

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS
MESTRADO

DANIEL BORGES DE ABREU

**FICHA LIMPA: DECISÕES DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL, DO TRIBUNAL
SUPERIOR ELEITORAL E
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

Prof. Dr. Rafael Machado Madeira

Orientador

Porto Alegre
2012

DANIEL BORGES DE ABREU

**FICHA LIMPA: DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DO TRIBUNAL
SUPERIOR ELEITORAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Sociais pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador Prof. Dr. Rafael Machado Madeira

Porto Alegre
2012

A162f Abreu, Daniel Borges de

Ficha Limpa: decisões do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal Eleitoral e judicialização da política / Daniel Borges de Abreu – 2012.

124 f.

Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul / Faculdade de Filosofia em Ciências Humanas / Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais. Porto Alegre, 2012.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Machado Madeira.

1. Ficha limpa. 2. Judicialização da política. 3. Supremo Tribunal Federal. 4. Tribunal Superior Eleitoral. I. Madeira, Rafael Machado. II. Título.

CDU 342(81)

Bibliotecária: Lauren Collovini CRB 10/2119

DANIEL BORGES DE ABREU

**FICHA LIMPA: DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DO TRIBUNAL
SUPERIOR ELEITORAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Sociais pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em: ____ de _____ de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Rafael Machado Madeira
Orientador

Prof. Dr. Fabiano Engelmann

Prof. Dr. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo

Porto Alegre

2012

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Rafael Machado Madeira, pela orientação segura, mas serena; pelos questionamentos firmes, mas ponderados, pela disposição em tempo integral. A docência e a pesquisa são, realmente, vocações.

Aos meus pais, Lila e Evaldo, por terem priorizado absolutamente a educação dos filhos e, principalmente, pela força que tiveram ao colocar em prática tal escolha.

Por que não? À Amy, à Chica e à Melanie, queridas escudeiras de raça indefinida, duas delas encontradas nas ruas. Pela companhia incondicional me ensinam, todos os dias, ser o preconceito uma triste exclusividade humana.

Finalmente, à Bárbara. Houvesse termos para definir alguém que é muito mais do que essencial em tudo o que faço, eu os empregaria nestas linhas. Mas não há. Amo você.

RESUMO

Esta dissertação intenta avaliar a existência e a importância de motivações extrajurídicas em dois dos principais julgamentos relativos à aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010, também conhecida como Lei da Ficha Limpa. Busca verificar, nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, se houve a realização de cálculos de risco de natureza política. Ainda, há a pretensão de identificar as principais linhas temáticas de manifestação extrajurídica, e verificar se elas, por si, são capazes de posicionar os magistrados a favor ou contra a aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa no ano de 2010. Sob o prisma teórico, há um resgate das origens do Poder Judiciário, sua relação com o Executivo e o Legislativo, bem como são abordadas teorias sobre o constitucionalismo e sobre o controle de constitucionalidade. A judicialização da política, em sua dimensão *from without*, ocupa posição central, e é relacionada diretamente com a atuação do Poder Judiciário no julgamento de casos envolvendo competição eleitoral. O trabalho ainda tece o caminho da Lei da Ficha Limpa desde a sua iniciativa popular, relatando a passagem pelos poderes Legislativo e Executivo e a chegada ao Judiciário. Mediante transcrição de trechos de cada um dos votos ocorridos no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Superior Eleitoral, estabelece o padrão decisório dos dois tribunais, salientando os principais temas extrajurídicos de debate. Demonstra que a judicialização da política no Brasil encontra, nos julgamentos sobre regras de competição eleitoral, um ambiente que lhe permite franca expansão.

Palavras-chave: Ficha Limpa. Judicialização da Política. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Superior Eleitoral.

