *A jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa*. 2009. 580 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2009, p. 194-195, entendendo que “Para Ely, as decisões morais de uma sociedade democrática devem ser tomadas pelos legítimos representantes do povo, de modo que nesse cenário compete aos juizes garantir as premissas essenciais para o desenvolvimento de um processo político em que todos estejam em condições de igualdade”.

¹⁹ Nessa mesma linha de raciocínio, CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. *Direito à saúde – paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 218, para quem “A posição de ELY sobre o *judicial review* é no sentido de que a atuação judicial não se embasa em

Intuitivamente, portanto, caberia à Corte fiscalizar a participação e corrigir discriminações injustificadas, protegendo direitos civis e políticos de cunho participativo, o funcionamento e a manutenção dos processos decisórios. O fato de não ser eleita e nem estar sujeita a mandato temporário eletivamente renovável – sendo, portanto, politicamente irresponsável – facilitaria a função de monitorar a equidade procedimental e dar voz a minorias alijadas do processo político e à margem da sociedade²⁰.

Nessa perspectiva, Conrado Mendes pontua que sob a ótica procedimentalista de atuação da Corte no processo de formação da vontade democrática, ela não se imiscuiria nas grandes decisões do povo. Seu dever, em rigor, seria garantir que a disputa dos interesses em jogo ocorresse sob bases igualitárias. Com base nessas premissas, desbordar dessa atuação corretiva para se arvorar no domínio dos juízos morais substantivos da democracia refletiria um *regime de guardiões*, que privaria o povo de se autogovernar e ao mesmo tempo o infantilizaria ao subordiná-lo a uma elite pretensamente mais capaz de fazer escolhas por ele²¹⁻²².

Como já visto, uma das hipóteses que justifica a atuação mais ativista do Judiciário ocorre quando os canais de mudança política são deliberadamente obstruídos por aqueles beneficiados pelo estado de coisas. Trocando em miúdos, isso se verifica quando a coalizão política majoritária trabalha para manter as regras do processo democrático exatamente como estão, a despeito de, por consequência, perpetuar um cenário permanente de exclusão dos excluídos e inclusão de seus correligionários. A tentativa de desobstruir esses canais institucionais de mudança

critérios de legitimação política, pois, nesse âmbito, os juízes tendem a impor sua própria vontade e não necessariamente a vontade da sociedade. Na verdade, para ELY, o *judicial review* só se justificaria como algo referido a uma teoria de interpretação constitucional que pudesse efetivamente restringir a discricção judicial, assegurando aos juízes uma atuação segundo princípios legais pré-definidos. Nessa perspectiva, os juízes poderiam orientar-se, em seu agir, por critérios legítimos na medida em que passassem a concretizar os princípios endossados por essa comunidade”.

²⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008, p. 58.

²¹ Nesse ponto, comenta HABERMAS, Jürgen, op. cit., p. 329: “O ceticismo de Ely volta-se, com razão, contra uma *compreensão paternalista* do controle jurisdicional da constitucionalidade, a qual se alimenta de uma desconfiança amplamente difundida entre os juristas contra a irracionalidade de um legislador que depende de lutas de poder e de votações emocionais da maioria”.

²² Interpretação semelhante da teoria de Ely pode ser encontrada em VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o congresso nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 114-119.

passa – e provavelmente ninguém discordará do argumento – por proteger adequadamente a eficácia da liberdade de expressão e do direito ao voto. Afinal, parece haver um consenso de que essas garantias estão intimamente ligadas ao bom funcionamento de um processo democrático aberto e eficaz.

O exemplo norte-americano, ao que tudo indica, aponta para o efetivo reconhecimento da liberdade de expressão como uma forma de combate à tendência dos incluídos de tentar restringir de forma indevida a expressão de seus adversários políticos. Afinal, todo cuidado é pouco quando se está diante de um parlamentar cuja autoridade depende, em maior ou menor grau, da eficácia da projeção de sua voz aos quatro cantos, o que, naturalmente, tanto mais será possível se não encontrar vozes opostas que falem mais alto no meio do caminho. Nesse sentido, a Suprema Corte norte-americana de há muito vem tratando do tema e parece ter tido alguns avanços, que não passaram, contudo, sem experiências institucionais desagradáveis.

A abordagem da chamada “ameaça específica” (concretizada no famoso critério do *real and present danger*), por exemplo, parece não ter sido o melhor critério de decisão constitucional para lidar com formas de expressão mais incisivas ou eloquentes. De uma maneira geral, a ideia subjacente a essa abordagem é a de que determinada mensagem pode ser suprimida se, nas circunstâncias em que veiculada, puder gerar um perigo certo e iminente de concretizar males reais que o Parlamento tem direito de impedir. Ocorre, porém, que a experiência prática mostrou que esse critério estimula demasiadamente a discricionariedade judiciária e, em tempos de crise, de nada serve à proteção da liberdade de expressão²³.

²³Nesse sentido, cf. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Error to the District Court of the United States for the Eastern District of Pennsylvania. Schenk vs. United States*, 249 U.S. 47 (1919). Justice Holmes. Washington, D.C., 3 de março de 1919. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/case.html>>. Acesso em: 12 set. 2017. E, igualmente, ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Error to the District Court of the United States for the Northern District of Ohio. Debs vs. United States*, 249 U.S. 211, (1919). Justice Holmes. Washington, D.C., 10 de março de 1919. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/211/>>. Acesso em: 12 set. 2017. Ambos os casos envolviam acusações dispostas na Lei de Espionagem de 1917. No primeiro caso, o réu foi preso por imprimir e distribuir um panfleto destinado aos recrutas que veiculava a mensagem “Não à intimidação”. Já no segundo caso, a Corte condenou Eugene V. Debs por fazer um discurso de exortação ao crescimento do socialismo e ao seu êxito no campo internacional, no qual também convocava os cidadãos a serem mais do que escravos e carne de canhão. Em suma, ambos passaram mais de dez anos na prisão por manifestações que dificilmente justificariam tamanha

Nesse cenário, Ely propõe a conjugação dessa abordagem com uma outra, a das “mensagens não protegidas” – que, em rigor, é uma forma menos radical da teoria de que toda e qualquer expressão ou palavra deveria ser imune à regulamentação estatal. Nessa abordagem, a regra é que se dê proteção a todo tipo de expressão, à exceção das que se enquadrem em categorias claras, estritas e definidas previamente. A vantagem aqui é de que se retira o calor do momento da equação, já que a consideração de eventual dano se dá com antecedência, e não em contextos específicos. Pode-se pensar, no entanto – e com razão –, que esse novo modo de operar não resolve o problema, já que casos há em que a avaliação do caso concreto, ou do contexto específico em que veiculada a mensagem é crucial para que se tenha a real dimensão de seu potencial danoso a outros direitos constitucionais igualmente protegidos.

Com efeito, o argumento procede. Mas a abordagem das “mensagens não protegidas” continua sendo essencial por duas razões. Em primeiro lugar, porque é a forma mais adequada de barrar a discricionariedade judicial – especialmente em tempos de crise – nos casos em que determinada mensagem é proibida por ser considerada perigosa em si mesma. E em segundo lugar, porque serve de contraponto a abordagem da ameaça específica, aumentando o ônus argumentativo de quem pretender proibir dada manifestação que não se inclua, *a priori*, em alguma das categorias de mensagens não protegidas²⁴.

O direito ao voto, por sua vez, é inequivocamente outro mecanismo eficaz e amplamente institucionalizado de mudança política. Na verdade, pode-se dizer que se o controle de constitucionalidade deve se preocupar basicamente com a eliminação de entraves ao processo democrático, nada parece estimular mais a sua ação corretiva quanto a negação do direito ao voto. Na mesma linha de raciocínio que se vem expondo acima, a ideia aqui é a de que não é razoável deixar nas mãos dos representantes políticos de plantão a escolha de quem deve ficar ou não de fora da disputa. Essa, então, é a razão pela qual cabe ao Judiciário assegurar que todos

sanção. ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 143.

²⁴ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 148.

tenham direito de voto, e que ele só seja restringido quando haja um motivo verdadeiramente convincente para tanto. Nesse ponto, vale destacar a experiência norte-americana com a chamada “má distribuição da representação proporcional” – quando o voto de um indivíduo corresponde apenas a uma fração do voto de outro –, que acabou por abrir caminho para o conhecido critério de “um voto por pessoa”²⁵.

Para se ter uma noção de que a questão não é nada óbvia, o autor aponta que houve um tempo em que se dizia – a exemplo do *Justice* Frankfurter, da Suprema Corte norte-americana²⁶ – que a redistribuição proporcional dos representantes era um verdadeiro emaranhado político, do qual a Corte deveria manter distância. A despeito disso, as mais variadas discussões sobre o significado da democracia parecem chegar à conclusão compartilhada de que sua definição inclui, necessariamente, a igualdade política como fator elementar, que não é senão a ideia de que todo voto deve ter o mesmo valor. Mas a questão não é tão simples quanto parece.

No chamado caso *Reynolds*, no qual a Corte desenvolveu o princípio de “um voto por pessoa”, o juiz Stewart divergiu para afirmar que a distribuição proporcional não impunha necessariamente esse princípio, mas sim a ideia de que respeitadas as demais exigências da cláusula de igual proteção, era vedado a determinado plano de distribuição permitir a frustração sistemática da vontade da maioria. Percebe-se, então, que o critério de “um voto por pessoa” não venceu por ser o único racional, ou por ser detentor de algum valor ontologicamente mais sublime. Na verdade, o que parece lhe ter conferido uma aceitação maior – e, atualmente, quase generalizada – foi sua maior administrabilidade. Isso porque a outra opção – proposta pelo juiz Stewart – era impraticável no fim das contas, pois demandaria da

²⁵ Adotado pela Suprema Corte norte-americana no caso *Reynolds*. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Appeal from the United States District Court for the Middle District of Alabama. Reynolds v. Sims*. 377 U.S. 533 (1964). Chief Justice Warren. Washington, D.C., 25 de junho de 1964. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/377/533/case.html>> Acesso em: 3 set. 2017.

²⁶ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Appeal from the District Court of the United States for the Northern District of Illinois. Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549, 556 (1946). Justice Frankfurter. Washington, D.C., 10 de junho de 1946. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/328/549/case.html>> Acesso em: 3 set. 2017.

Corte uma busca pela real formatação dos diversos fatores de poder operantes nos estados cujos planos de distribuição proporcional dos votos lhes fossem submetidos.

Nesse contexto, aponta Ely, a alternativa de um voto por pessoa mostrou-se a única viável na prática, e apesar de parecer invasiva em um primeiro momento, mostrou-se muito menos após um olhar mais atento. Esse foi um caso típico onde o menos, na verdade, foi mais. Mas não foi o único. Vale lembrar do caso *Gideon v. Wainwright*²⁷ – a partir do qual se estabeleceu a exigência de que acusados de crime grave (*felony*) sejam representados por advogados –, em que a razão de ser do posicionamento da Corte foi o fato de que a legislação anterior (a chamada “regra das circunstâncias especiais”) demandava uma atuação judicial no mínimo desparametrizada na tentativa de se determinar com alguma eficiência os fatos concretos de cada caso. E do paradigmático caso *Miranda v. Arizona*²⁸, que por razões parecidas fixou o dever da polícia de proceder à leitura de uma lista de advertências ao indivíduo antes de interrogá-lo.

1.5 VIABILIZANDO A EFETIVA REPRESENTAÇÃO DOS GRUPOS MINORITÁRIOS

Quando se fala na proteção das minorias, defende-se com alguma frequência que o papel central da Corte seria o de assegurar sua participação no processo político tradicional. A despeito disso, Ely sustenta que o princípio da representação política parece mesmo demandar algo mais do que apenas o direito ao voto e à voz. Esse algo poderia ser satisfatoriamente representado pelo direito de ser levado em consideração, ou seja, de não apenas poder falar, mas também de poder ser efetivamente ouvido²⁹. Alguém poderia objetar o argumento se valendo da teoria

²⁷ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Certiorari to the Supreme Court of Florida. Gideon v. Wainwright*. 372 U.S. 335 (1963). *Justice Black*. Washington, D.C., 18 de março de 1963. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/372/335/>>. Acesso em: 3 set. 2017.

²⁸ ESTADO UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Certiorari to the Supreme Court of Arizona. Miranda v. Arizona*. 384 U.S. 436 (1966). *Chief Justice Warren*. Washington, D.C., 13 de junho de 1966. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/case.html>>. Acesso em: 3 set. 2017.

²⁹ Nesse particular, v. HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 327-328: “Sob o aspecto do procedimento, Ely entende as classificações implicitamente desiguais, de grupos que deveriam ser tratados de modo igual [a exemplo das minorias étnicas ou religiosas, grupos sociais marginalizados, homossexuais, aleijados, velhos e jovens], como resultado de um processo político deformado nas condições procedimentais democráticas. Por isso, o controle abstrato de normas deve referir-se, em primeira linha, às condições da gênese democrática das leis, iniciando pelas

política pluralista, cuja tese central é a de que qualquer grupo munido do direito ao voto poderia proteger seus interesses participando ativamente do processo político, fazendo barganhas, trocas e laços que melhor conviessem a seus interesses. É um bom ponto, mas há muito tempo não se tem mostrado de grande valia, em especial quando se observa a concentração de poder e a diferença abissal entre as coalizões políticas majoritárias e os variados grupos minoritários³⁰.

A pergunta que se impõe, então, prossegue o autor, é como proceder ao exame da adequabilidade dessa participação das minorias no processo político? Poder-se-ia examinar os resultados substantivos alcançados, mas dificilmente haveria algum parâmetro válido para dizer que determinada distribuição esteve diretamente relacionada a alguma dificuldade de participação das minorias interessadas. A resposta possível sugere que se analise o próprio processo que resultou nessa distribuição.

Até aqui, portanto, é possível descrever que o sistema procedimental de controle de constitucionalidade exposto funciona mais ou menos da seguinte forma: quando a Corte se deparar com cursos de ação política que neguem direitos essenciais à participação política ou direitos que estejam expressamente garantidos pelo texto constitucional, a atuação corretiva será a medida adequada, e dispensará a análise do caminho que levou a essa ou aquela inconstitucionalidade; por outro lado, quando se tratar de distribuições que não se incluam nas duas categorias acima mencionadas, a atuação judicial apenas se legitimará se tiver havido alguma falha no respectivo processo político: nessa última hipótese, podem ser destacados dois mecanismos de controle procedimental dos atos do Poder Público, a saber, (i) a

estruturas comunicativas de uma esfera pública legada pelos meios de massa, passando, a seguir, pelas chances reais de se conseguir espaço para vozes desviantes e de reclamar efetivamente direitos de participação formalmente iguais, chegando até à representação simétrica de todos os grupos relevantes, interesses e orientações axiológicas no nível das corporações parlamentares e atingindo a amplitude dos temas, argumentos e problemas, dos valores e interesses, que têm entrada nas deliberações parlamentares e que são levadas em conta na fundamentação das normas a serem decididas”.

³⁰ Cf., por todos, HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 328: “Ely imprime um rumo procedimental inesperado à desconfiança liberal em relação a minorias tirânicas. Ele se interessa pelas limitações concretas do pluralismo formalmente permitido e utiliza a representação clássica da representação virtual, a fim de reclamar uma participação com igualdade de chances para as minorias tecnicamente representadas, porém, de fato, excluídas ou impedidas”.

constitucionalidade da motivação do ato e (ii) a suspeitabilidade das classificações empreendidas. Como se verá, ambas as hipóteses se complementam na busca da situação que legitimará a anulação de um ato estatal pelo Judiciário³¹.

Quando se fala na teoria da motivação quer-se com isto dizer que o mesmo ato do Estado pode ou não ser constitucional a depender dos motivos que lhe serviram de base. Na prática, significa dizer, por exemplo, que se indivíduos forem privados de seus direitos por razões diretamente ligadas à religião, política, raça, opção sexual ou apenas por capricho da autoridade que pratica o ato, isso certamente será incompatível com a Constituição³². É certo que sempre que for possível lançar mão de uma explicação razoável e plausível para a realização do ato contestado, dificilmente o Judiciário conseguirá concluir, com responsabilidade, que o ato padece de motivação constitucionalmente ilegítima. Mas isso não quer dizer que de nada vale a empreitada; apenas diz que haverá muitos casos em que não será possível o êxito nessa busca.

Nesse cenário, a teoria das “classificações suspeitas” desponta como um verdadeiro instrumento de investigação das motivações de que se tratou acima. Na verdade, sua funcionalidade está justamente na eliminação de motivações inconstitucionais. Costuma-se dizer que quando se fala em classificações suspeitas, é preciso que, em primeiro lugar, o Estado forneça uma meta extremamente relevante e que, em segundo lugar, demonstre a nítida correlação entre a meta fornecida e a classificação proposta. Apesar disso, essa estruturação parece ganhar muito mais eficácia quando a relevância da meta e sua compatibilidade com a classificação entram em cena não após já se ter concluído pela suspeição da classificação, mas sim como expedientes anteriores lançados justamente para saber se a desconfiança

³¹ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, pp. 182-3.