ABSTRACT

This dissertation attempts to evaluate the existence and importance of not juridical motivations in two major trials concerning the applicability of the Complementary Law no. 135/2010, also known as the Lei da Ficha Limpa. Search check, in the votes of the judges of the Supremo Tribunal Federal and the Tribunal Superior Eleitoral, if there was to carry out calculations of risk of a political nature. Still, there is the intention of identifying the main thematic lines of not juridical manifestation, and check if they, by themselves, are able to place the judges in favor or against the applicability of the Lei da Ficha Limpa in 2010. From the theoretical perspective, find the origins of the judiciary, its relationship with the executive and legislature, and are discussed theories on constitutionalism and the constitutional judicial review. The judicialization of politics, in its type from without, occupies a central position, and is directly related to the performance of the judiciary in adjudicating cases involving electoral competition. The work also weaves the path of the Lei da Ficha Limpa since its popular initiative, reporting passage through the legislative and executive branches and the arrival of the judiciary. Upon transcription of excerpts from each of the votes took place on the Supremo Tribunal Federal and the Tribunal Superior Eleitoral sets the standard decision of both courts, highlighting the main topics of not legal discussion. Demonstrates that the judicialization of politics in Brazil, judgments about the rules of electoral competition, an environment that allows you to large expansion.

Key words: Ficha Limpa. Judicialization of Politics. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Superior Eleitoral.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Composição do Plenário do Tribunal Superior Eleitoral	67
Gráfico 2 - Distribuição de inelegibilidades por unidade federativa	69
Gráfico 3 - Distribuição de inelegibilidades <i>versus</i> número de eleitores, por região do país.....	70
Gráfico 4 - Recursos Extraordinários contra a aplicação da Lei Complementar nº 135/2010, por unidade da federação	76
Gráfico 5 - Recursos Extraordinários contra a aplicação da Lei Complementar nº 135/2010, por região do país	77

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Modificações ocorridas no projeto da Lei Complementar nº 135/2010 ...	58
Quadro 2 - Julgamentos relevantes sobre a aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010, no Supremo Tribunal Federal.....	73
Quadro 3 - Ministros e respectivos posicionamentos. Tribunal Superior Eleitoral, Consulta nº 112.026-DF	89
Quadro 4 - Ministros e respectivos posicionamentos. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 633.703-MG.....	98

LISTA DE SIGLAS

ABRACCI	–	Articulação Brasileira contra a Corrupção e a Impunidade
ADIN	–	Ação direta de inconstitucionalidade
AL	–	Alagoas
AM	–	Amazonas
AP	–	Amapá
BA	–	Bahia
CE	–	Ceará
CF	–	Constituição Federal
CNBB	–	Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
DF	–	Distrito Federal
ES	–	Espírito Santo
GO	–	Goiás
LC	–	Lei Complementar
MCCE	–	Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral
MG	–	Minas Gerais
MT	–	Mato Grosso
MS	–	Mato Grosso do Sul
PA	–	Pará
PB	–	Paraíba
PC do B	–	Partido Comunista do Brasil
PCB	–	Partido Comunista Brasileiro
PDT	–	Partido Democrático Trabalhista
PE	–	Pernambuco
PI	–	Piauí
PMDB	–	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PMN	–	Partido da Mobilização Nacional
PP	–	Partido Progressista
PR	–	Paraná
PR	–	Partido da República
PSB	–	Partido Socialista Brasileiro
PSC	–	Partido Social Cristão
PSDB	–	Partido da Social Democracia Brasileira

PT	–	Partido dos Trabalhadores
PTB	–	Partido Trabalhista Brasileiro
PTC	–	Partido Trabalhista Cristão
PRP	–	Partido Republicano Progressista
RJ	–	Rio de Janeiro
RO	–	Rondônia
RR	–	Roraima
RS	–	Rio Grande do Sul
SC	–	Santa Catarina
SE	–	Sergipe
SP	–	São Paulo
STF	–	Supremo Tribunal Federal
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça
TO	–	Tocantins
TRE	–	Tribunal Regional Eleitoral
TSE	–	Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 PODER JUDICIÁRIO E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	17
2.1 MODELO CLÁSSICO DE PODER JUDICIÁRIO, SUAS VARIAÇÕES E RELAÇÕES COM OS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO	17
2.1.1 A gênese do judiciário	18
2.1.2 As variações de judiciário e o constitucionalismo.....	22
2.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	28
2.2.1 Procedimentalismo e substancialismo.....	31
2.2.2 O juiz e as circunstâncias extrajurídicas	34
2.2.3 Papeis do Judiciário na judicialização da política	36
2.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E COMPETIÇÃO ELEITORAL	39
2.3.1 Sistema difuso de controle de constitucionalidade	41
2.3.2 Sistema concentrado de controle de constitucionalidade	43
2.3.3 Brasil. Modelo de governança eleitoral	44
3 A LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010. CAMINHOS NA SOCIEDADE E NOS TRÊS PODERES	50
3.1 O MOVIMENTO NA SOCIEDADE E A INICIATIVA POPULAR.....	52
3.2 CONGRESSO NACIONAL E SANÇÃO PRESIDENCIAL	57
3.3 O CAMINHO NO PODER JUDICIÁRIO	61
3.3.1 Por uma dogmática da decisão judicial	61
3.3.2 O caminho na Justiça Eleitoral	64
3.3.3 O caminho no Supremo Tribunal Federal	72
4 A ANATOMIA DOS JULGAMENTOS	79
4.1 OS TEMAS EXTRAJURÍDICOS E AS PRINCIPAIS CLIVAGENS.....	81
4.1.1 Regras do jogo, paridade de armas e casuísmos ao julgar	81
4.1.2 Iniciativa popular da lei, mobilização e apelo popular para a aprovação da lei e opinião pública em relação ao Poder Judiciário	83
4.1.3 Defesa à constituição, valores democráticos e republicanos.....	85

4.1.4 Proibidade e moralidade necessárias para a ocupação de cargo público e vida pregressa dos candidatos	86
4.2 A CONSULTA nº 112.026-DF. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL	88
4.3 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 633.703-MG. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	96
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	115
REFERÊNCIAS	119

1 INTRODUÇÃO

A origem da presente dissertação confunde-se com a trajetória acadêmica e laboral do autor. Tanto a graduação em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito, que percorreu a segunda metade da década de 1990, quanto o exercício de cargos públicos na Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul (no início dos anos 2000) e no Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul (de 2003 até os presentes dias) contribuíram para um acompanhamento cotidiano do desenvolvimento do fenômeno da *judicialização da política* no Brasil, principalmente na arena da competição eleitoral.

À expressão *judicialização da política* se atribui uma razoável variedade de significados, embora primitivamente tenha sido estudada como o emblema de um “agigantamento” do Poder Judiciário nas relações de poder estatal. Com características e circunstâncias já razoavelmente investigadas, suas consequências ainda carecem de análise mais detida. Normalmente estas (consequências) são estudadas com enfoque no Poder Executivo, no Poder Legislativo ou nos partidos políticos.

Isso porque o referencial clássico de investigação do *policy making*, desde a formação do Estado como a contemporaneidade ocidental o conhece até os presentes dias, é oriundo da relação entre os poderes Executivo e Legislativo e, para integrá-los como ocupante de cargo eletivo, torna-se indispensável que se pertença a um partido político e se submeta à competição eleitoral. A democracia representativa tem nos partidos o seu principal catalizador. Nada mais justo, portanto, que a Ciência Política se debruce com mais vigor a este conjunto de instituições. Além disso, a predominância e o protagonismo das ações estatais historicamente ou está com o Executivo, ou com o Legislativo.

Em relação ao sistema político brasileiro não é diferente: a via ordinária de elaboração e de realização das políticas públicas se baseia nas especializações funcionais de execução e legislação. Nesse cenário, ao Poder Judiciário inicialmente coube, durante muito tempo, uma posição reativa. Da *bouche de la loi* montesquiana até a primeira metade do século XX, foram raras as modificações substanciais, o que colaborou para a construção da imagem de um poder fechado, conservador e corporativista. Um poder que, sem a necessidade do voto, não teria compromisso direto com os anseios sociais, e sim um pacto inquebrável com a letra da lei, da

Constituição. Daí a aura de terceiro imparcial e técnico, de atuação distanciada das considerações político-partidárias¹ - diferentemente do Executivo e do Legislativo.

O panorama, todavia, tem se modificado, com um novo cenário das relações entre os Poderes de Estado, sobretudo nos países ocidentais: a participação mais frequente do sistema judiciário como agente decisório não apenas em questões técnicas, mas também naquelas cujo deslinde envolve a consideração de fatores extrajurídicos. A literatura de Ciência Política tem sido atenta ao fenômeno, e mais trabalhos sobre o tema têm surgido.