³² Em sentido contrário, a manifestação do juiz Black em *Palmer v. Thompson*. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Certiorari to the United States Court of Appeals for the Fifth Circuit. Palmer v. Thompson*, 403 U.S. 217, (1971). Justice Black. Washington, D.C., 14 de junho de 1971. Na ocasião, o juiz Black asseverou que “É difícil ou impossível para qualquer tribunal determinar a motivação ‘única’ ou ‘dominante’ por trás das escolhas de um grupo de legisladores. Além disso, há um elemento de futilidade na tentativa judicial de invalidar uma lei por causa das más intenções de seus apoiadores. Se a lei é derrubada por essa razão, e não por seu efeito ou conteúdo imediato, ela seria presumidamente válida assim que o Legislativo ou o corpo governante a reaprovasse por razões diferentes” (tradução livre). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/217/case.html>>. Acesso em: 3 set. 2017.

inicial realmente procede sob a ótica de um exame mais detido ou especial (*special scrutiny*)³³. Mas não é só.

A cautela recomenda – e a Suprema Corte norte-americana parece ter aderido à ideia – que a meta alegada pelo Estado possua alguma plausibilidade:

[...]pois nem mesmo uma compatibilidade perfeita entre a classificação em exame e a meta alegada pelo Estado deverá ser suficiente para apaziguar nossa desconfiança inicial se essa meta for tão pouco importante que nos leve a suspeitar que não passe de um pretexto³⁴.

A título exemplificativo, pode-se citar como classificações suspeitas aquelas baseadas na raça, nacionalidade, orientação sexual e estereótipos em geral – cujo número de contraexemplos seja relativamente mais alto do que a autoridade legislativa parece ter suposto ao editar o ato. De alguma forma, os exemplos remontam às minorias separadas e isoladas de que falava o *Justice Stone*, na já mencionada nota de rodapé número 4 a *Carolene Products Co.*

Como se percebe, portanto, essa abordagem tenciona identificar grupos sociais cujos interesses não estejam sendo atendidos pelos representantes eleitos, de forma deliberada. Mais: para se chegar a essa identificação não basta notar que determinado grupo não funciona como um organismo político – porque, em rigor, pode-se apontar um sem número de motivos razoáveis e válidos para esse comportamento, ou para a falta dele. É preciso constatar se, dadas as circunstâncias em que inserido, há algum fator que bloqueie sistematicamente seu acesso à representação. Nessas situações, fica relativamente claro que recorrer às autoridades eleitas pouco – ou de nada – adiantará. Daí por que os Tribunais surgem como a arena mais apropriada para tratar dessas questões³⁵.

³³ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, pp. 195-197.

³⁴ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 198.

³⁵ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 203.

Dito isso, e a partir das premissas teóricas apresentadas, o próximo capítulo é destinado a analisar de que forma o Supremo Tribunal Federal tem decidido casos sensíveis relacionados à reforma política, precisamente por envolverem situações com alta margem de possibilidade de atuação por parte da Corte. Vale dizer: o objetivo é justamente identificar se a atuação da Corte respeitou os limites da possibilidade de agir jurisdicional em uma democracia representativa – a partir do referencial teórico apresentado – ou se, pelo contrário, desbordou daquilo que dela se espera e adentrou no campo reservado à conformação política majoritária.

CAPÍTULO 2 – ANÁLISE DE CASOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Apresentadas as premissas teóricas de uma abordagem procedimental de tomada de decisões constitucionais, a segunda parte do presente estudo consistirá na tentativa de verificação da aplicação concreta (ou não) desses postulados. Nesse sentido serão analisadas cinco decisões emblemáticas do Supremo Tribunal Federal, todas relacionadas à reforma política brasileira, cujos temas são os seguintes: (i) fidelidade partidária no sistema eleitoral proporcional; (ii) fidelidade partidária no sistema eleitoral majoritário; (iii) cláusula de barreira ou de desempenho; (iv) verticalização das coligações partidárias; e (v) financiamento privado de campanhas eleitorais. Na sequência de cada análise serão feitos comentários críticos a respeito da postura da Corte, a partir das expectativas de comportamento geradas pela teoria de base analisada na primeira parte do presente trabalho.

2.1 FIDELIDADE PARTIDÁRIA NO SISTEMA ELEITORAL PROPORCIONAL

O tema que será analisado adiante envolveu o julgamento conjunto pelo Supremo Tribunal Federal (STF) de três mandados de segurança impetrados pelo Partido Popular Socialista (PPS) – MS nº 26.602/DF, Ministro Relator Eros Grau, pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) – MS 26.603/DF, Ministro Relator Celso de Mello, e pelo Democratas (DEM) – MS nº 26.604/DF, Ministra Relatora Cármen Lúcia³⁶⁻³⁷⁻³⁸. A questão controvertida consistia em saber se os

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS nº 26.602/DF. Tribunal Pleno. Impetrante: Partido Popular Socialista (PPS). Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 4 de outubro de 2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2826602%2EENUME%2E+OU+26602%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zmbg67r>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS nº 26.603/DF. Tribunal Pleno. Impetrante: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 4 de outubro de 2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2826603%2EENUME%2E+OU+26603%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jyolcr3>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS nº 26.604/DF. Tribunal Pleno. Impetrante: Democratas (DEM). Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 4 de outubro de 2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2826604%2EENUME%2E+OU+26604%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zgrv2ve>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

partidos políticos possuíam o direito (líquido e certo) à manutenção das vagas por eles conquistadas nas eleições regidas pelo sistema proporcional, na hipótese de desfiliação dos parlamentares que as ocupavam originalmente.

Os mandados de segurança foram impetrados contra decisão emanada do Presidente da Câmara dos Deputados, que indeferiu requerimentos formulados pelos partidos políticos acima citados. Neles, as agremiações pleiteavam a declaração de vacância, por renúncia presumida, de mandatos exercidos por alguns deputados federais eleitos sob sua legenda e que tinham mudado de filiação partidária. O pedido teve como um dos principais fundamentos a resposta dada pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) à Consulta formulada pelo então Partido da Frente Liberal (PFL), hoje Democratas (DEM), que se consubstanciou na seguinte indagação: “*Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?*”³⁹.

O TSE, à época, respondeu positivamente à Consulta, consignando que, dadas as características do sistema proporcional adotado no Brasil – com regras de quociente eleitoral e quociente partidário –, o mandato é do partido, de modo que a mudança de agremiação, ocorrida após a diplomação, resulta na perda do mandato pelo parlamentar. Em Consulta posterior, o Tribunal reafirmou seu posicionamento e o fez asseverando que “*o mandato é do partido e, em tese, o parlamentar o perde ao ingressar em outro partido*”⁴⁰.

Nesse sentido, os impetrantes sustentaram que, com base no entendimento fixado pelo TSE por ocasião da Consulta feita pelo PFL (de número 1.398), acima mencionada, teriam pleno direito de reaver as cadeiras ocupadas pelos

³⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta. Cta nº 1.398/DF. Tribunal. Consulente: Partido da Frente Liberal (PFL) – nacional, por seu presidente. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, 27 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-no-22-526-consulta-no-1-398/view>>. Acesso em: 12 set. 2017.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta. Cta nº 1.423/DF. Tribunal. Consulente: Ciro Nogueira Lima Filho. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 1º de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 12 set. 2017.

parlamentares que trocaram de partido durante o mandato. Em síntese, alegaram que (i) a impetração do *mandamus* não ofenderia o princípio constitucional da separação dos poderes, pois o STF reconhece a validade da atuação do Poder Judiciário quando se depara com ofensa a qualquer direito constitucionalmente protegido; (ii) os impetrantes, na qualidade de partidos políticos, teriam o direito líquido e certo de manter as vagas conquistadas nas eleições e ocupadas por candidatos filiados, como proclamou o Tribunal Superior Eleitoral; e (iii) os partidos não poderiam ver-se prejudicados em seu direito de representação em face da conduta de mandatários que adotaram novas ideologias político-partidárias, pois o entendimento mais adequado militaria em favor da preservação, pelo partido político, das vagas obtidas pelo quociente eleitoral, dados os pressupostos do sistema representativo proporcional.

O então Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Federal Arlindo Chinaglia, apresentou Informações por meio das quais consignou que o entendimento da Câmara dos Deputados seria no sentido da impossibilidade de deferimento dos pedidos dos impetrantes, por inexistência de previsão legal ou jurisprudencial que os embasasse. Sustentou, ainda, que a manifestação do TSE não se revestiria de auto-executoriedade, pois não teria força para sujeitar a Câmara dos Deputados.

Por sua vez, os deputados federais cujos mandatos estavam sendo vindicados – litisconsortes passivos necessários – apresentaram contestações no bojo das quais alegaram, em síntese, que (i) o STF já havia decidido sobre a matéria anteriormente, ocasião em que concluiu pela impossibilidade da perda de mandato por infidelidade partidária; (ii) o rol previsto pelo artigo 55 da CRFB/88 seria exaustivo, não permitindo acréscimos de hipóteses de perda de mandato⁴¹; (iii) não haveria falar em renúncia tácita ou presumida do parlamentar ao mandato, uma vez que a troca de

⁴¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*, artigo 55: “Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I – que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II – cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III – que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV – que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V – quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

agremiação evidenciaria a vontade de prosseguir no exercício do mandato; (iv) o Tribunal Superior Eleitoral teria agido fora dos limites de sua competência ao responder à Consulta sobre tema de índole constitucional, além do que, em última análise, o pronunciamento do TSE não vincularia o STF; e que (v) a mudança de partido teria sido justificada, tendo em vista que decorreu de alteração do ideário político-partidário e de intensa perseguição política interna.

O Ministério Público Federal opinou, preliminarmente, pelo não conhecimento das ações mandamentais e, no mérito, pela denegação da ordem. Na hipótese de sua concessão, porém, requereu a modulação dos efeitos temporais da decisão para tornar o novo entendimento aplicável apenas à legislatura seguinte. O parecer afirmou que a Constituição Federal não admite, expressa ou implicitamente, a perda do mandato como penalidade pela mudança de agremiação, em consagração ao mandato representativo popular.

Ao final, o Supremo Tribunal Federal rejeitou as preliminares arguidas, conheceu dos mandados de segurança e, no mérito, fixou o entendimento de que no caso de infidelidade partidária, o partido político prejudicado tem o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional. Em situações excepcionais, entretanto, como perseguição política ou mudança substancial do programa ideológico-partidário da agremiação, o parlamentar pode manter a integridade do mandato eletivo, desde que tais circunstâncias sejam provadas no âmbito de procedimento de justificação instaurado perante a justiça eleitoral. Além disso, e considerando a revisão jurisprudencial que se estava a fazer e a necessidade de se observar os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, a Corte adotou a data da Consulta feita pelo PFL (de número 1.398), 20 de março de 2007, como marco temporal a partir do qual a decisão deveria ter eficácia.

Isso posto, o STF, por maioria, denegou as ordens no MS nº 26.602/DF, Relator Ministro Eros Grau, e no MS nº 26.603/DF, Relator Ministro Celso de Mello. Quanto ao MS nº 26.604/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, o Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente a ordem para o fim de determinar ao Presidente da Câmara dos Deputados que remetesse ao Tribunal Superior Eleitoral o pedido de

declaração de vacância do posto ocupado pela litisconsorte Jusmari Terezinha de Souza Oliveira, no intuito de que aquela Corte, após a adoção de resolução disciplinadora do procedimento de justificação, decidisse sobre a matéria.

É possível dizer que os principais argumentos que fundamentaram a decisão em análise foram os seguintes: (i) essencialidade dos partidos políticos para a concretização do princípio democrático, que permitiria se falar em verdadeira democracia partidária; (ii) intermediação necessária das agremiações partidárias nas candidaturas aos cargos eletivos, por força do artigo 14, § 3º, inciso V, da Constituição de 1988; (iii) a natural vinculação entre os partidos políticos e os candidatos no sistema representativo proporcional, em especial pelo papel de destaque desempenhado pelo quociente eleitoral na distribuição dos cargos eletivos; e (iv) a infidelidade partidária como gesto de desrespeito ao postulado democrático, aos eleitores e aos partidos políticos que propiciaram as candidaturas, o que viola a soberania popular e ao mesmo tempo distorce o funcionamento do sistema representativo proporcional.

O tema ganha ainda mais relevância quando se nota que houve verdadeira guinada jurisprudencial rumo a uma nova interpretação da Constituição pelo STF. Isso porque o Tribunal, em 1989, já havia se deparado com o tema da fidelidade partidária como justificativa para a extinção do mandato do parlamentar que deixasse a legenda sob a qual tinha sido eleito. Confirma-se trecho do voto condutor, proferido pelo Ministro Relator Moreira Alves, que condensa o entendimento fixado pela Corte naquela ocasião:

Em face da Emenda nº1, que, em seu artigo 152, parágrafo único (que, com alteração de redação, passou a parágrafo 5º desse mesmo dispositivo, por força da Emenda Constitucional nº 11/78), estabelecia o princípio da fidelidade partidária, Deputado que deixasse o Partido sob cuja legenda fora eleito perdia o seu mandato. Essa perda era decretada pela Justiça Eleitoral, em processo contencioso em que se assegurava ampla defesa, e, em seguida, declarada pela Mesa da Câmara (arts. 152, § 5º; 137, IX; e 35, § 42).

Com a emenda Constitucional nº 25/85, deixou de existir esse princípio de fidelidade partidária, e, em razão disso, a mudança de Partido por parte de Deputado não persistiu como causa de perda de mandato, revogado o inciso V do artigo 35 que enumerava os casos de perda de mandato.

Na atual Constituição, também não se adota o princípio da fidelidade partidária, o que se tem permitido a mudança de Partido por parte de

Deputados sem qualquer sanção jurídica, e, portanto, sem perda de mandato.

Ora, se a própria Constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação proporcional, muda de partido e, com isso, diminui a representação parlamentar do Partido por que se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças aos votos de legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (artigos 5º, LXX, “a”; 58, § 1º; 58, § 4º; 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um partido no Parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato, a que alude o artigo 55⁴².

Como se pode perceber, o entendimento então adotado pela maioria se fundamentou na inexistência de norma expressa que prescrevesse a perda do mandato como sanção ao parlamentar que deixasse a legenda sob a qual fora eleito. Nesse sentido, pode-se dizer que o silêncio deliberado do texto constitucional – ao não repetir a regra constante do art. 152, parágrafo único da Emenda Constitucional nº 1, de 1969⁴³ – somado à taxatividade do já mencionado artigo 55 da Constituição atual (de 1988) constituiria a razão principal da decisão a que se chegou naquele julgamento.

Ao revisitar o tema e superar esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal destacou a relação entre os partidos políticos e a conformação do Estado Democrático de Direito. As agremiações partidárias, segundo o Tribunal, como corpos intermediários que se posicionam entre a sociedade civil e a sociedade política, atuam como canais institucionalizados de vazão dos desejos políticos e das reivindicações sociais das diversas camadas e correntes de pensamento.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 20.927/DF. Tribunal Pleno. Impetrante: Luiz Fabrício Alves de Oliveira. Autoridade coatora: Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 11 de outubro de 1989. *DJ* 15 abr. 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85369>>. Acesso em: 12 set. 2017.

⁴³ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*, artigo 152: “A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios: [...] Parágrafo único. Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

Partindo dessa premissa, entendeu-se que o mandato representativo tem natureza partidária, que por sua vez traduz emanação da norma constitucional que prevê o sistema eleitoral proporcional (art. 45, *caput* da CRFB/88). Nesse sentido, o mandato representativo não constitui projeção de um direito pessoal do qual o parlamentar eleito é titular, antes traduzindo a indispensável vinculação tanto do candidato ao eleitor (vínculo popular) quanto do candidato aos partidos políticos que viabilizaram sua candidatura (vínculo partidário). Daí a importância de tal regra (a da fidelidade partidária) para a higidez e correto funcionamento do sistema eleitoral proporcional, que seria um modelo mais adequado ao exercício democrático do poder, considerando que assegura às minorias o direito de representação legislativa e possibilita que as correntes políticas exerçam o direito de oposição parlamentar.

A Corte consignou, ainda, que a infidelidade partidária (sem justa causa) traduziria verdadeiro desrespeito ao postulado democrático. Isso porque migrações inesperadas, no mais das vezes sem motivação justa, para além de surpreenderem o eleitorado e as agremiações partidárias de origem – causando a estas últimas, inclusive, um grave *deficit* na representatividade conquistada nas urnas –, resultam em um arbitrário desequilíbrio de forças no Parlamento. Isto é, não só violam a vontade popular, como também constituem transgressão ao sistema proporcional, seja pelo prejuízo à representatividade de grupos minoritários nos órgãos legislativos, seja pela ofensa consequente ao direito de oposição e ao pluralismo político (art. 1º, incisos I, II e V da CRFB/88).