Contudo, restam ainda flancos pouco explorados, pois se há espaço ao Judiciário para construir decisões baseadas em razões que não as oriundas de uma interpretação estritamente jurídica, uma ampla arena de debates se cria, na qual para os fins do presente estudo duas questões ocupam posição central: qual a importância de fatores extrajurídicos em um julgamento que envolve a competição eleitoral? Como os julgadores de cúpula se comportam ao lidar com tais fatores?

E o presente estudo está envolvido nessa questão, já que pretende focar as manifestações dos ministros do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral em julgamentos que analisaram a aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010, a chamada Lei da Ficha Limpa. Os juízes indicaram motivações extrajurídicas em suas manifestações? Quais foram? Foram importantes para o posicionamento dos ministros? Elas sustentaram posições divergentes? Será viável que elas tenham sido fortes o suficiente para dispensar o tradicional raciocínio técnico do Poder Judiciário, para a resolução da questão?

Além disso, as manifestações do STF e do TSE relativas à aplicabilidade a Lei da Ficha Limpa são emblemáticas por três motivos principais, na medida em que (1) a Lei Complementar nº 135/2010 se trata de norma cuja iniciativa foi popular, via recolhimento de assinatura de cidadãos, no procedimento mais participativo que o Estado Democrático de Direito oferece para o nascimento de uma lei, e mesmo assim, o Poder Judiciário (via Supremo Tribunal Federal) limitou seus efeitos, determinando sua aplicação a partir das eleições de 2012; (2) influenciou diretamente os resultados eleitorais de 2010, modificando a composição das casas legislativas tanto no que diz respeito aos candidatos eleitos quanto às fatias que

¹ "[...] em democracias como a nossa, o judiciário é concebido para estar imune aos interesses político-partidários, moderando, assim, as forças majoritárias [...]". MARCHETTI JUNIOR, Vítor. **Poder judiciário e competição política no Brasil: uma análise das decisões do TSE e do STF sobre as regras eleitorais**. Tese (Doutorado em Ciências Sociais: Política), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008.

cada um dos partidos políticos ocupou, e (3) os dois tribunais aos quais couberam manifestações sobre o tema – o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e o Supremo Tribunal Federal (STF) posicionaram-se de forma contrária. Para o TSE, a Lei Complementar nº 135/2010 poderia ser aplicada já nas eleições de 2010; para o STF somente em 2012 é que a referida lei haveria de ter eficácia. Nenhum dos julgamentos se deu por unanimidade.

Daí, e mesmo que o papel do Poder Judiciário na arena da competição eleitoral venha sendo analisado com frequência cada vez maior, há oportunidades para novas observações pela Ciência Política, pois os sistemas normativos ocidentais contemporâneos, reformatados a partir da Segunda Guerra Mundial com a ideia de supremacia constitucional, favorecem o chamamento do Judiciário para se manifestar. Conforme Marchetti (2008, p.12):

[...] Os estudos acerca do avanço das decisões judiciais sobre as relações políticas e da política sobre as decisões judiciais são crescentes na literatura brasileira. Isso não significa que sejam suficientes. Há ainda um amplo campo a ser explorado no relacionamento do terceiro poder com o Legislativo e com o Executivo. A literatura norte-americana vem, há algumas décadas, se dedicando a esses estudos. Recentemente, os estudos se voltaram para o impacto das decisões da Suprema Corte nas disputas político-partidárias. Esses estudos nasceram embalados pela decisão dos juízes americanos que definiu a vitória de George W. Bush em 2000 sobre o seu concorrente à Presidência, Al Gore. Entretanto, já havia um largo campo de pesquisa que se debruçava sobre vários aspectos desse problema, desde os elementos que influenciam a formação da decisão do juiz até o impacto do judiciário sobre as relações sociais.