Por esses fundamentos, concluiu-se que a fidelidade partidária, constitucionalmente prevista (artigo 17, § 1º, parte final), (i) preserva a legitimidade do processo eleitoral, (ii) mantém hígida a vontade soberana do cidadão manifestada nas urnas, (iii) impede o desvirtuamento do modelo de representação popular, assegurando que o sistema eleitoral proporcional consiga atingir os fins para os quais foi pensado, (iv) valoriza os partidos políticos e (v) prima pela fidelidade que o parlamentar eleito deve observar quanto ao conjunto de eleitores e à própria agremiação partidária sob cuja legenda se elegeu.

2.1.1 COMENTÁRIO CRÍTICO

Como se percebe da leitura da análise do tema, a Constituição de 1988, em princípio, não admite a perda do mandato parlamentar como penalidade pela mudança de agremiação. Isto é, não é possível extrair do texto constitucional de forma expressa, ou mesmo implícita, a perda do mandato parlamentar como sanção pela infidelidade partidária. Tanto é assim que a Corte precisou empreender uma verdadeira construção retórica baseada em princípios para justificar o porquê da imposição desse dever aos mandatários do povo nas eleições pelo sistema proporcional. Mas não sem algumas concessões. É importante perceber que a decisão ressalva que em situações excepcionais, como a de perseguição política ou a de mudança substancial do programa ideológico da agremiação, o detentor do mandato poderá mantê-lo se provar a circunstância na forma prevista.

A Corte sustentou que, embora a exigência da fidelidade partidária não estivesse expressamente consagrada no texto constitucional, seria decorrência natural do respeito à soberania popular e do modo de funcionamento das eleições no sistema proporcional, em que os votos seriam angariados, em sua maior parte, pelos próprios partidos. Ou seja, as legendas partidárias seriam intermediadoras imprescindíveis na disputa eleitoral, pelo que teriam o direito de preservar o mandato conseguido nas urnas. Além disso, e de forma mais pragmática, a ausência desse dever prejudicaria a representatividade de grupos minoritários e resultaria em um desequilíbrio de forças no parlamento. Apesar de aparentemente legitimar a atuação corretiva da Corte, na linha da referida ideia de John Hart Ely de proteção das minorias desprovidas de força e voz, o argumento não resiste a uma análise mais detida. É que, em rigor, ele perde força – a ponto de apontar mesmo para mera conveniência política – quando confrontado com razões igualmente fundadas que conduzem à conclusão oposta a que se chegou no mencionado julgamento.

Em primeiro lugar, é altamente questionável a referida premissa de que, no sistema proporcional, os votos seriam majoritariamente conseguidos pelos partidos políticos e não pelos próprios candidatos. Isso porque o sistema proporcional de lista aberta brasileiro é caracterizado pela existência de candidaturas individuais,

fenômeno que gera uma dupla competição: uma entre os partidos, pelas cadeiras no Parlamento; outra entre as candidaturas individuais dentro de um mesmo partido, pelas possíveis cadeiras conquistadas⁴⁴. É dizer: ao fim e ao cabo, as respectivas campanhas ganham nítido caráter individual, desvinculadas do próprio partido a que filiado o candidato⁴⁵. Nesse contexto, os partidos exercem um papel secundário, de meros viabilizadores para que alguns políticos possam alcançar o êxito nas eleições⁴⁶. Em segundo lugar, como já se demonstrou, o texto da CRFB/88 não impõe a perda do mandato como penalidade pelo descumprimento do dever de fidelidade partidária. Basta a leitura do rol do art. 55 da Constituição de 1988 e se verá que lá estão as hipóteses tradicionalmente taxativas de perda de mandato, e nenhuma delas diz com a infidelidade partidária, refletindo o silêncio eloquente do constituinte⁴⁷.

Em terceiro lugar, o dever de fidelidade partidária foi introduzido no Brasil pelo art. 152 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969⁴⁸, e só veio a ser extinto pela Emenda Constitucional nº 25, de 1985, quando da redemocratização do país. No mínimo, um indicativo do caráter democraticamente questionável dessa medida, em especial pela supressão significativa da autonomia do detentor do mandato eletivo concedido pelo voto popular. Por fim, e em quarto lugar, o Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado sobre o tema antes, ocasião em que assentou a inaplicabilidade da perda do mandato como sanção pela troca de partido pelos parlamentares. As condições fático-jurídicas não mudaram nesse meio-tempo, pelo que nada justifica tamanha guinada jurisprudencial no sentido contrário, ou pelo menos nada com que devesse se preocupar o Poder Judiciário.

Nesse cenário, é possível dizer que a questão de fundo é altamente controvertida e que o texto constitucional não oferece resposta pronta. A bem da

⁴⁴ NICOLAU, Jairo. *Sistemas eleitorais: uma introdução*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 4. Ed., 2002, p. 51.

⁴⁵ REIS, Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos. *Financiamento da política no Brasil*. 2010. 239 f. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 35.

⁴⁶ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Sistemas eleitorais: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 161.

⁴⁷ No mesmo sentido, REIS, Daniel Gustavo Falcão. *Op. cit.*, p. 40.

⁴⁸ MACIEL, Eliane Cruxên Barros de. *Fidelidade partidária: um panorama institucional*. 2004, p. 2. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-9-fidelidade-partidaria-um-panorama-institucional>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

verdade, talvez a história legislativa da constituinte aponte na direção oposta. Seja como for, não se está sustentando que a fidelidade não seja conveniente ou mesmo desejável, talvez até seja mesmo. Mas disso não decorre a conclusão de que o Supremo Tribunal Federal deveria impô-la de cima para baixo, ao prever a perda do mandato por seu descumprimento, como se se tratasse de uma sanção posta no texto constitucional, quando na verdade há boas razões para crer que a questão está muito mais perto de conveniência política. Nesse sentido, muito melhor se a Corte houvesse mantido sua jurisprudência anterior e permanecido deferente à opção do constituinte na matéria.

2.2 FIDELIDADE PARTIDÁRIA NO SISTEMA ELEITORAL MAJORITÁRIO

O caso trata da ação direta de inconstitucionalidade nº 5081, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, ajuizada pelo Procurador-Geral da República em face dos artigos 10 e 13 da Resolução nº 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral⁴⁹⁻⁵⁰. Como se verá, o ponto central da ação consistiu em saber se era legítima a extensão da regra da fidelidade partidária aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário – adotado para a eleição de Presidente, governador, prefeito e senador.

Em suas alegações, o proponente afirmou que os termos “*suplente*” e “*ou vice*”, constantes do art. 10, e o trecho “*e, após 16 (dezesesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário*”, expresso no art. 13, ambos da referida Resolução, violariam o sistema eleitoral e o estatuto constitucional dos congressistas,

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI nº 5081/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 27 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%285081%2EENUME%2E+OU+5081%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hbamfgg>>. Acesso em: 13 set. 2017.

⁵⁰ BRASIL. Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007: “Art. 10. Julgando procedente o pedido, o tribunal decretará a perda do cargo, comunicando a decisão ao presidente do órgão legislativo competente para que emposses, conforme o caso, o suplente ou o vice, no prazo de 10 (dez dias). [...] Art. 13. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se apenas às desfiliações consumadas após 27 (vinte e sete) de março deste ano, quanto a mandatários eleitos pelo sistema proporcional, e, após 16 (dezesesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário”. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasilia-2013-df>>. Acesso em: 12 set. 2017.

notadamente os arts. 14, *caput*⁵¹; 46, *caput*⁵²; 55, *caput*⁵³; e os parágrafos do art. 77⁵⁴, todos da Constituição Federal de 1988.

Preliminarmente, o autor sustentou que não haveria nenhum óbice quanto ao cabimento da ação, principalmente porque ao julgar as Ações Direitas de Inconstitucionalidade nºs 3.999/DF e 4.086/DF o Supremo Tribunal Federal havia proclamado a constitucionalidade formal da Resolução/TSE supramencionada, sem adentrar em questões substantivas ou materiais. No mérito, afirmou que os Mandados de Segurança nºs 26.602, 26.603 e 26.604 – já analisados acima – versaram sobre a perda do mandato por infidelidade partidária tão somente para cargos eletivos do sistema proporcional, ressaltando que a finalidade da sanção seria a retomada, pelo partido, do respectivo mandato. Nessa linha, pontuou-se que o STF teria delineado um princípio segundo o qual o cargo eletivo de deputado pertenceria ao partido por duas razões: (i) pela imprescindibilidade da intermediação da legenda partidária na disputa eleitoral; e (ii) pelo fato de que no sistema eleitoral proporcional o eleitor vota muito mais no partido, e muito menos no candidato.

Embasada nesses argumentos, a entidade autora defendeu a inaplicabilidade da regra da fidelidade partidária ao sistema majoritário. Assim o fez sob a alegação de que, nesse caso, o vínculo do mandato com o partido é mais tênue, além do que a figura de destaque nesse sistema seria o próprio candidato, e não o partido. Por último, enfatizou que a eventual perda do mandato não implicaria

⁵¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*, artigo 14: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...]”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

⁵² Idem, artigo 46: “O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.”

⁵³ Idem, artigo 55: “Perderá o mandato o Deputado ou Senador: [...]”.

⁵⁴ Idem, artigo 77: “A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente. § 1º A eleição do Presidente da República importará a do Vice-Presidente com ele registrado. § 2º Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em brancos e os nulos. § 3º Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos. § 4º Se, antes de realizado o segundo turno, ocorrer morte, desistência ou impedimento legal de candidato, convocar-se-á, dentre os remanescentes, o de maior votação. § 5º Se, na hipótese dos parágrafos anteriores, remanescer, em segundo lugar, mais de um candidato com a mesma votação, qualificar-se-á o mais idoso.”.

automático benefício para o partido, tendo em vista que as chapas em eleições majoritárias, no mais das vezes, são compostas por candidatos de agremiações partidárias diferentes.

O Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, em suas informações, apenas registrou que a Resolução em tela havia sido editada com fundamento no art. 23, inciso IX, do Código Eleitoral⁵⁵, e que teria regulamentado o tema da perda de cargo eletivo por desfiliação partidária. A Advocacia-Geral da União, por sua vez, e se pronunciando na condição prevista no §3º, artigo 103 da CRFB/88⁵⁶, alegou preliminar de não conhecimento da ação, uma vez que por ocasião do julgamento das ADIs 3.999/DF e 4.086/DF teriam sido discutidas tanto a constitucionalidade formal como material da referida Resolução, inclusive utilizando-se como parâmetros os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Na parte do mérito, entendeu que o pedido deveria ser julgado improcedente pela Corte, sustentando que a obrigação de filiação partidária como pressuposto de elegibilidade (art. 14, §3º, inciso V da CRFB/88) e o dever de fidelidade partidária (art. 17, §1º da CRFB/88) se aplicariam tanto ao sistema eleitoral proporcional como ao majoritário, por inexistência de restrição constitucional nesse sentido.

Nesse contexto, a ação foi conhecida e o pedido formulado foi julgado procedente para declarar a inconstitucionalidade, quanto à Resolução 22.610/2007, do Tribunal Superior Eleitoral, do termo “*ou o vice*”, constante do art. 10; da expressão “*e, após 16 (dezesesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário*”, constante no art. 13; e para dar interpretação conforme à Constituição ao termo “*suplente*”, referido pelo art. 10, com o objetivo de excluir de seu alcance os cargos do sistema majoritário. Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese: “*A perda do mandato em razão da mudança de partido não se aplica aos candidatos*”

⁵⁵ BRASIL. *Código Eleitoral – Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965*, artigo 23: “Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: [...] IX – expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código”. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0-4.737-de-15-de-julho-de-1965>>. Acesso em: 11 set. 2017.

⁵⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*, artigo 103, § 3º: “Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 set. 2017.

eleitos pelo sistema majoritário, sob pena de violação da soberania popular e das escolhas feitas pelo eleitor”.

De forma objetiva, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso, no que foi acompanhado pelos demais à unanimidade, destacou que não há na Constituição Federal de 1988 qualquer previsão explícita sobre o dever de fidelidade partidária – hipótese contida no já citado parágrafo único do art. 152 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969 para deputados e senadores, suprimida, porém, pelo artigo 8º da Emenda Constitucional nº 25 de 1985. Ademais, afirmou que a Corte tradicionalmente considera que o artigo 55 da CRFB/88 traz rol taxativo de hipóteses sancionadas com a perda do mandato parlamentar, e dentre elas não se encontra a troca de partido. Tudo isso para destacar que a regra sobredita, à falta de dispositivo constitucional expresso, deve decorrer de forma clara da leitura da Carta. Tal se daria com o sistema proporcional, mas não com o majoritário. Ao menos duas razões reforçariam essa conclusão.

Em primeiro lugar, haveria o fenômeno da transferência de votos. Segundo informações da Secretaria Geral da Mesa da Câmara dos Deputados, divulgadas em 7 de outubro de 2014, apenas 36 dos 513 deputados eleitos para a legislatura corrente (2015-2018) conseguiram atingir votação igual ou superior ao quociente eleitoral. Isto é: 93% (noventa e três por cento) da composição da Câmara Federal encontra na transferência de votos dados ao partido ou aos correligionários a verdadeira razão de ser de seu mandato. Aliada a isso, e em segundo lugar, estaria a possibilidade de se levar a efeito as coligações partidárias, no mais das vezes ligadas antes a estratégias eleitorais do que propriamente a afinidades ideológicas das agremiações integrantes.

A combinação dos mencionados fatores obstará a que o sistema proporcional cumpra sua função principal, qual a de fazer do Parlamento um verdadeiro espelho da sociedade, à medida que daria às mais variadas ideologias a devida representação parlamentar, logicamente proporcional à sua representação social. Verificando-se, portanto, o complexo problema da imensa transferência de votos, potencializado pelas coligações por vezes ideologicamente inconciliáveis, não

haveria outra conclusão senão admitir uma dissociação do sistema em relação aos princípios da proporcionalidade da representação da Câmara dos Deputados (artigo 45, *caput*, da CRFB/88) e da soberania popular (artigo 1º, parágrafo único, da CRFB/88).

Acrescentando-se a esse cenário o elevado número de migrações partidárias que ocorriam após as eleições – entre 1995 a 2007, teriam sido 810 –, tem-se que essa prática de troca partidária mudava a repartição de forças a que se chegava ao final do pleito, inflando os partidos da base aliada em detrimento dos que compunham a oposição. A incoerência, portanto, era manifesta. E não menos evidente era o grave prejuízo e deturpação do sistema proporcional, da democracia representativa e da soberania popular.

O mesmo não se diga do sistema majoritário. Isso porque, como sua fórmula eleitoral é a regra da maioria – e não a do quociente eleitoral –, o candidato mais bem votado será necessariamente o candidato vencedor. Não há também qualquer transferência de votos, uma vez que os votos dados a candidatos derrotados são sempre desconsiderados. Desse modo, não há que se falar em fidelidade partidária para que se preserve a vontade do eleitor, razão pela qual a dita regra não se mostra um desdobramento natural do princípio da soberania popular (artigos 1º, parágrafo único, e 14, *caput*, da CFRB/88) – ao contrário do que se nota no sistema proporcional.

Além disso, a aplicação da perda de mandato por infidelidade partidária no sistema majoritário atual seria antagônica à soberania popular, núcleo essencial do princípio democrático. A título exemplificativo, caso aplicada a um senador, resultaria na assunção do cargo pelo suplente – nos moldes da redação dada ao artigo 10 da multicitada Resolução –, muitas vezes sequer conhecido do eleitor, e pior, possivelmente carente de qualquer voto na eleição. Acaso a aplicação se desse em relação ao Chefe do Poder Executivo, a lógica seria ainda mais difícil de ser encontrada. Especialmente se se tiver em mente que o objetivo da fidelidade partidária é devolver o mandato ao partido político que o conquistou nas urnas. Isso porque, para além de não haver obrigatoriedade, não é incomum que o titular e o vice da chapa

daquelas eleições sejam de partidos diferentes. Principalmente pela possibilidade de coligações partidárias, em que os componentes sejam de agremiações distintas. Assim, eventual perda de mandato beneficiaria candidato e partido que não obtiveram a maioria dos votos, em prejuízo daquele que angariou, no mínimo, a maioria absoluta dos votos colhidos na eleição.

De mais a mais, o vínculo entre partido e mandato é muito mais tênue no sistema majoritário do que no proporcional, de modo que a alegada centralidade dos partidos políticos na democracia representativa brasileira – advinda da necessidade de filiação, do emprego de recursos do fundo partidário e do tempo de propaganda no rádio e na televisão, por exemplo – não justifica a extensão da regra da infidelidade ao sistema majoritário. Com isto se quer dizer que pela proeminência e centralidade da figura do candidato no referido sistema eletivo, a perda do mandato em caso de mudança de partido frustraria a vontade do eleitor e conseqüentemente a soberania popular.