Mais: sendo possível verificar que os juízes (no caso do presente estudo, ministros de cúpula do Judiciário) motivam suas decisões com argumentos extrajurídicos, é razoável supor que os demais atores da competição eleitoral devam engendrar novas formas de atuação perante o Judiciário. No caso Ficha Limpa, duas das mais importantes cortes do país decidiram de maneira oposta. Distanciando-se dos tecnicismos jurídicos (ou questões processuais inerentes ao sistema judicial) que podem permear outras análises da discordância ocorrida entre o TSE e o STF, prefere-se no presente estudo investigar o caminho trilhado pelos julgadores em relação a aspectos extrajurídicos como, por exemplo, a importância dada à iniciativa popular da lei.

A presente dissertação está estruturada em três capítulos. O primeiro traçará um panorama da atuação do Poder Judiciário até o advento do constitucionalismo, e tratará da judicialização da política, além das condições para que ela se fortalecesse

no Brasil. O estudo traz circunstâncias (por exemplo, o uso do Poder Judiciário pelos partidos de oposição) como fatores para a revisão dos papéis dos julgadores. No tópico, será incluída breve descrição da virada sistêmica que ocorreu a partir da década de 1950 nas relações entre direito e política. Além disso, impõe-se resgatar alguns aspectos conceituais da judicialização da política. Merece destaque a denominada sua dimensão ampliativa (*from without*), a qual investiga a atuação das cortes via revisão de atos legislativos e executivos.

Sem dúvida, o próprio crescimento do fenômeno ensejou que a expressão judicialização da política tomasse caminho próprio, e fosse utilizada inclusive para a análise das relações problematizadas entre as instituições judiciárias e as instituições políticas. Todavia, se o intuito fosse o de destrinchar o cipoal de significados – às vezes de senso comum – que à judicialização da política tem sido atribuído, o presente trabalho não atingiria seus objetivos. Desde que proposto por Vallinder (1995), o conceito sofreu contestações e observações críticas (por exemplo, REISINGER, 1996), o que de certa forma é natural à maioria das conceituações.

Para além da problemática atinente à definição conceitual, no Brasil, os trabalhos de Arantes (1997) e Vianna (1999) têm como elemento central a análise da transposição dos conflitos políticos para os tribunais. Ou seja, para os autores a atuação de juízes tem sido componente progressivamente fundamental, sobretudo se considerados os tribunais de cúpula. Conforme Castro (1997) a mobilização social judicializada representada pelas decisões judiciais tem modificado consideravelmente os resultados eleitorais.

No segundo capítulo, pretende-se: 1) elaborar um histórico da Lei Complementar nº 135/2010; 2) esclarecer a dinâmica pela qual o caso Ficha Limpa acabou sendo julgado por dois tribunais de cúpula – Tribunal Superior Eleitoral e Supremo Tribunal Eleitoral. O primeiro ponto abrangerá desde a movimentação social para o recolhimento das assinaturas necessárias ao Projeto de Lei de Iniciativa Popular, até a sanção da Lei Complementar pelo Presidente da República, e o segundo terá suporte nas regras de organização judiciária brasileira, burocratizada e complexa. Além das fontes normativas, trabalhos específicos nesta seara, como o de Almeida (2009) oferecerão contribuição relevante.

O terceiro capítulo será dedicado à análise pormenorizada dos votos dos Ministros do Tribunal Superior Eleitoral (na Consulta nº 112.026) e do Supremo

Tribunal Federal (no Recurso Extraordinário nº 633.703), o que permitirá tanto a identificação de eventuais manifestações de cunho extrajurídico, quanto se elas (manifestações) foram preponderantes para a tomada de decisão sobre o caso. Reflexamente, aspectos da pioneira decisão decisória sobre competição eleitoral, ocorrida entre o Tribunal Superior Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal, serão abordados.

Não investigar o que o Poder Judiciário tem realizado com a judicialização da política, mas sim o que a judicialização da política tem feito com as decisões do Poder Judiciário sobre disputa eleitoral, é a pretensão genérica do presente estudo. Ela se tornou forte o suficiente para virar a protagonista das decisões judiciais sobre disputa eleitoral, remetendo à periferia o uso, pelos julgadores, de argumentos jurídicos em suas decisões?

Como fecho da presente introdução, adianta-se que ambos os julgamentos analisados têm na sua essência o extrajurídico e que, sem exceção, os ministros se manifestaram de forma a ter sido possível identificar o respectivo posicionamento sem que qualquer raciocínio técnico jurídico tivesse que ser compreendido.