Em suma, não seria legítimo estender, jurisprudencialmente, a regra da fidelidade partidária ao sistema eleitoral majoritário, tanto por contrariar a soberania popular – núcleo essencial do princípio democrático – quanto por redundar em desvirtuamento da vontade popular manifestada nas eleições. A referida regra também não encontraria espaço sob a justificativa de contribuir para o fortalecimento dos partidos políticos nacionais. Isso porque, para além de não ser necessariamente idônea a esse objetivo, violaria a soberania popular ao retirar dos candidatos escolhidos por votação majoritária os mandatos que lhes foram legitimamente outorgados pelos eleitores.

2.2.1 COMENTÁRIO CRÍTICO

O tema de fundo, aqui, é substancialmente o mesmo que se analisou no tópico anterior. A diferença é que o sistema de eleição majoritário deixa ainda menos margem para argumentos que privilegiem os partidos em detrimento dos candidatos. Como nesse tipo de eleição o mais votado necessariamente será eleito, qualquer tentativa de impor a fidelidade partidária nesse âmbito seria frustrada, pois

até eleitores menos engajados nesse debate têm clara a ideia de que seria no mínimo estranho tirar o mandato do Presidente da República por uma eventual mudança de partido que ele viesse a fazer, por exemplo. Portanto, é possível dizer, com ainda mais razão do que se disse no tópico anterior, que aqui não estão presentes hipóteses que, segundo John Hart Ely, legitimariam o exercício do *judicial review*, tais como falhas sistemáticas no processo político majoritário ou desrespeito a direitos de grupos minoritários supostamente aliados da arena política. A questão é simples e parece mesmo não suscitar maiores questionamentos sobre sua correção: ganha o candidato mais votado, ponto. Ainda assim, porém, é possível dizer que o tema guarda algumas peculiaridades adicionais. Veja-se.

Com efeito, é válido o argumento de que no sistema proporcional, analisado anteriormente, o partido desempenha alguma função de relevância no auferimento dos votos e na eleição dos candidatos, especialmente pelo papel desempenhado pelo quociente eleitoral. Como já se sustentou, não parece ser um argumento suficiente para impor a perda do mandato eletivo pela troca de partidos políticos, mas esse foi um dos principais fundamentos utilizados pela Corte para tanto. Pois bem. Ocorre que não menos válido é o argumento de que, também no sistema majoritário, os partidos desempenham uma função de relevância.

Como se sabe, há casos em que o partido é muito maior do que o próprio candidato que indica para concorrer ao pleito, e isso fica ainda mais evidente em um país altamente polarizado como o Brasil, em que os pleitos majoritários têm uma carga significativa de antagonismo partidário. É certo que há candidatos cujos partidos ficam em segundo plano, e cujo êxito se deve à sua pessoa em si. Mas isso também ocorre no sistema proporcional, de modo que esse critério de proeminência aos olhos do eleitor é variável tanto em um sistema como no outro.

Em suma, o ponto é que o fundamento utilizado pela Corte para impor a perda de mandato pela infidelidade partidária no sistema proporcional também deveria valer, em alguma medida, para o sistema majoritário. A falta de coerência, nesse caso, apenas reforça a ideia de que a infidelidade partidária nesses moldes não decorre do texto constitucional, tanto para o sistema eleitoral proporcional, quanto

para o majoritário. Seja como for, e ainda que por razões incompletas, o STF parece ter acertado ao não impor a perda do mandato por mudança de partido aos candidatos em pleitos majoritários, já que não é possível extrair a penalidade da Constituição, seja expressa ou implicitamente. Até porque, como se costuma dizer, dois erros não fazem um acerto.

2.3 CLÁUSULA DE BARREIRA OU DE DESEMPENHO

O tema em análise versa sobre o ajuizamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº 1.351-3/DF e nº 1.354-8/DF, a primeira pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B, Partido Democrático Trabalhista – PDT e outros, e a segunda pelo Partido Social Cristão – PSC, ambas de Relatoria do Ministro Marco Aurélio⁵⁷⁻⁵⁸. As ações impugnaram dispositivos da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), nomeadamente o artigo 13; expressão constante do art. 41, inciso II; artigo 48; expressão contida no *caput* do artigo 49; e os artigos 56, inciso II e 57. A controvérsia consistia em saber se era válida a criação da chamada “cláusula de barreira” ou “cláusula de desempenho” como pressuposto para o regular e pleno funcionamento parlamentar dos partidos políticos.

O artigo 13 da Lei dos Partidos Políticos que, em última análise, consiste no principal dispositivo questionado – uma vez que os demais, de um modo geral, constituem apenas remissões a ele –, dispunha o seguinte:

Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha eleito representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de,

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI nº 1351/DF. Tribunal Pleno. Requerentes: Partido Comunista do Brasil – PC do B, Partido Democrático Trabalhista – PDT e Outros. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 7 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281351%2EENUME%2E+OU+1351%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jhmmn9r>>. Acesso em: 13 set. 2017.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI nº 1354/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Partido Social Cristão – PSC. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 7 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281354%2EENUME%2E+OU+1354%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zt6rwqy>>. Acesso em: 13 set. 2017.

no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.

Nesse contexto, segundo a norma em tela, o partido político que não obtivesse tais percentuais de votação não garantiria o direito ao funcionamento parlamentar, resultando na impossibilidade de formação de bancadas e lideranças, com todas as repercussões daí decorrentes, tais como a não participação em comissões parlamentares e o não exercício de cargos e funções nas Casas Legislativas. Ao partido que não atendesse aos requisitos do artigo 13, transcrito acima, seria garantido o recebimento de apenas 1% (um por cento) do fundo partidário (artigo 41, inciso II da Lei) e a realização de um programa semestral em cadeia nacional, com a duração de 2 (dois) minutos (artigo 48 da Lei).

Os autores alegaram que os mencionados dispositivos seriam inconstitucionais por estabelecerem partidos de primeira e segunda categorias. O artigo 17 da Constituição Federal teria consagrado a liberdade para a criação de partidos políticos e lhes assegurado autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento. Todavia, teria igualmente positivado a isonomia em seu artigo 5º, vedando a distinção levada a efeito, especialmente por ter sido instituída em benefício da maioria legislativa, desrespeitando as minorias e tencionando a eternização no poder. Sustentaram que o registro definitivo dos partidos políticos perante o Tribunal Superior Eleitoral os colocaria em igualdade de condições perante a lei, garantindo-lhes a proteção constitucional ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela inexistência de incompatibilidade entre o artigo 13 da lei em análise e a liberdade de criação de partidos veiculada pelo artigo 17 da CRFB/88. Acrescentou que a norma versa somente sobre o funcionamento parlamentar, e que apenas indiretamente, no que prevê a verificação do caráter nacional do partido, evidencia a incidência do artigo 17, inciso I, da Constituição, o qual, aí sim, limita a criação de partidos que não tenham alcance nacional. Consignou não ter havido violação do princípio da igualdade. Isso porque a igualdade de todos perante a lei supõe, necessariamente, certas igualdades de fato, de modo que não poderia um partido pequeno, com apoio nessa garantia,

pretender, exemplificativamente, dispor do mesmo tempo de propaganda nos meios de comunicação de massa de que dispõem os partidos maiores.

Além disso, afirmou que a não inclusão do tema na Constituição de 1988, embora contido nas Constituições anteriores, não vedaria que o legislador ordinário a adotasse novamente sob a égide da nova Carta. Isso porque a limitação dos partidos políticos encontraria amparo na reserva de lei para disciplinar o “caráter nacional” previsto no inciso I do artigo 17 da Constituição. Por fim, sustentou que o princípio da plenitude partidária protege somente a existência de partidos autênticos, isto é, aqueles que se amparam em parcela razoável da população, e não em alguma individualidade destacada, capaz de ganhar a adesão de apenas alguns seguidores.

A Procuradoria-Geral da República igualmente entendeu que a questão se resumiria ao exame da constitucionalidade do artigo 13 da Lei nº 9.096/95. Nesse sentido, afirmou que a organização dos partidos políticos é livre, mas não ilimitada, considerando o requisito do “caráter nacional” contido no inciso I do artigo 17 da Carta. A determinação deste conceito caberia à lei ordinária que, ao restringir a atuação parlamentar, guardaria relação lógica com o fundamento constitucional. Considerou observado o princípio da isonomia, tendo em vista que as normas questionadas distribuiriam o tempo nos meios de comunicação de massa e o valor no rateio do fundo partidário de acordo com a proporção do partido. A discriminação de forma diversa é que seria inconstitucional.

Isso posto, quando da análise do pedido de medida cautelar na ADI nº 1354/DF, o Supremo Tribunal, à unanimidade, houve por bem indeferi-lo. Um pouco mais de 10 (dez) anos depois, no julgamento em análise, o STF, também à unanimidade, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995: artigo 13; a expressão “*obedecendo aos seguintes critérios*”, contida no *caput* do artigo 41; incisos I e II do artigo 41; artigo 48; a expressão “*que atenda ao disposto no art. 13*”, constante da cabeça do artigo 49, com redução de texto; *caput* dos artigos 56 e 57, com interpretação que elimina desses dispositivos as limitações temporais neles contidas, até que sobreviesse disposição legislativa a respeito; e a

expressão “*no art. 13*”, contida no inciso II do artigo 57. Também por unanimidade, julgou improcedente o pedido quanto ao inciso II do artigo 56.

Analisando os fundamentos nos quais a Corte se baseou para assim concluir é possível dizer que a rigidez das disposições constantes da Lei nº 9.096/95 – Lei dos Partidos Políticos – pode ser considerado o principal deles. Isso porque, quanto ao acesso dos partidos políticos à participação no rateio do fundo partidário, o texto legal dispôs que (i) o partido que não obtivesse os percentuais de votação constantes do artigo 13, isto é, que não superasse a denominada cláusula de barreira (ou desempenho), faria jus a 1% do Fundo Partidário (art. 41, inciso I), e que (ii) os partidos que, por outro lado, ultrapassassem a cláusula de barreira prevista pelo artigo 13 dividiriam os 99% remanescentes do total do Fundo Partidário, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados (artigo 41, inciso II).

Já em relação ao acesso dos partidos políticos aos meios de comunicação, nomeadamente ao rádio e à televisão, a norma legal assim dispunha: (i) o partido que não obtivesse os percentuais de votação exigidos pelo artigo 13 teria direito à realização de um programa em cadeia nacional, semestralmente, com a duração de 2 (dois) minutos (artigo 48); e (ii) ao partido que atendesse ao disposto no artigo 13 seria assegurada (ii.1) a realização de um programa em cadeia nacional e de um em cadeia estadual, por semestre, com a duração de vinte minutos para cada, e (ii.2) a utilização do tempo total de quarenta minutos, por semestre, para inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais, e da mesma fração de tempo nas emissoras estaduais (artigo 49).

Diante desse quadro, os Ministros entenderam que tais regras tornariam inviável a própria sobrevivência dos partidos políticos menores, ou seja, aqueles que não conseguissem superar a cláusula de desempenho estabelecida. Em primeiro lugar, porque a distribuição dos recursos do Fundo Partidário seria inequivocamente desproporcional, especialmente quando considerada a importância desse dinheiro para as agremiações em geral, e para as agremiações de menor

envergadura em particular. Em última análise, portanto, a participação dos partidos menores no fundo partidário seria praticamente neutralizada.

Em segundo lugar, a referida lei restringiria excessivamente o acesso dos partidos políticos minoritários ao rádio e à televisão, tendo em vista que a eles seriam destinados apenas 2 (dois) minutos, em cada semestre, para a realização de propaganda partidária apenas em cadeia nacional, e sem qualquer tempo para inserções. Isto é, 2 (dois) minutos para realizar tudo a que se propõe uma propaganda partidária, no que se incluem, por exemplo, difundir o programa partidário, divulgar posições quanto a temas políticos mais relevantes e veicular mensagens aos filiados sobre a execução de programas partidários, eventos ou atividades a eles relacionados.

Considerando que àquela época a disputa eleitoral se dava principalmente no âmbito do rádio e da televisão, a mencionada regra praticamente inviabilizaria o desenvolvimento da campanha em um regime de igualdade de oportunidades em relação aos demais partidos. Isso porque esses últimos seriam beneficiados pela realização de um programa em cadeia nacional e outro em cadeia estadual, por semestre, com a duração de 20 (vinte) minutos cada um, bem assim pela utilização do tempo total de quarenta minutos, em cada semestre, para inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais, e de igual tempo nas emissoras estaduais.

No intuito de demonstrar a ausência de razoabilidade das exigências trazidas pela lei impugnada, o Relator narrou que naquela data havia 29 (vinte e nove) partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral. Considerada a votação para preenchimento das cadeiras da Câmara dos Deputados nas eleições imediatamente anteriores, dos 29 (vinte e nove) partidos existentes à época apenas 7 (sete) haveriam alcançado o patamar de 5% dos votos para a Câmara dos Deputados em todo o território nacional, distribuídos de forma a contemplar pelo menos 2% em cada qual de 9 (nove) Estados, conforme previsto no antes referido art. 13 da aqui enfocada lei nº 9.096/1995.

Ainda nessa linha, e a título de contextualização histórica, registrou-se que sob o aspecto constitucional, somente a Constituição Federal de 1967 versou sobre o tema da cláusula de barreira. Não o teria feito, porém, quanto ao funcionamento parlamentar em si – existência de partido cerceado em prerrogativas existentes para todos –, mas sim em relação à sua extinção. Nesse sentido, o artigo 149 da Constituição de 1967, dispondo sobre a organização, funcionamento e extinção dos partidos políticos, para além de outorgar o disciplinamento da matéria à lei federal, consignou a necessidade de as agremiações terem obtido, na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, 10% dos votos do eleitorado, distribuídos em pelo menos 7 (sete) Estados, com um mínimo de 7% em cada um deles.

As Emendas Constitucionais de nºs 1/69 e 11/78 alteraram a redação original do referido artigo da Carta de 1967, que passou a ser o artigo 152, e colaboraram para que as exigências relativas à representatividade dos partidos políticos alcançassem a própria organização, funcionamento e extinção das agremiações. Uma última Emenda, a de nº 25/85, modificou o dispositivo para dispor também sobre as consequências de não se ter atingido os patamares de votação então exigíveis. Dispunha que, nesse caso, os eleitos poderiam preservar seus mandatos desde que optassem, no prazo de sessenta dias, por qualquer dos partidos remanescentes. Nesse contexto, para o STF, a não repetição de norma dessa natureza pela Constituição de 1988, somada à importância atribuída pelo texto constitucional ao princípio do pluralismo político (artigo 1º, inciso V) constituiria fundamento relevante para a decisão que se estava a tomar.

De mais a mais, foi apontado também que a cláusula de barreira instituída pela multicitada lei não resistiria a um cotejo com o princípio da proporcionalidade. Isso porque teria traduzido restrição absoluta ao próprio funcionamento parlamentar do partido, desvencilhada de qualquer repercussão sobre os mandatos de seus representantes. Não se teria estabelecido qualquer mitigação, vedando-se por completo o funcionamento parlamentar ao partido, do que decorreriam consequências que não poderiam ser ignoradas, tais como o não recebimento dos recursos do fundo partidário, ou seu recebimento em percentuais

irrisórios, e a vedação, na prática, do acesso aos meios de comunicação de massa, como o rádio e a televisão.

Em outras palavras, o modelo construído pelo legislador brasileiro não teria deixado qualquer espaço para a atuação partidária. Muito ao revés, simplesmente negou o funcionamento do partido, violando o princípio da proporcionalidade, na qualidade de princípio da reserva legal proporcional. Mais do que isso: como narrado pelo Relator, tendo em vista o último pleito eleitoral, vários partidos políticos que alcançaram um expressivo número de votos não teriam, na legislatura subsequente, garantia de viabilidade ou funcionamento regular, por força da cláusula de desempenho, em injustificável sacrifício das minorias.

Destacou-se também – principalmente à conta do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes – que as disposições relativas à distribuição do fundo partidário e ao acesso ao rádio e à TV não obedeceriam ao princípio da igualdade de chances ou de oportunidades, que por sua vez integraria o ordenamento jurídico brasileiro. O referido voto assinala que esse princípio é fundamental para uma atuação adequada dos partidos políticos no processo democrático, impondo uma neutralidade do Estado em face dessas instituições. Sua importância, portanto, residiria especialmente no fato de que sem a sua fiel observância não seria viável o estabelecimento de uma concorrência livre e equilibrada entre os atores da vida política, o que comprometeria a essência do processo democrático em si mesmo.