A judicialização da política, dimensão *from without*, em seu estado da arte. Disso se trata os julgamentos sobre a aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa.

2 PODER JUDICIÁRIO E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

As “duas” democracias da Constituição – a da representação e a da participação, mesmo que essa última esteja ali como dependente da mediação do direito – não estão em oposição, nem formal nem substantivamente. Fora do campo normativo, no mundo das coisas reais, não há monopólio nem ritual certo para os processos de formação de opinião e de sua conversão em formação da vontade democrática. Se uma “empíria adversa” cria obstáculos para que a maioria real crie o seu próprio direito, importa bastante que os direitos fundamentais estejam positivados e sob a guarda de uma alta corte de justiça, que pode ser provocada pela sociedade a se manifestar. Importa também que a democratização do acesso à Justiça possa ser vivida como arena de aquisição de direitos, de credenciamento à cidadania e de animação para uma cultura cívica que dê vida à República. Pois quem é, de fato, mercurial é a política, que se infiltra em toda parte. (VIANNA, 1999, p. 44)

2.1 MODELO CLÁSSICO DE PODER JUDICIÁRIO, SUAS VARIAÇÕES E RELAÇÕES COM OS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO

Compreender o atual papel do Poder Judiciário no sistema político brasileiro (como de resto em todo o Ocidente) não é tarefa facilitada. Isso se dá por inúmeros fatores e, sobretudo, deve-se considerar que a instituição é vista tradicionalmente como o vértice técnico e imparcial em um sistema composto também pelo Executivo e pelo Legislativo – estes sim os poderes que seriam os *policy makers* na tradicional concepção de divisão de funções estatais. Um dos objetivos do trabalho que ora se inicia, investigar a existência e a importância da argumentação extrajurídica da cúpula do Judiciário nos julgamentos de aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010, somente será alcançado se buscados alguns fatores da construção institucional desse Poder. Aliada à análise das especificidades do cenário brasileiro (como, por exemplo, o híbrido e peculiar modelo normativo de revisão judicial de constitucionalidade) breve foco no nascimento e no desenvolvimento do Poder Judiciário em seu formato clássico colaborará para a compreensão da sua atuação contemporânea, sobretudo no julgamento do caso Ficha Limpa.

2.1.1 A gênese do Judiciário

A alvorada da modernidade ocidental foi marcada pela união de dois campos: o político² e o jurídico. Na Grécia antiga ambos existiam, mas não havia entre eles grande intersecção, e o diálogo mais efetivo passou a ocorrer somente a partir dos séculos XII e XIII. Isso porque o corpo social era desenhado de maneira diversa da modernidade e da contemporaneidade: a noção de *respublica*³ trata-se de um bom exemplo. Além disso, as leis eram em sua maioria endereçadas às relações entre particulares, e o legado romano do *corpus iuris civilis* era tão sofisticado que tem marcado as codificações civis até os presentes dias. Noções de posse e propriedade, por exemplo, têm suas raízes em mais de três mil anos de desenvolvimento jurídico.

No que diz respeito ao início da modernidade, o marco majoritariamente utilizado pela historiografia é o surgimento dos estados absolutistas (HOBSBAWN, 2009). A normatização como arranjo do poder estatal foi fenômeno identificável nas obras de Guilherme de Occam e Marsílio de Pádua, época na qual iniciava o declínio da *respublica christiana* e o absolutismo dos reis se fortalecia baseado em outro termo até então inédito: soberania.

A noção de soberania foi espada que cortou o sistema feudal (FAORO, 2008), o elo entre o jurídico e o político, de forma que o poder absoluto encontrou guarida no discurso soberano. É verdade que a retomada do direito romano, a partir do século XII, trouxe rudimentos de centralização administrativa, mas é a soberania que legitima o rei a afirmar que "*L'è ètat c'est moi*", para citar o resumo brilhante de Luís XIV.

Contudo, foi um caminho permeado de idas e vindas, progressos e retrocessos.

² "O conceito de política, entendida como forma de atividade ou práxis humana, está estreitamente ligado ao conceito de poder". BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 160.

³ "Vós sois efetivamente todos irmãos nesta cidade [...] mas o deus que vos modelou, àqueles dentre vós que eram aptos para governar, misturou-lhes ouro na sua composição, motivo por que são mais preciosos; aos auxiliares, prata; ferro e bronze aos lavradores e demais artífices". PLATÃO. **A república**. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 109.

Dessa forma, mesmo que a *Magna Carta* (1215) tenha ensaiado um novo modelo governamental⁴, o ambiente de crimes e atentados à ordem jurídica (pelos próprios governantes, em muitos casos) impediu modificações maiores do que a centralização iniciada. Também a Guerra dos Cem Anos (1337-1453), com seu cenário caótico, não indicava a possibilidade de grandes construções teóricas⁵, e os reis permaneciam sem abrir mão de quaisquer funções que exercessem. O poder era atribuído de forma divina a certas linhagens, e assim restava cristalizado.

Na mesma época, a Dinastia de Avis construía a base do Estado absolutista português - com lições do direito romano colhidas fragmentariamente ao longo dos séculos. Quanto ao caráter político aponta-se Diocleciano (285-305) como a principal fonte, ao passo que o jurídico tomou as lições de Justiniano (527-565). A soberania portuguesa surge erigida pelo soberano proprietário, senhor e encarnação do Estado, comandante influenciado pelo clero, conforme Raymundo Faoro (2008, p. 27) descreve:

[...] o clero desde o distante século VI, convertido o rei visigótico ao catolicismo, trabalhou para romanizar a sociedade. Serviu-se, para esta obra gigantesca, do direito romano, o qual justificava legalmente seus privilégios, revelando-se o instrumento ideal para cumprir uma missão e afirmar um predomínio. A Península Ibérica, unida à cabeça papal, absorveu as lições dos clérigos-juristas, que se espalham pela Europa, sobretudo a partir dos séculos XI e XII.

Todavia, embora o direito romano combatesse a nobreza territorial, ele (por sua natureza) não favorecia os interesses comerciais, campo que havia criado no decorrer da idade média seus próprios regulamentos. Aos reis absolutistas, sobretudo aos déspotas esclarecidos, a questão comercial era demasiado importante, e impunha aproveitar o surgimento das novas práticas mercantis. O poder soberano, embora já adiantado em seu processo de centralização, sofria ainda grande influência da Igreja, que não via com bons olhos a aproximação do

⁴ “Falando aproximadamente, pode dizer-se ter surgido o governo constitucional em Runnymede, quando os barões da Inglaterra exigiram a Magna Carta ao rei João [...]”. WILSON, Woodrow. **Governo constitucional dos Estados Unidos**. São Paulo: IBRASA, 1963. p. 4-5.

⁵ “As coisas não iam muito melhores na Inglaterra, o reino ia de crise em crise: crise social, Peste Negra em 1348, insurreição popular em 1381, deposição do rei Ricardo II em 1399, derrota final na Guerra dos Cem Anos. Ainda por cima, o mundo ocidental era então, em seu conjunto, vítima de epidemias que dizimavam as populações e implantavam o medo; a Igreja era sacudida por inúmeros escândalos e a cristandade se desmembrava; os conflitos entre os príncipes se multiplicavam; a crise econômica provocava uma recessão catastrófica.” GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 12.

príncipe com a classe comerciante. Para o cumprimento da tarefa de separar o Estado e a Igreja, o direito romano não era suficiente. Faltava ao Estado uma forma mais audaz de ação, que propiciasse um gradativo afastamento do clero. No século XVI, a "sacralização" do Estado ainda era o viés dominante. O humanismo cristão, mesmo marcado pelos golpes da Reforma, era fundamental para a manutenção do poder do soberano: o rei ainda havia de ouvir o Papa. Se o lume maquiavélico alimentou a primeira onda da modernidade ao dar a tônica do jogo político em discurso desprovido de argumentos metafísicos, a separação entre moral e política e o discurso pragmático de Maquiavel⁶, permeado de realismo, de início não conquistou muitos seguidores.