Além disso, seria possível dizer que o princípio da igualdade de chances entre as agremiações partidárias encontraria fundamento nas normas constitucionais que instituem o regime democrático, representativo e pluripartidário (artigo 1º, inciso V e parágrafo único da CRFB/88). Esse modelo institucional realizaria-se por meio da atuação dos partidos – especialmente considerado o monopólio das candidaturas pelas agremiações, por força do artigo 14, § 3º, inciso V, da CRFB/88 – alçados a verdadeiros órgãos públicos ainda que não estatais, com funções de extrema relevância na conformação da vontade política, criação de legitimidade e intermediação contínua entre povo e Estado.

Ressaltou-se, por fim, que o princípio da igualdade de chances ou oportunidades entre os partidos repercutiria em todo o processo de concorrência entre esses atores políticos, sem vinculação a um segmento particular. Sendo assim, seria fundamental que a legislação disciplinadora de temas como sistema eleitoral, atividade dos partidos políticos, financiamento, acesso aos meios de comunicação de massa e utilização de propaganda do governo, por exemplo, não se esquecesse desse princípio, sob pena de a concorrência entre os partidos políticos e entre os candidatos ser artificializada, em prejuízo ao processo democrático.

2.3.1 COMENTÁRIO CRÍTICO

À primeira vista, a análise dos fundamentos utilizados pela Suprema Corte para concluir pela inconstitucionalidade da cláusula de barreira conduz o leitor a um argumento central, que seria a proteção das minorias, ou o seu direito de serem representadas no Parlamento – o que é feito, em grande parte, pelos partidos de menor envergadura. Como se viu no primeiro capítulo, para Ely esse seria um fator suficiente a legitimar o exercício da jurisdição constitucional pela Corte, de modo a proteger as minorias em estado de demasiada vulnerabilidade. A sensação inicial, nesse sentido, é a de que a Corte exerceu, afinal, seu papel de proteção dos grupos minoritários contra a possível tirania da maioria legislativa, consistente na tentativa de dificultar o acesso ao Parlamento dos que não fariam parte da coalizão majoritária. Essa, porém, é apenas uma “pseudodicotomia”, e a questão vai muito além da falsa ideia de que pluripartidarismo e igualdade de chances são incompatíveis com a cláusula de desempenho.

Inicialmente, vale dizer que o “caráter nacional” dos partidos políticos, conceito jurídico indeterminado⁵⁹ imposto pela própria CRFB/88 no inciso I de seu art.

⁵⁹ MEZZARROBA, Orides. Comentário ao artigo 17, inciso I. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 692-693: “[...] o legislador constituinte não remeteu a regulamentação desse dispositivo para a legislação ordinária, assim não fica esclarecida a forma pela qual seria aplicado esse preceito na prática. Na verdade, com a imposição do princípio do caráter nacional, se buscou, fundamentalmente, impedir a formação de partidos com programas regionais ou locais, como eram, por exemplo, as organizações políticas da Primeira República brasileira (1889-1930). [...] No entanto, por mais que a Constituição de 1988 tenha se omitido em estabelecer os parâmetros que caracterizariam o sentido da expressão caráter nacional dos partidos, o certo é que a legislação ordinária não pode restringir princípios constitucionais”.

17, já é um bom indicativo de que o Legislativo possui uma ampla área de conformação para densificar esse requisito constitucional. E ninguém discordará, em linha de princípio, que a cláusula de barreira serve a esse propósito. Mas não é só. Caso se queira – como parece ter sido feito pelo STF – proceder a uma abordagem consequencialista, analisando os efeitos práticos da implementação desse expediente, não se pode perder de vista a esquizofrenia do sistema àquela época, que substancialmente em nada difere – talvez, apenas para pior – do sistema representativo atual. O problema foi bem abordado pelo Professor Luís Roberto Barroso, em estudo realizado sobre o tema da reforma política⁶⁰.

Como se sabe, um dos principais problemas do sistema partidário brasileiro é a quantidade excessiva de partidos políticos. E essa constatação não vem acompanhada de um juízo de valor supostamente oposto à representatividade de minorias, muito pelo contrário. Esse problema é um dado objetivo, que presta um verdadeiro desserviço à ideia de representação efetiva, já que torna o sistema disfuncional e, no mínimo, confuso. A primeira consequência indesejável dessa pulverização partidária é um aumento exponencial da complexidade das campanhas eleitorais, especialmente na divisão do tempo gratuito nos meios de comunicação. Como o número de candidatos é cada vez menos modesto, as propagandas eleitorais são feitas em menos de minuto, e passam a apelar para estratégias de marketing que sirvam para cativar o eleitor com *jingles* e bordões dos mais diversos. Ou seja, o processo eleitoral perde seu caráter propositivo e contribui para uma eleição desinformada, confusa e carente de qualquer credibilidade aos olhos da população.

A segunda consequência é o natural enfraquecimento dos partidos políticos. No limite, tem-se a criação dos chamados “partidos de aluguel”, cujas marcas são a ausência de compromisso ideológico e o objetivo de servir apenas como um espaço para candidatos alinhados a partidos maiores que, pela dificuldade de se elegerem por sua legenda real, utilizam desses partidos artificiais para poderem alcançar a candidatura de uma maneira mais fácil. Por fim, a terceira consequência,

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/instituto_proposta_introducao_objetivos_e_ideias_centrais.pdf> Acesso em 10 ago. 2017.

como já adiantado, é o prejuízo à governabilidade⁶¹. Isso porque quanto maior o número de partidos, mais difícil é a formação de consensos. Nesse sentido, o Governo se vê obrigado a fazer negociações com um sem número de agremiações para aprovar projetos que, via de regra, necessitam do apoio das maiorias parlamentares. O cenário torna essas articulações, no mínimo, eticamente questionáveis⁶².

É certo que as consequências apresentadas acima não decorrem necessária e exclusivamente do elevado número de partidos políticos em funcionamento no Congresso Nacional. Mas não menos certa é a constatação de que a multiplicidade de agremiações desempenha um relevante papel no aumento da complexidade e na perda do caráter propositivo das campanhas, na profusão dos chamados “partidos de aluguel” e no estímulo a negociações questionáveis para se manter algum nível de governabilidade diante da dificuldade de formação de consenso no Parlamento. O raciocínio empreendido acima confrontado com a difícil operabilidade do sistema partidário atual conduz à conclusão de que há, quando menos, o dever de tentar algo diferente. Algo que, no presente caso, tem inclusive funcionado em outros lugares do mundo, conforme acima referenciado.

Nesse sentido, vale destacar que esse critério já é utilizado em outros países mundo afora. Para citar os que também adotam o sistema proporcional, a Espanha, em que a cláusula de barreira é de 3% dos votos nacionais, e a Suécia, em que a percentagem sobe para 4%⁶³. O Brasil, atualmente, tenciona adotar a cláusula de desempenho como uma das mudanças trazidas pela reforma política que se discute no Congresso Nacional. Nesse novo projeto, a ideia é a de que o critério exija do partido 1,5% dos votos válidos nas eleições para a Câmara dos Deputados em 2018, subindo 0,5% a cada ano eleitoral até o total de 3% em 2030, distribuídos ao menos por 9 (nove) Estados, com um mínimo de 2% de votos válidos em cada um deles⁶⁴.

⁶¹ REIS, Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos. *Financiamento da política no Brasil*. 2010. 239 f. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 28.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. *A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil*, pp. 80-82. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/instituto_proposta_introducao_objetivos_e_ideias_centrais.pdf> Acesso em 10 agosto 2017, às 9h40.

⁶³ Idem, *Ibidem.*, pp. 93-94.

⁶⁴ BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição 282, de 24 de novembro de 2016*. Até o momento em que finalizado o presente estudo, o texto principal da referida PEC tinha sido aprovado, em primeiro

O tema, portanto, está longe do maniqueísmo sugerido pela decisão do Supremo Tribunal Federal, especialmente quando se nota, como já se destacou, que o critério de desempenho já foi adotado na história constitucional brasileira. A alta complexidade da matéria somada à ausência de comando constitucional expresso – ou mesmo implícito – que proíba a adoção desse critério saneador do sistema partidário leva a crer que o STF deveria ter sido deferente ao Parlamento no julgamento analisado acima. Aqui, vale fazer um comentário adicional.

É possível sustentar que as normas impugnadas, se aplicadas em sua literalidade, utilizariam como referencial da cláusula de barreira os resultados do pleito eleitoral anterior, finalizado antes da edição da referida legislação, portanto. De modo que tais normas deixariam de ter o necessário caráter geral, abstrato e prospectivo e denunciariam um fator de embarreiramento escolhido a dedo, com destinatários certos e nominalmente identificáveis. Com efeito, a objeção é pertinente, mas não leva à conclusão de que o STF deveria ter declarado a inconstitucionalidade dos atos normativos impugnados. Isso porque, para superar esse problema, a Corte poderia ter utilizado uma interpretação constitucionalmente adequada que a um só tempo preservasse a legislação atacada e lhe conferisse aplicação prospectiva, fixando a posterior seu termo inicial de referência.

De todo modo, o atual momento institucional de relativo consenso quanto à necessidade de uma reforma política leva a crer que a Corte não cometerá o mesmo erro se instada a se manifestar sobre a constitucionalidade da legislação que está por vir. É bem verdade que o tema deveria despertar uma deferência judicial independentemente da conjuntura política do momento. Mas, se o resultado vier a estar de acordo com o que se sustenta no presente estudo, o primeiro passo terá sido dado, ainda que pelos motivos errados.

turno, pelo Plenário da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=2118401>>. Acesso em: 9 set. 2017; e em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/542377-CAMARA-APROVA-TEXTOS-BASE-DE-PEC-QUE-ALTERA-REGRAS-DE-COLIGACOES-E-DE-ACESSO-AO-FUNDO-PARTIDARIO.html>> Acesso em: 9 set. 2017.

2.4 VERTICALIZAÇÃO DAS COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS

A questão da chamada verticalização das coligações partidárias foi travada no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.685-8, ajuizada pela Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil perante o Supremo Tribunal Federal⁶⁵. A discussão se passou em torno da Emenda Constitucional nº 52, promulgada em 8 de março de 2006, a qual conferiu nova redação ao art. 17, §1º da CRFB/88 para assentar que aos partidos políticos seria assegurada autonomia 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. Nesse sentido, e entendendo que se aplicaria à espécie o princípio da anualidade eleitoral encartado no art. 16 da CRFB/88, a autora formulou pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da referida Emenda, cujos termos importavam na aplicação da nova redação já às eleições que ocorreriam naquele ano de 2006, no que foi seguida pelo Ministério Público Federal, que opinou pela procedência do pedido autoral.

Nesse contexto, o ponto central da discussão consistia em saber se a aplicação às eleições de 2006 da não obrigatoriedade de vinculação das candidaturas – isto é, a facultatividade de verticalização das coligações – violaria ou não a regra da anualidade eleitoral veiculada pelo já citado art. 16 da Constituição Federal de 1988. Os argumentos a favor da possibilidade de aplicação da nova redação ao pleito de 2006 eram essencialmente os seguintes: (i) a modificação trazida pela Emenda Constitucional versaria sobre direito partidário, razão pela qual não se enquadraria à regra do art. 16 que, por sua vez, sujeitaria apenas disposições que alterassem o processo eleitoral; (ii) a regra da anualidade eleitoral vedaria alterações implementadas por lei em sentido estrito, ou seja, ato normativo infraconstitucional, pelo que não se aplicaria às emendas constitucionais; e (iii) em rigor – e ainda que superadas as teses precedentes –, a EC nº 52 apenas constitucionalizou matéria que

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI nº 3685/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Congresso Nacional. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 22 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283685%2EENUME%2E+OU+3685%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hu8hyw2>>. Acesso em: 13 set. 2017.

já era tratada pelo Código Eleitoral, de modo que o pressuposto fático do art. 16 – ou seja, ter havido alguma alteração no processo eleitoral – não se teria verificado.

Por outro lado, os argumentos contra a constitucionalidade da aplicação da Emenda àquelas eleições podem ser assim sintetizados: (i) o art. 16 seria plenamente aplicável à espécie porque (a) a matéria tratada pela EC nº 52 diria, sim, com o processo eleitoral, e (b) o termo “lei” contido no dispositivo deveria ser entendido como lei em sentido amplo, incidindo inclusive sobre “leis constitucionais”, como seriam as emendas; e (ii) além disso, o art. 16 consistiria em verdadeira cláusula pétrea da CRFB/88, particularmente por traduzir a garantia individual a um devido processo eleitoral e por materializar o princípio da segurança jurídica no âmbito do processo eleitoral, ponto alto de qualquer democracia representativa.

Nesse cenário, o Tribunal, por unanimidade, resolveu Questão de Ordem suscitada pela Min. Relatora Ellen Gracie no sentido de que o julgamento de ADPF sobre o mesmo tema teria primazia sobre o julgamento desta ADI. Também por unanimidade, rejeitou a preliminar suscitada pela Advocacia-Geral da União de ausência de fundamentação do pedido e admitiu como *amici curiae* a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, o Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB, o Partido da Frente Liberal – PFL, o Partido Democrático Trabalhista – PDT e o Partido Popular Socialista – PPS, inadmitindo o pedido feito pelo Partido Social Liberal – PSL tendo em vista o momento em que formulado. No mérito, por maioria, julgou procedente a ação para fixar que o §1º do artigo 17 da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 52, de 8 de março de 2006, não se aplicaria às eleições de 2006, remanescendo aplicável à tal eleição a redação original do mesmo artigo, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, nessa parte, valendo acrescentar que o Ministro Marco Aurélio julgava prejudicada a ação, no que dizia respeito à segunda parte do art. 2º da EC nº 52, referente à expressão “*aplicando-se às eleições que ocorrerão no ano de 2002*”.

Como se percebe, a maior parte dos Ministros entendeu que a nova redação do §1º do art. 17 da CRFB/88 não poderia ser aplicada às eleições de 2006, já que isso violaria a regra da anualidade eleitoral, por sua vez qualificada como

cláusula pétrea. Antes de passar à densificação dos argumentos pertinentes à discussão, é importante fazer uma breve narrativa do contexto que serviu de pano de fundo aos debates que se sucederam na mais alta Corte do país. É o que se passa a fazer na sequência.

Antes da modificação legislativa constitucional de que ora se cuida, o tema tratado na referida Emenda, por força do que disposto no art. 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988 era regulado exclusivamente pela Lei nº 9.504/97, que em seu artigo 6º enunciava:

É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.

A redação, contudo, não permaneceu infensa a questionamentos, em especial relacionados ao efetivo significado da expressão “*dentro da mesma circunscrição*”. Nesse sentido é que se formulou a Consulta nº 715 ao TSE, de relatoria do Min. Garcia Vieira, em 10 de agosto de 2001. A interpretação prevalecente culminou na Resolução nº 21.002, de 26 de fevereiro de 2002. Confira-se o teor da Consulta formulado:

Consulta. Coligações.

Os partidos políticos que ajustarem coligação para eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador de Estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital com outros partidos políticos que tenham, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial.

Consulta respondida negativamente⁶⁶.

É possível dizer que, de uma maneira geral, a interpretação que o TSE deu ao dispositivo objeto da Consulta formulada (art. 6º do Código Eleitoral) assentou-

⁶⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta. Cta nº 715/DF. Tribunal. Consulente: Miro Teixeira e outros. Relator: Min. Garcia Vieira. Brasília, 26 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 13 set. 2017.

se no entendimento de que “*dentro da mesma circunscrição*” consistiria em expressão a ser entendida como espaço mais amplo em que se dá a eleição nacional. Nessa linha de raciocínio, as coligações que se formassem ali condicionariam aquelas a serem realizadas nos Estados. Ao que parece, o entendimento nesses termos preservaria a coerência entre os partidos e a higidez ideológica das agremiações a serem formadas, algo que aperfeiçoaria o sistema político-partidário.

A referida consulta resultou no art. 4º, §1º, da Instrução 55/TSE, ato que disciplinou a escolha e o registro dos candidatos para as eleições do ano de 2002⁶⁷. Esse dispositivo foi impugnado perante o STF nas ADIs de nº 2.626 e nº 2.628, ambas de relatoria do Min. Sydney Sanches. As ações constitucionais, porém, não foram conhecidas, tendo em vista a natureza secundária, regulamentar e interpretativa do ato normativo impugnado. Mas não é só. As agremiações contrárias ao modelo estabelecido tentaram impugná-lo por mais duas vezes no TSE, mas não obtiveram êxito⁶⁸. Esse, portanto, o contexto fático-jurídico que resultou na edição da Emenda Constitucional nº 52, promulgada em 8 de março de 2006. Passe-se à análise dos argumentos que levaram o Supremo Tribunal Federal a concluir pela inaplicabilidade da modificação implementada pela EC nº 52 às eleições de 2006.

A primeira tese teve a adesão unânime dos membros da Corte e se desenvolveu no sentido de que a matéria tratada pela Emenda diz, sim, com o processo eleitoral, pelo que descaberia falar que se trataria de tema relacionado exclusivamente a direito partidário. Isso porque, ainda que se adotasse uma concepção restritiva do termo “processo eleitoral”, este abrangeria as normas instrumentais diretamente ligadas às eleições, desde a fase inicial de apresentação das candidaturas até aquela que ultima o pleito, que consiste na diplomação dos

⁶⁷ BRASIL. *Resolução nº 20.993, de 26 de fevereiro de 2002*, Tribunal Superior Eleitoral, artigo 4º, §1º: “Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato/a à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador/a de estado ou do Distrito Federal, senador/a, deputado/a federal e deputado/a estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato/a à eleição presidencial (Lei nº 9.504/97, art. 6º, Consulta nº 715, de 26.2.2002)”. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2002/RES209932002.htm>>. Acesso em: 13 set. 2017.

⁶⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Petição. PET nº 1591/DF. Tribunal. Requerente: João Caldas. Relator: Min. Luiz Carlos Madeira. Brasília, 15 de fevereiro de 2005; e BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta. Cta nº 1185. Consulente: Ronaldo Nóbrega Medeiros. Relator: Min. Caputo Bastos. Brasília, 16 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 13 set. 2017.

eleitos. Mas não é só. A melhor doutrina, a exemplo do professor José Afonso da Silva, divide o processo eleitoral em três partes, quais sejam: (i) apresentação das candidaturas; (ii) organização e realização do sufrágio; e (iii) contencioso eleitoral⁶⁹. A primeira delas, afirma o professor paulista, compreenderia “os atos e operações de designação de candidatos em cada partido, do seu registro no órgão da Justiça Eleitoral competente e da propaganda eleitoral que se destina a tornar conhecidos o pensamento, o programa e os objetivos dos candidatos”⁷⁰. A formação das coligações partidárias, portanto, inserir-se-ia na primeira etapa do processo eleitoral.

De mais a mais, as coligações não passariam de verdadeiros instrumentos à disposição dos partidos políticos que, considerando a conveniência e o interesse em formar alianças, lançariam mão desse expediente como forma de aumentar sua força política no âmbito do processo eleitoral. Nas palavras do Ministro Celso de Mello, em voto proferido por outra ocasião:

[O] tema concernente às coligações partidárias [...] projeta-se, por sua natureza mesma, no âmbito do processo eleitoral, não podendo ser invocado como fator de restrição à atividade normativa desenvolvida pelo Poder Legislativo em campo que se insere na esfera de sua privativa competência institucional⁷¹.

O segundo argumento que fundamentou a decisão da Corte contou com a mesma adesão qualificada de seu antecessor. Consignou-se que o termo “lei” contido na redação do art. 16 da CRFB/88 deveria ser entendido como lei em sentido amplo, isto é, norma jurídica primária de qualquer escalão, a abranger leis ordinárias, complementares, infraconstitucionais e constitucionais – este último caso o das emendas. Isso ao menos por duas razões. Em primeiro lugar porque o termo seria polissêmico, inclusive na própria Constituição Federal de 1988. E em segundo lugar porque, em rigor, atribuir ao referido termo interpretação restritiva, que o entendesse

⁶⁹ SILVA, José Afonso da; *Curso de direito constitucional positivo*, 18. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 381.

⁷⁰ Idem, *ibidem*.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 1.407 MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Partido Comunista do Brasil – PC do B. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 7 de março de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281407%2E+OU+1407%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gwkqgaj>>. Acesso em: 13 set. 2017.

apenas como lei em sentido estrito, resultaria na mesma instabilidade jurídica que a regra da anualidade pretendeu combater desde o início. Ou seja, prevalecente a interpretação mais formalista do dispositivo, nada sobraria da força normativa do mencionado artigo 16, já que as modificações no processo eleitoral passariam a ser feitas – a qualquer tempo – por meio de emendas constitucionais.

O terceiro argumento desenvolvido pelo STF contou com a adesão da maioria dos Ministros, que interpretaram o art. 16 como verdadeira cláusula pétrea, ou seja, como uma das normas integrantes do núcleo essencial, imodificável e, portanto, perene da ordem constitucional vigente. Nesse sentido, estar-se-ia diante de incontornável limitação material ao poder de reforma da Constituição. Algo comparável ao que a Corte já havia decidido sobre tema similar, pelo menos em certo aspecto: instada a se manifestar sobre o chamado princípio da anterioridade tributária, a Corte entendeu que o seu afastamento em dado caso concreto, possibilitando a imediata cobrança do imposto criado à época, ofenderia a garantia individual do cidadão-contribuinte, protegida pelos arts. 5º, §2º e 60, §4º, inciso IV, da CRFB/88⁷².

Afirmou-se que tanto lá (no caso da anterioridade tributária) como aqui o objetivo do legislador constituinte foi o mesmo, qual o de preservar as regras do jogo já iniciado, a bem da previsibilidade e da estabilidade imanentes à segurança jurídica. Nessa linha, o quanto encartado no art. 16 da Constituição representaria inequívoca garantia individual do cidadão-eleitor, para além do cidadão-candidato. Mais: consubstanciaria verdadeira proteção à viabilidade do próprio sufrágio, inegavelmente uma das manifestações mais importantes da soberania popular no âmbito das democracias representativas ocidentais. A função de garantir o efetivo exercício dos direitos políticos pelos partidos e especialmente pelos próprios cidadãos seria o signo distintivo de normas dessa natureza, o que as incluiria no rol das garantias de eternidade, mais conhecidas como cláusulas pétreas.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 939/DF. Tribunal Pleno. Requerentes: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio – CNTC. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 15 de dezembro de 1993 (Caso IPMF). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28939%2EENUME%2E+OU+939%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gv86bzh>>. Acesso em: 9 set. 2017.

Além das razões expostas, o art. 16 teria esse *status* também por abrir caminho para o implemento das condições materiais e normativas necessárias à realização do princípio da igualdade partidária. Isso porque a criação de novas regras para o jogo que já está em andamento não atingiria somente a segurança jurídica que compõe o núcleo essencial do devido processo eleitoral, mas também esvaziaria por completo a possibilidade de que as minorias político-partidárias pudessem se organizar e articular estratégias com antecedência e de acordo com os parâmetros de comportamento previamente instituídos. É dizer: o direito das minorias parlamentares ficaria à mercê da conveniência das majorias políticas de ocasião, o que em nenhum caso seria aceitável em uma democracia que preze pelo respeito às garantias fundamentais em geral, e à autonomia partidária em particular.

Apesar de haver discordado quanto ao *status* de cláusula pétrea do art. 16 – pontuando que a redação do dispositivo era ela mesma fruto de emenda constitucional –, o Ministro Eros Grau, no que interessa, acompanhou a maioria. A divergência efetiva ficou a cargo dos Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, cuja tese central foi a de que a modificação sob julgamento seria plenamente aplicável às eleições de 2006 porque, em rigor, em nada teria alterado a disciplina do processo eleitoral até então vigente. Sendo este um pressuposto fático para a incidência da anualidade eleitoral, não haveria de se falar na aplicação do referido postulado ao caso concreto da EC nº 52.

A corrente contrária entendeu que o TSE, ao editar a Resolução que acabou por estabelecer a obrigatoriedade da verticalização das coligações partidárias, extrapolou sua função de expedir instruções que achar conveniente à execução do Código Eleitoral, tal como disposto no art. 23, inciso IX, desse mesmo diploma. Nesse sentido, o Tribunal Superior Eleitoral haveria deixado se envolver na polêmica sobre se seria ou não correta ou conveniente a imposição da simetria entre as coligações formadas para a eleição presidencial e as majoritárias e proporcionais a serem travadas em cada unidade federativa estadual. E assim o foi precisamente porque a matéria já encontrava solução pacífica na legislação eleitoral. Nesse particular, os arts. 6º e 86 da Lei nº 9.504/97:

Art. 6º. É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.

[...]

Art. 86. Nas eleições presidenciais, a circunscrição será o país, nas eleições federais e estaduais, o Estado; e nas municipais, o respectivo Município.

Nesse cenário, e considerando que (i) tudo quanto disposto no art. 6º tem sua regência delimitada pela expressão “dentro da mesma circunscrição”, e que (ii) do art. 86 se extrai que a cada esfera de eleição corresponde uma circunscrição, a conclusão seria uma só: a vedação a que os partidos políticos formem coligações descontraídas, assimétricas ou incongruentes incidiria tão somente em cada uma das três esferas federativas (nacional, estadual ou municipal) em que se realizem, de forma simultânea, um ou mais pleitos majoritários e um ou mais pleitos proporcionais. É dizer: a legislação eleitoral de regência não vedaria – permitindo, portanto – que determinados partidos coligados entre si para a eleição presidencial viessem a estabelecer coligações com agremiações diferentes para as eleições estaduais a serem realizadas simultaneamente.

Nesse passo, resgatando o contexto normativo anterior à Lei nº 9.504/97, afirmou-se que o mote sempre foi homenagear a autonomia dos partidos políticos, prestigiando a ampla capacidade eleitoral. Interpretação descolada desse pano de fundo limitaria indevidamente a autonomia que se pretendeu conferir aos partidos políticos, em especial pela Constituição de 1988 que, ao incorporar sua regulamentação, revelou serem eles, os partidos, também titulares de direitos políticos. É nesse passo que veio a referida Lei nº 9.504/97, atentando para o fato de que em um país continental como o Brasil, formado por unidades federativas tão heterogêneas quanto a amplitude semântica desse adjetivo, as forças políticas são forças políticas diversas, moldadas a partir das circunstâncias regionais em que inseridas.

2.4.1 COMENTÁRIO CRÍTICO

A análise do caso permite concluir que a questão relativa à verticalização das coligações não encontrava resposta pronta no texto constitucional, pelo menos não a encontrava antes da EC nº 52/2006. O cenário, portanto, propiciava um intenso debate sobre a sua conveniência, e todos concordarão que não há solução óbvia, especialmente por existirem razões defensáveis de ambos os lados⁷³. O ponto é importante porque apesar de parecer, à primeira vista, que a decisão do STF se restringiu a analisar a violação ou não da regra da anualidade eleitoral, um olhar mais cuidadoso sugere que a adesão pessoal dos membros da Corte à mudança do sistema político-partidário nesse aspecto teve algum peso no resultado a que chegou o Supremo Tribunal Federal. Até porque, como se deve ter notado, não está em jogo, aqui, um sistemático mal funcionamento do processo de deliberação majoritária, tampouco o direito de participação de minorias isoladas do debate político. Essas circunstâncias, conforme já demonstrado na análise da teoria de John Hart Ely, embasariam uma atuação mais incisiva da Corte, de modo a garantir a manutenção dos canais democráticos de mudança política. Ocorre, porém, que o caso parece ter envolvido, antes, juízos morais de valor sobre qual seria o formato mais adequado para o sistema então vigente.

Isso porque, como ressaltado pela divergência capitaneada pelo Min. Marco Aurélio e seguida pelo Min. Sepúlveda Pertence, o ponto nodal da questão era o seguinte: a premissa fática para a incidência da regra da anualidade não teria se verificado, pois não houve efetivamente uma mudança no processo eleitoral, mas sim uma verdadeira criação legislativa a que procedeu o TSE na Consulta nº 715. O argumento ganha força quando se nota que nas eleições presidenciais anteriores, ocorridas em 1989 e 1993, sequer se cogitou da obrigatoriedade de coligações simétricas entre o pleito presidencial e os pleitos estaduais. A Resolução do TSE,

⁷³ Para argumentos em favor da obrigatoriedade da verticalização das coligações, cf. BARROSO, Luís Roberto. *A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil*, pp. 95 e s. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/instituto_proposta_introducao_objetivos_e_ideias_centrais.pdf> . Acesso em: 11 ago. 2017. No sentido contrário, cf. MONTEIRO, Maurício Gentil. *A verticalização das coligações partidárias nas eleições de 2002*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3211/a-verticalizacao-das-coligacoes-partidarias-nas-eleicoes-gerais-de-2002/2>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

portanto, consistiu em verdadeira inovação jurídica, e a pretexto de interpretar a legislação vigente mudou as regras do jogo sem ter competência legislativa para tanto. A conveniência da adoção da verticalização parece ser um motivo mais sincero para se entender o pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral. Nesse particular, uma nota breve reforça o ponto.

Um dos argumentos centrais que serviram de base para a edição da mencionada Resolução está no art. 17, inciso I, da CRFB/88, que prevê o “caráter nacional” dos partidos políticos como requisito a ser observado pelas agremiações políticas no âmbito de sua organização interna. Apesar disso, há bons argumentos para defender que desse dispositivo constitucional não decorre a imperiosidade da verticalização. Primeiro porque a razão de ser do constituinte parece haver sido impedir a criação de partidos estaduais, sem representação nos demais Estados da Federação, e não impor a verticalização das coligações, em inegável prejuízo à autonomia dos partidos⁷⁴. E segundo porque essa obrigatoriedade vai na contramão do fortalecimento de um projeto comum de unidade federativa e do estímulo ao crescimento e à participação de toda a população no destino político do país. Seja como for, e ainda que assim não se entendesse, o próprio TSE se contradisse nesse particular por ocasião da resposta dada à referida Consulta nº 766. Nessa oportunidade, a Corte eleitoral afirmou que “[O] partido político que não esteja disputando a eleição presidencial poderá participar de diferentes coligações formadas para as eleições estaduais em cada estado e no Distrito Federal”⁷⁵.

Nesse sentido, o TSE acabou por infirmar o próprio fundamento que utilizou para a edição da Resolução nº 21.002/TSE. É que o exaltado “caráter nacional”, que supostamente proibiria coligações assimétricas estaduais ou coligações híbridas carentes de coerência ideológico-partidária, caiu por terra quando a Corte eleitoral afirmou que o partido que não participasse da eleição no âmbito federal (presidencial) estaria livre para estabelecer coligações infinitamente variadas nos diversos Estados com todo e qualquer partido político. Note-se, portanto, que a

⁷⁴ MONTEIRO, Maurício Gentil. *A verticalização das coligações partidárias nas eleições de 2002*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3211/a-verticalizacao-das-coligacoes-partidarias-nas-eleicoes-gerais-de-2002/2>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

⁷⁵ Idem, ibidem.

questão parece mesmo estar mais próxima da conveniência política do que da interpretação normativa.

Os argumentos a favor da mudança legislativa poderiam prosseguir por abordagens privilegiadoras do princípio federativo, da autonomia dos partidos políticos, ou mesmo de uma visão mais pragmática que destacasse a coincidência temporal da realização das eleições nacionais e estaduais – cuja análise mais detida permitiria perceber que se tratam de eleições diferentes, em âmbitos diferentes e, portanto, com alinhamentos políticos diferentes⁷⁶. Mas não é esse o foco do presente estudo. O que se pretende aqui é demonstrar que a questão é muito menos óbvia e singela do que parece ter feito crer a decisão do Supremo Tribunal Federal.

O caráter no mínimo heterodoxo da Resolução do TSE, aliado à ampla delegação constitucional do tema ao poder de conformação do Legislativo e à história das coligações partidárias livres nas eleições precedentes conduz à conclusão de que, também nesse tema, o Supremo Tribunal Federal deveria ter sido deferente à vontade legislativa majoritária. Sob qualquer aspecto que se olhe a questão é possível dizer que tanto foi imprópria a intervenção judicial nesse particular que, no final das contas, não passou de um pequeno desvio na trajetória da autonomia partidária no Brasil, tendo em vista que a garantia constitucional da facultatividade da verticalização é tema que não suscita mais controvérsias na atualidade.

2.5 FINANCIAMENTO PRIVADO DE CAMPANHAS ELEITORAIS

A questão versada no presente tópico chegou ao Supremo Tribunal Federal pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650/DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em face dos artigos 23, § 1º, incisos I e II, 24, 81, cabeça e §1º, da Lei nº 9.504/97, bem como dos artigos 31, 38, inciso III, 39, cabeça e §5º, da Lei nº 9.096/95⁷⁷. A pretensão da entidade autora, em síntese,

⁷⁶ MONTEIRO, Maurício Gentil. *A verticalização das coligações partidárias nas eleições de 2002*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3211/a-verticalizacao-das-coligacoes-partidarias-nas-eleicoes-gerais-de-2002/2>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI nº 4650/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2015. Disponível em:

consistiu em impedir o financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas e determinar que o legislador editasse nova legislação para estabelecer limites uniformes às doações feitas por pessoas naturais e ao uso dos próprios recursos por candidatos. A discussão central, portanto, era saber se as regras que regulavam o financiamento privado de campanhas eleitorais até então vigentes se compatibilizariam ou não com a Constituição Federal de 1988.

Nesse cenário, confira-se os principais dispositivos impugnados:

Lei. 9.096/95:

Art. 38. O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) é constituído por: [...] III- doações de pessoa física ou jurídica, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário.

Art. 39. Ressalvado o disposto no art. 31, o partido político pode receber doações de pessoas físicas e jurídicas para constituição de seus fundos.

[...]

§ 5º. Em ano eleitoral, os partidos políticos poderão aplicar ou distribuir pelas diversas eleições os recursos financeiros recebidos de pessoas físicas ou jurídicas, observando-se o disposto no Parágrafo 1º do art. 23, no art. 24 e no Parágrafo 1º do art. 81 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, e os critérios definidos pelos respectivos órgãos de direção e pelas normas estatutárias.

Lei 9.504/97:

Art. 23. As pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido o disposto nesta Lei.

§ 1º. As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas:

I - no caso de pessoa física, a dez por cento dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição. II - no caso de candidato que utilize recursos próprios, ao valor máximo de gastos estabelecido pelo seu partido, na forma da lei.

[...]

Art. 81. As doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações.

§ 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição.

O Conselho Federal da OAB sustentou que o modelo até então vigente potencializaria os vícios do processo eleitoral, quando menos porque resultava na influência desmedida e decisiva do capital na política. Essa constatação redundaria em uma outra, a de que havia uma clara assimetria e quebra da isonomia entre os participantes do pleito, incluídos nesse conceito os cidadãos-eleitores e os cidadãos-candidatos. Nessa perspectiva, o autor da ação sustentou que as regras do jogo, citadas acima, seriam incompatíveis com as seguintes normas constitucionais: (i) princípio da isonomia – art. 5º, *caput*, e art. 14; (ii) princípio democrático – art. 1º, *caput* e parágrafo único, art. 14, e art. 60, §4º, inciso II; (iii) princípio republicano – art. 1º, *caput*, e (iv) princípio da proporcionalidade, no que veda a proteção insuficiente ou deficiente (*Untermassverbot*). Com exceção da parte relativa a doações por pessoas naturais ou aporte de recursos pelo próprio candidato, a violação aos pontos enumerados foi acolhida pelo Tribunal, razão pela qual sua análise mais detida se fará mais à frente, na parte destinada a destacar os principais argumentos que serviram de fundamento à decisão da Corte pela procedência parcial dos pedidos formulados.

A Presidência da República manifestou-se pela constitucionalidade das normas impugnadas. Argumentou que não se poderia simplesmente retirar as pessoas jurídicas do processo político, especialmente por consistirem em um segmento importante da sociedade, organizador de seus fatores de produção. Assim, a possibilidade de participarem com doações nas campanhas eleitorais não seria, *per se*, inválida, respeitados os limites legais. Até porque – continua o argumento – a discussão possível deveria girar em torno de mecanismos de controle e transparência, pois ao fim e ao cabo as normas que desconsiderem essa perspectiva se tornarão letra morta frente aos canais paralelos que seriam abertos pelo poder econômico.

O Congresso Nacional também defendeu a higidez das normas atacadas. A Câmara dos Deputados disse que não seria possível extrair da CRFB/88 qualquer formato acabado de financiamento de campanhas, razão pela qual essa decisão caberia às instâncias competentes para legislar a respeito, isto é, configuraria exemplo típico de decisão política a ser tomada pelo Parlamento. Argumentou, por fim, que se o “apelo ao legislador” já seria questionável nesse caso, que dirá o pedido autoral para que, no silêncio daquele, o TSE pudesse regular provisoriamente tal

questão, por espécie de sentença aditiva. O Senado Federal, por sua vez, reconheceu que o modelo de financiamento até então vigente padecia de graves vícios, e talvez não fosse mesmo o mais adequado. A despeito disso, sustentou que o mero desejo por um novo sistema não serviria de fundamento à declaração de inconstitucionalidade do até então vigente. Nesse sentido, destacou que caberia ao Poder Legislativo escolher e delimitar um novo mecanismo de contribuições eleitorais e partidárias, especialmente por ser o espaço mais adequado para tanto.

A Advocacia-Geral da União, no papel de defensora da legislação impugnada, sustentou, preliminarmente, o conhecimento parcial da ação e, no mérito, a improcedência dos pedidos formulados. Nessa linha, afirmou que não haveria nenhum fundamento constitucional que interditasse a participação das empresas em campanhas políticas, razão pela qual o modelo escolhido pelo legislador era tão válido quanto vários outros possíveis, já que a CRFB/88 não estabeleceu previamente um desenho de como deveria se dar o financiamento eleitoral. Na verdade, antes de violar a Constituição Federal de 1988, as normas atacadas homenageariam os princípios da liberdade de participação política, da cidadania e do pluralismo político. Já o Ministério Público Federal, por outro lado, opinou pela procedência dos pedidos formulados na inicial da ação direta de inconstitucionalidade. Na mesma linha de raciocínio perfilhada pelo autor da demanda, argumentou que as normas violariam os princípios constitucionais da cidadania, da democracia, da república, da igualdade, do pluralismo político e da proporcionalidade – este no que proíbe a proteção deficiente.

Ao final, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator Luiz Fux, o Tribunal julgou procedente em parte o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais. Nesse sentido, declarou-se a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 31 da Lei nº 9.096/95, no ponto em que autoriza, *a contrario sensu*, doações por pessoas jurídicas a partidos políticos, e a inconstitucionalidade das expressões “*ou pessoa jurídica*”, constante do art. 38, inciso III, e “*e jurídicas*”, inscrita no art. 39, cabeça e §5º, todos da Lei nº 9.096/95. Ficaram vencidos, em menor extensão, os Ministros Teoria Zavascki, Celso de Mello e Gilmar Mendes, que davam às normas impugnadas interpretação conforme

à Constituição, a qual mantinha a possibilidade de doações por pessoas jurídicas. Ainda, rejeitou-se a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade por não se ter alcançado o número de votos exigido pelo art. 27 da Lei 9.868/99 e, em decorrência disso, assentou-se que a decisão se aplicaria às eleições do ano de 2016 em diante, a partir da respectiva sessão de julgamento, independentemente da publicação do acórdão. No que concerne às pessoas físicas, a regulamentação até então vigente permaneceu hígida.

Como se vê, portanto, muito embora tenha assentado a constitucionalidade do regramento normativo que disciplinava as doações por pessoas físicas e o aporte de recursos pelos próprios candidatos a cargos eletivos, a Corte acolheu os pedidos de declaração de inconstitucionalidade das normas que, em última análise, autorizavam as doações por pessoas jurídicas. Partindo-se do modelo estabelecido e da constatação de que ele ensejou a captura do processo político pelo poder econômico, argumentou-se que as regras impugnadas violavam os princípios constitucionais da igualdade, democrático, republicano e da proporcionalidade, este último no que veda a proteção insuficiente. Nesse cenário, a atuação do STF, pelo que se depreende dos votos da maioria, visou combater a plutocratização do processo político e restabelecer a força normativa da soberania popular, do autogoverno e de um sistema eleitoral minimamente democrático e isonômico. Tudo contra o (ab)uso do poder econômico. As fundamentações foram as mais diversas. Passa-se a analisar as principais.

O voto do Relator, Min. Luiz Fux, assentou que a violação ao princípio da isonomia, na sua proteção à igualdade política, constante do art. 5º, *caput*, e do art. 14 da CRFB/88 teria se verificado na medida em que o financiamento de campanhas por empresas privadas potencializava as desigualdades políticas e sociais, pois permitia que pessoas mais abastadas pudessem influir de uma maneira reconhecidamente mais efetiva nos resultados eleitorais. Nesse passo, restaria claro que a participação das empresas seria, sim, um fator de desequilíbrio do certame, especialmente porque a competitividade dos atores do pleito seria diretamente proporcional às despesas realizadas na campanha.

No que concerne à violação ao princípio democrático, extraído do art. 1º, *caput* e parágrafo único, art. 14 e art. 60, §4º, inciso II, o voto condutor sustentou que as regras atacadas seriam responsáveis por inserir no sistema democrático brasileiro elementos plutocráticos, isto é, elementos que converteriam o capital no verdadeiro eleitor. Nesse passo, não se poderia transigir com disciplina legal do processo político que atribuísse um poder muito maior a alguns cidadãos em prejuízo de todos os demais. Além disso, e por consequência, restaria violado outro princípio derivado do democrático, o da igualdade de chances. Isso porque o financiamento pelas empresas fortaleceria os detentores do poder econômico, especialmente se se levasse em consideração que entidades de classe, sindicais e boa parte das instituições que compõem o chamado terceiro setor eram proibidas pela lei de fazer contribuições a campanhas. Nesse contexto é que se poderia dizer que os detentores do capital seriam verdadeiramente beneficiados pela legislação, em detrimento de outros setores da sociedade civil organizada.

As doações por empresas privadas violariam, ainda, o princípio republicano, à medida que fomentariam um sem número de práticas escusas e antirrepublicanas, conforme apontado no voto do Min. Luís Roberto Barroso. É que, considerando a constatada dependência das campanhas em relação ao poder econômico, os candidatos seriam estimulados a atuar em favor dos interesses de seus precípuos patrocinadores eleitorais, seja na elaboração de atos normativos, seja na atividade de gerenciamento da máquina estatal administrativa, o que envolveria atividades como a execução do orçamento e a realização de licitações e contratos públicos.

Por último, mas não menos importante – prossegue o voto do Relator, Min. Luiz Fux – estaria a violação ao princípio da proporcionalidade, em sua dimensão de vedação à proteção insuficiente ou deficiente (*Untermassverbot*). O raciocínio aqui decorreria do que se apontou nos argumentos anteriores: à evidência, as normas impugnadas não protegeriam a contento os princípios constitucionais já mencionados – da igualdade, democrático e republicano. Nesse sentido, e considerando os interesses em disputa, a disciplina normativa atacada não se justificaria, porque o que se estava a perder em proteção estatal aos ditos princípios não se estaria a

compensar minimamente pelas vantagens obtidas em decorrência dessa proteção insuficiente.

Além de tudo isso, outros pontos foram destacados pelo voto condutor em reforço à impropriedade do financiamento de campanha pelas pessoas jurídicas, a saber: (i) não seria inerente ao regime democrático a participação de pessoas jurídicas no processo eleitoral; (ii) o direito à liberdade de expressão não abarcaria, a princípio, o direito a doações por pessoas jurídicas; (iii) a prática denunciaria que muito antes de refletir a escolha de determinada preferência política, as doações visavam estreitar a relação de dependência entre os doadores e os agentes responsáveis pela gestão do poder público, flertando com o clientelismo, em especial quando se percebia a ausência de qualquer ideologia em doações feitas pelas mesmas empresas a candidatos políticos adversários entre si; e (iv) o objetivo das empresas, muitas vezes, estava mais em evitar represálias políticas por não terem contribuído na campanha do que em participar genuinamente do processo político.

2.5.1 COMENTÁRIO CRÍTICO

A questão aqui discutida é, sem dúvida, uma das mais complexas e debatidas no âmbito do processo político eleitoral. Como se pôde perceber, vários são os fatores que conformam o sistema político e dão a tônica de seu modo de funcionamento. A medida de sua eficiência, transparência e o grau de participação em condições igualitárias por ele proporcionados são questões que variam conforme o desenho institucional do Estado e o estágio em que se encontra a democracia exercida pelo seu povo. A Constituição Federal de 1988 trouxe uma miríade de princípios a serem observados no exercício da democracia brasileira, mais ou menos relacionados ao sistema eleitoral, à participação direta dos cidadãos, aos mecanismos institucionais de conformação da vontade majoritária, às regras protetoras da justiça do processo político em geral e aos cursos de ação a serem densificados e concretizados pelo povo ao longo do tempo.

Pois bem. A partir da análise da decisão do STF sobre o tema é possível concluir que a Corte declarou inconstitucional o financiamento de campanhas

por pessoas jurídicas de direito privado, ou seja, por empresas em geral. E assim o fez principalmente em nome da proteção dos princípios relativos a cidadania, democracia, república, igualdade, pluralismo político e proporcionalidade. O sistema até então vigente conviveria com a captura do processo político pelo poder econômico, o que além de não ser desejável, seria incompatível com a soberania popular constitucionalmente protegida. Apesar da indeterminação conceitual dos princípios utilizados como fundamento da decisão, é de se notar que foram lançados relevantes argumentos a favor de um sistema mais democrático e menos cooptado. Disso poucos discordarão. O problema, porém, é extrair do texto constitucional a vedação a que pessoas jurídicas participem do processo político por meio do aporte de capitais. É disso que se cuida no caso, e é essa pergunta que não parece ter sido respondida a contento pelo Supremo Tribunal Federal.

O mais próximo que a CRFB/88 chega do tema é quando fala, em seu art. 14, §9º, que lei complementar cuidará, entre outras coisas, de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico. Para além disso, mais nada. A Constituição não trouxe um desenho prévio e acabado de financiamento eleitoral que deveria ser adotado, pelo que há boas razões para supor que além de ter delegado essa função ao legislador, o constituinte o fez em nome dos mesmos princípios levantados pelos defensores da proibição imposta: liberdade de participação política, cidadania e pluralismo.

Nesse sentido, não é possível sustentar que a Corte agiu na linha proposta por John Hart Ely – analisada no primeiro capítulo do presente estudo. Isto é, que atuou legitimada pela imperiosidade de se corrigir um processo político que estaria funcionando mal de modo sistêmico ou para proteger o direito de minorias – aqui relacionado com a proteção da igualdade dos eleitores frente à maior influência nas eleições dos detentores do poder econômico. Como se verá, essas questões são, de fato, suscitadas pelos defensores do posicionamento adotado pela Corte, mas não são suficientes para justificar a declaração de inconstitucionalidade que se levou a efeito.

Vale dizer, a complexidade do tema e as variáveis a ele subjacentes permitem sustentar que o financiamento privado de campanhas não é o – ou pelo menos não é o único – causador das mazelas do sistema político brasileiro. E ainda que assim não fosse, o fato de que sua proibição já foi testada anteriormente e não obteve o sucesso esperado conduz à conclusão de que a solução possível – conforme exposto abaixo – estaria muito mais próxima de uma interpretação constitucionalmente adequada do conjunto normativo impugnado do que de sua declaração de inconstitucionalidade.

A apontada violação ao princípio da proporcionalidade – no que proíbe a proteção deficiente ou insuficiente – não conduz necessariamente à declaração de inconstitucionalidade das normas impugnadas. Muito ao contrário. Em rigor, o argumento milita em favor de que fosse proferida uma “sentença aditiva” para suprimir, jurisprudencialmente, a alegada deficiência na proteção, ou mesmo em favor de uma decisão que, conferindo “interpretação conforme” aos atos impugnados, mantivesse hígido o referido conjunto normativo *se e quando* sobreviesse um aperfeiçoamento legislativo capaz de suprir a pronunciada proteção insuficiente. Essa foi, aliás, a sugestão proposta pelos votos divergentes dos Ministros Teori Zavascki e Celso de Mello. Tudo a indicar que, além de mais deferente à opção legislativa, tal medida se mostrava verdadeiramente plausível.

Nesse contexto, é de todo relevante o argumento de que, se a participação de pessoas jurídicas nas campanhas eleitorais não é inválida por si só, a discussão há de se pautar em torno dos mecanismos mais adequados de controle e transparência dos recursos aportados nas campanhas. A solução extremada de barrar a participação das empresas nas eleições não parece razoável, muito menos decorrente do texto constitucional. Primeiro por negar às empresas – que participam ativamente do desenvolvimento da sociedade em que inseridas – o direito de participar do processo político que afetará a todos os integrantes do meio social, sejam pessoas de carne e osso, sejam ficções jurídicas que empregam pessoas de carne e osso e movimentam a economia. Segundo porque se aproxima de um ato de fé, ao desconhecer que a influência do capital é um fato social incontornável, e que canais de comunicação com a política são uma realidade inescapável, cabendo decidir

apenas se serão fixados parâmetros de controle e fiscalização ou se o problema ficará à margem do conhecimento do Estado, dando azo a todo tipo de relação escusa entre política e capital⁷⁸.

Além disso, e como apontado pelos votos divergentes, a proibição do financiamento de campanha por pessoas jurídicas já foi uma realidade no Brasil, e a famosa “CPI PC Farias” parece não haver deixado dúvidas de que os resultados não foram nada frutíferos⁷⁹. Argumentos como a debilitação da competição eleitoral, tendo em vista o aumento da diferença de poder entre os partidos à frente da máquina estatal e aqueles que fizeram parte da oposição, bem como a incompletude da ideia da eficácia da proibição dissociada de um pensamento de otimização do sistema político como um todo são argumentos igualmente relevantes e que apontam o equívoco da decisão.

Em suma, é possível perceber que o tema não é fácil, e que todos os argumentos lançados por ambos os lados são igualmente válidos. A complexidade da

⁷⁸ Nesse sentido, e após apontar as críticas costumeiramente feitas ao abuso do poder econômico no modelo de financiamento privado de campanhas eleitorais, José Jairo Gomes pondera o outro extremo, destacando as lacunas do argumento a favor do financiamento público total e exclusivo: “Em geral, argumenta-se que essa medida reduziria a corrupção e a desigualdade entre os candidatos, tornando a disputa mais justa e equilibrada. Mas essa tese tem sido muito criticada. A uma, porque não extinguirá o tráfico privado nas campanhas eleitorais, menos ainda nos centros do poder político. Normalmente, os candidatos ‘mais bem cotados’ flertam com ou são emergentes de grupos político-econômicos de incontestável vitalidade financeira, os quais lhes emprestam apoio moral e pecuniário; é de evidência solar que jamais gozarão da isenção necessária no trato da coisa pública. A duas, porque, em um país em que há graves desníveis sociais, altos índices de analfabetismo, poucos investimentos em saúde e educação, em que as rodovias se tornaram ‘caminhos’ esburacados, em que a segurança pública é claramente insatisfatória, certamente o dispêndio de verbas do erário para financiar campanhas eleitorais não é algo que em si e em si mesma a consciência se possa considerar prioritário. A três, porque a medida não porá fim à corrupção, que, a bem da verdade, tem na impunidade sua mais entusiástica aliada e apoiadora”. GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013. p.318-19.

⁷⁹ O chamado “Esquema PC Farias” foi um esquema de corrupção que marcou o governo do ex-Presidente Fernando Collor de Melo e que teve como protagonista o tesoureiro de sua chapa nas eleições de 1989, o empresário Paulo César Cavalcante Farias. A Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) instalada para investigar a organização criminosa produziu um relatório que afirmava que a legislação brasileira era demasiadamente restritiva – e até irreal – ao vedar as doações de pessoas jurídicas a partidos políticos e às campanhas eleitorais em geral. Consignando que a destinação de recursos de empresas a campanhas era uma realidade vivenciada em todo o mundo civilizado, concluiu que seria hipocrisia a manutenção da vedação, e que era necessário, isso sim, não só regulamentar o aporte financeiro nos pleitos eleitorais (entrada de recursos), mas especialmente impor limites aos gastos realizados (saída de recursos), ficando a cargo da Justiça Eleitoral realizar a devida fiscalização. Para uma análise mais detida do ponto, confira-se o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI em análise, em especial pp. 219-226 do Inteiro Teor do Acórdão.

matéria, porém, sugere que a questão deve ser debatida por todos, especialmente por aqueles eleitos pelo povo para tanto. Com efeito, é difícil concordar com a proibição particular imposta pelo STF no caso em análise. E não é que as regras até então vigentes fossem as melhores. Havia, como ainda há, um relativo consenso na comunidade no sentido de que o sistema de financiamento de campanhas – e mesmo o sistema eleitoral como um todo – tem de ser melhorado, oxigenado e desenhado de forma mais democrática e transparente. Mas a jurisdição constitucional não se legitima tão somente pela qualidade da legislação, há de haver algo mais do que mera conveniência política ou vontade de resolver os problemas por meio de atalhos. Vale dizer: ninguém discorda de que mudanças no sistema são necessárias, especialmente para controlar e fiscalizar a influência excessiva do capital nas campanhas eleitorais. Mas é preciso ir muito além para concluir que a solução para a questão reside no extremo de se proibir, por completo, as doações de pessoas jurídicas.

CONCLUSÃO

O presente estudo buscou analisar a teoria da decisão constitucional desenvolvida por John Hart Ely, um dos principais autores de direito constitucional do século XX. Como demonstrado, sua abordagem defende que a jurisdição constitucional, ao exercer o controle de constitucionalidade das normas editadas pelas instâncias representativas do povo, deve limitar-se a intervir para garantir as condições necessárias à preservação do processo democrático. Nesse sentido, a legitimidade democrática do *judicial review* está precisamente na ação corretiva voltada a garantir a eficiência dos canais democráticos de deliberação majoritária e assegurar que as minorias sejam tratadas com igual respeito e consideração na formação da vontade democrática, com reais condições de participar de um processo político fundado em bases igualitárias. A teoria procedimentalista de atuação da jurisdição constitucional, portanto, opõe-se a uma abordagem substantiva do papel do Judiciário em democracias representativas, voltada à imposição de valores por atores politicamente irresponsáveis e igualmente suscetíveis a concepções personalistas de vida boa e justa.

Consideradas essas premissas, a segunda parte do trabalho se dedicou a analisar se a atuação do Supremo Tribunal Federal tem se baseado na manutenção dos canais democráticos de deliberação ou se, ao contrário, tem se preocupado em decidir com base em valores ou juízos morais particulares da maioria de seus integrantes, ainda que veladamente. Para isso, foram analisadas cinco decisões da Corte em temas paradigmáticos, todos relacionados à reforma política brasileira. Como se pôde perceber, as decisões tomadas nos temas relativos a fidelidade partidária no sistema eleitoral proporcional, cláusula de barreira, verticalização das coligações partidárias e financiamento privado de campanhas eleitorais adentraram no espaço próprio da conformação legislativa – como demonstrado, a exceção ficou por conta da decisão proferida no tema da fidelidade partidária no sistema eleitoral majoritário, ainda que tomada pelas razões erradas. Nessas hipóteses, a Corte poderia ter sido deferente às opções legislativas, ainda que tivesse de proceder a uma interpretação constitucionalmente adequada dos atos

impugnados – como nos casos da cláusula de barreira e do financiamento de campanhas, conforme demonstrado.

Nos comentários que se seguiram a cada uma das análises realizadas, o saldo a que se chegou não foi dos mais positivos, considerando a teoria procedimentalista que – conforme acima referido – serviu de base ao presente estudo. Isso porque, na maioria dos casos, constatou-se que o STF interviu em temas altamente controvertidos, sem que as respostas oferecidas pudessem ser justificadas diretamente na necessidade de correção do processo democrático deliberativo ou na proteção de minorias isoladas e alijadas do processo político de formação da vontade majoritária. Em rigor, a Corte parece mesmo ter atuado de modo a substituir as opções políticas feitas pelo Parlamento pelas suas próprias.

O objetivo da discussão que se pretendeu suscitar é um só: estimular um pensamento crítico sobre a atuação das instâncias de poder inseridas no desenho institucional da democracia brasileira, no intuito de desenvolver mecanismos que fortaleçam a participação dos cidadãos nos cursos de ação política e que sirvam de freios, inclusive, aos excessos cometidos pelo Poder Judiciário em geral e no exercício do controle de constitucionalidade das normas em particular. É certo que a discussão aqui posta não é nova, e já passou por uma série de críticas e aprimoramentos que indubitavelmente a tornaram mais sofisticada, complexa e aberta tanto para vários outros fatores que influenciam as decisões constitucionais quanto à manutenção de uma democracia representativa equilibrada e eficiente. Isso não quer dizer, contudo, que as instituições brasileiras prescindam de oxigenação democrática da mais alta envergadura, e a análise aqui desenvolvida parece apontar exatamente nesse sentido.

Alguns poderão dizer, com alguma razão, que a premissa de que parte John Hart Ely para desenvolver sua teoria não é a mesma de que partiria se se tratasse da democracia desenhada para o Brasil, em especial pelo fato de a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, diferente da Constituição norte-americana de 1787, haver sido particularmente generosa ao impor uma miríade de valores a serem seguidos e ao tratar de temas dos mais variados, não só

relacionados ao processo político ou a procedimentos a serem observados. Com efeito, o argumento é procedente, mas apenas em parte. Isso porque as diferenças apontadas entre os dois modelos de Constituição não parecem suficientes para eximir os Poderes Constituídos de buscarem a formatação de instituições tão mais democráticas e eficientes quanto possível. Muito pelo contrário.

A forma de atuação dos Poderes instituídos tem demonstrado que é preciso repensar o sistema e estimular o povo a exercer uma cidadania ativa e responsável, consciente de seu papel na condução da coisa pública e nos rumos do país. É preciso estimular um debate sério sobre o tema, inclusive para que se decida com clareza se a democracia brasileira será exercida pelo povo ou se continuará sendo conduzida por alguns poucos, assombrada pelos mesmos fantasmas autoritários de um passado não tão distante.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/instituto_proposta_introducao_objetivos_e_ideias_centrais.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. ed. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

_____. **Código Eleitoral – Lei nº 4.737**, de 15 de julho de 1965. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0-4.737-de-15-de-julho-de-1965>>. Acesso em: 11 set. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 1**, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição 282**, de 24 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21184>>. Acesso em: 9 set. 2017; e em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/542377-CAMARA-APROVA-TEXTO-BASE-DE-PEC-QUE-ALTERA-REGRAS-DE-COLIGACOES-E-DE-ACESSO-AO-FUNDO-PARTIDARIO.html>> Acesso em: 9 set. 2017.

_____. **Resolução nº 20.993**, de 26 de fevereiro de 2002, Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2002/RES209932002.htm>>. Acesso em: 13 set. 2017.

_____. **Resolução nº 22.610**, de 25 de outubro de 2007, Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasilia-2013-df>. Acesso em: 20 ago 2017.

_____. **Resolução nº 21.002**, de 26 de fevereiro de 2002, Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: https://www.google.com.br/search?rlz=1C1GGRV_enBR753BR753&q=resolu%C3%

A7%C3%A3o+21.002+tse&oq=resolu%C3%A7%C3%A3o+21.002+tse&gs_l=psy-ab.3...2059.7166.0.7912.8.8.0.0.0.285.1355.2-5.5.0...0...1.1.64.psy-ab..3.3.799...0i30k1j0i7i10i30k1j0i7i30k1.HJ0wV9x1xwc.

_____. **Resolução nº 20.993**, de 26 de fevereiro de 2002, Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: https://www.tre-sc.jus.br/site/fileadmin/arquivos/legjurisp/eleicoes_2002/res_tse/res020993.26022002.pdf. Acesso em : 20 ago. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI nº 1351/DF**. Tribunal Pleno. Requerentes: Partido Comunista do Brasil – PC do B, Partido Democrático Trabalhista – PDT e Outros. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 7 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281351%2EENUME%2E+OU+1351%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jhmmn9r>>. Acesso em: 13 set. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI nº 1354/DF**. Tribunal Pleno. Requerente: Partido Social Cristão – PSC. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 7 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281354%2EENUME%2E+OU+1354%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zt6rwqy>>. Acesso em: 13 set. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 1.407 MC/DF**. Tribunal Pleno. Requerente: Partido Comunista do Brasil – PC do B. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 7 de março de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281407%2EENUME%2E+OU+1407%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gwkqgaj>>. Acesso em: 13 set. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI nº 3685/DF**. Tribunal Pleno. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Congresso Nacional. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 22 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283685%2EENUME%2E+OU+3685%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hu8hyw2>>. Acesso em: 13 set. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI nº 4650/DF**. Tribunal Pleno. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284650%2EENUME%2E+OU+4650%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zgn39mg>>. Acesso em: 13 set. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI nº 5081/DF.** Tribunal Pleno. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 27 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%285081%2E%2E+OU+5081%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hbamfgg>>. Acesso em: 13 set. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 939/DF.** Tribunal Pleno. Requerentes: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio – CNTC. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 15 de dezembro de 1993 (Caso IPMF). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28939%2E%2E+OU+939%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gv86bzh>>. Acesso em: 9 set. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Mandado de Segurança. **MS 20.927/DF.** Tribunal Pleno. Impetrante: Luiz Fabrício Alves de Oliveira. Autoridade coatora: Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 11 de outubro de 1989. *DJ* 15 abr. 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85369>>. Acesso em: 12 set. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Mandado de Segurança. **MS nº 26.602/DF.** Tribunal Pleno. Impetrante: Partido Popular Socialista (PPS). Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 4 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2826602%2E%2E+OU+26602%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zmbg67r>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Mandado de Segurança. **MS nº 26.603/DF.** Tribunal Pleno. Impetrante: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 4 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2826603%2E%2E+OU+26603%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jyolcr3>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Mandado de Segurança. **MS nº 26.604/DF.** Tribunal Pleno. Impetrante: Democratas (DEM). Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 4 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2826604%2E%2E+OU+26604%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zgrv2ve>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

_____. **Tribunal Superior Eleitoral.** Consulta. **Cta nº 1.398/DF.** Tribunal. Consulente: Partido da Frente Liberal (PFL) – nacional, por seu presidente. Relator: Min. Cesar

Asfor Rocha. Brasília, 27 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-no-22-526-consulta-no-1-398/view>>. Acesso em: 12 set. 2017.

_____. **Tribunal Superior Eleitoral**. Consulta. **Cta nº 1.423/DF**. Tribunal. Consulente: Ciro Nogueira Lima Filho. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 1º de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 12 set. 2017.

_____. **Tribunal Superior Eleitoral**. Consulta. **Cta nº 715/DF**. Tribunal. Consulente: Miro Teixeira e outros. Relator: Min. Garcia Vieira. Brasília, 26 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 13 set. 2017.

_____. **Tribunal Superior Eleitoral**. Petição. **PET nº 1591/DF**. Tribunal. Requerente: João Caldas. Relator: Min. Luiz Carlos Madeira. Brasília, 15 de fevereiro de 2005; e BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta. Cta nº 1185. Consulente: Ronaldo Nóbrega Medeiros. Relator: Min. Caputo Bastos. Brasília, 16 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 13 set. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. 2.380 p.

CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Direito à saúde – paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ESTADOS UNIDOS. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. *Appeal from the United States District Court for the Middle District of Alabama*. **Reynolds v. Sims**. 377 U.S. 533 (1964). *Chief Justice Warren*. Washington, D.C, 25 de junho de 1964. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/377/533/case.html>> Acesso em: 3 set. 2017.

_____. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. *Appeal from the District Court of the United States for the Northern District of Illinois*. **Colegrove v. Green**, 328 U.S. 549, 556 (1946). *Justice Frankfurter*. Washington, D.C., 10 de junho de 1946. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/328/549/case.html>> Acesso em: 3 set. 2017.

_____. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. *Appeal from the District Court of the United States for the Southern District of Illinois*. **United States v. Carolene Products Co.**, 304 U.S. 144 (1938). *Justice Stone*. Washington, D.C., 25 de abril de 1938. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/case.html>> Acesso em: 13 ago. 2017.

_____. **Suprema Corte dos Estados Unidos. Certiorari to the Supreme Court of Arizona. Miranda v. Arizona.** 348 U.S. 436 (1966). Chief Justice Warren. Washington, D.C., 13 de junho de 1966. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/case.html>>. Acesso em: 3 set. 2017.

_____. **Suprema Corte dos Estados Unidos. Certiorari to the Supreme Court of Florida. Gideon v. Wainwright.** 372 U.S. 335 (1963). Justice Black. Washington, D.C., 18 de março de 1963. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/372/335/>>. Acesso em: 3 set. 2017.

_____. **Suprema Corte dos Estados Unidos. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Fifth Circuit. Palmer v. Thompson,** 403 U.S. 217, (1971). Justice Black. Washington, D.C., 14 de junho de 1971. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/217/case.html>>. Acesso em: 3 set. 2017.

_____. **Suprema Corte dos Estados Unidos. Error to the Court of Appeals of the State of Maryland. McCulloch v. Maryland,** 17 U.S. 316 (1819). Chief Justice John Marshall. Washington, D.C., 20 de março de 1819. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/case.html>> Acesso em: 3 set. 2017.

_____. **Suprema Corte dos Estados Unidos. Error to the District Court of the United States for the Eastern District of Pennsylvania. Schenk vs. United States,** 249 U.S. 47 (1919). Justice Holmes. Washington, D.C., 3 de março de 1919. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/case.html>>. Acesso em: 12 set. 2017.

_____. **Suprema Corte dos Estados Unidos. Error to the District Court of the United States for the Northern District of Ohio. Debs vs. United States,** 249 U.S. 211, (1919). Justice Holmes. Washington, D.C, 10 de março de 1919. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/211/>>. Acesso em: 12 set. 2017.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **A teoria procedimentalista de interpretação constitucional de J. H. Ely.** In: Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão: juris itinera, n. 17, p. 13-41, jan./dez. 2010. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/35640>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral.** 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

GONÇALVES, Nicole P. S. Mader. **A jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa.** 2009. 580 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2009.

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

KELSEN, Hans. **O problema da justiça.** Trad. João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

MACIEL, Eliane Cruxên Barros de. **Fidelidade partidária: um panorama institucional.** 2004. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-9-fidelidade-partidaria-um-panorama-institucional>>. Acesso em: 12 ago 2017.

REIS, Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos. **Financiamento da política no Brasil.** 2010. 239 f. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SILVA, José Afonso da; **Curso de direito constitucional positivo**, 18. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional.** São Paulo: Saraiva, 2015.

WALDRON, Jeremy. **A essência da oposição ao judicial review.** Tradução: Aduino Villela. Revisão da tradução: Eliana Valadares Santos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). Legitimidade da jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.