Todavia, estudos como os de Jean Bodin e de Thomas Hobbes, os quais além de reforçarem a noção de nacionalização do Estado insistiram nas diferenciações entre Estado e Governo (Bodin) e Estado e Igreja (Hobbes), ganharam cada vez mais atenção. Já não se confundiam Monarca e Estado. O poder, mesmo centralizado e único, passou a ter fundamento de legitimidade no coletivo. Surgido o conceito de Nação.

O Estado-Nação é o poder institucionalizado, o ponto de metamorfose "coletividade – povo". Tal metamorfose somente foi possível por caminhos jurídicos (BOURDIEU, 1996), pois mesmo a revolução carrega em si conteúdo jurídico, calcada no direito natural ao romper com uma ordem jurídica posta, baseando-se noutra, pressuposta. Nessa linha, o Estado-Leviatã do pensador inglês comporta um preceito fundamental, o de concorrência pelo poder. A célebre passagem *homo homini lupus* não tem outro significado que o de aclarar a existência de relações de força subordinante - subordinado. O ordenamento jurídico passa a ser elaborado em um contexto de necessidade de regulação dos entrosques dos homens na busca pelo poder - que em bases teóricas passou a pertencer a todos. Além disso, se serão esses novos detentores do poder que estabelecerão as regras, delas não deverão esquecer, atuando conforme elas prescrevam.

A gênese do Poder Judiciário ocidental moderno, portanto, dá-se nas monarquias absolutistas do *ancien régime*, pois elas realizaram a grande virada ao *estatizar a função julgadora*. Se precedentemente cabia ao senhor feudal a decisão

⁶ "Por conseguinte, um príncipe, para não ter de espoliar seus súditos, para poder defender-se, para não acabar pobre e vilipendiado, para não ver-se forçado a praticar a rapinagem, não deve fazer grande caso de ser julgado miserável, pois esse é um daqueles vícios que o fazem reinar". MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Porto Alegre: L&PM, 2009. p. 76.

sobre quaisquer questões ocorridas nos limites de suas terras – matrimônios, relações comerciais, punição a crimes, a centralização operada pelos monarcas absolutos ocorreu também para a aplicação da lei e, na época, foi um fator de segurança nas relações jurídicas (sobretudo comerciais) que erigiu o direito a um patamar de condição da existência do novo formato de coletividade que se amoldava (BOURDIEU, 1996). Contudo, a função julgadora não possuía ainda recorte funcional ou institucional bem delimitado, sobretudo em relação às questões de cúpula: o monarca, ao final das contas, a acumulava com as demais e tomava as últimas decisões – era o supremo julgador.

O passo seguinte é devido aos estados liberais - a consolidação da justiça enquanto função estatal separada da administração. À medida em que definido o titular da soberania (o povo), surgiu o problema do exercício do poder, pois inviável que todos os componentes da coletividade o façam ao mesmo tempo. Aliás, a própria noção de *povo* alargou a base de detentores de poder de forma nunca concebida. Daí, como ele poderia passar a ser exercido em conformidade com o *bem comum*⁷, com a *coisa pública*? Se as fundamentações teóricas essenciais da *soberania do povo* estavam em Rousseau, as bases fundamentais do seu exercício e, mais importante, das fronteiras de sua limitação, foram construídas por Montesquieu.

A clássica tripartição *Executivo, Legislativo e Judiciário* perdura na maioria dos países, sobretudo no ocidente. O sistema de freios e contrapesos aplica a regulação do poder pelo poder, construindo a complexa problematização do *controle*. Não que autores pretéritos, como Heródoto, não houvessem incursionado no tema. Maquiavel, inclusive, o fez. Mas a teoria de Montesquieu foi a primeira a estabelecer um método: a inexistência de identidade entre aqueles que *criam* o direito e entre aqueles que o *praticam* e o *aplicam* é o fundamental da formulação. O *Espírito das Leis* iniciou a estruturar juridicamente o político, trouxe a moderação recíproca dos poderes e conferiu nuances de cooperação no exercício do poder, pois até então a lei era basicamente a opinião do príncipe em conjunto com as regras costumeiras locais.

O estratagema da repartição, a balança das instâncias governamentais impediria o abuso, fixando equilíbrio nos governos. O problema da limitação do

⁷ Toma-se a expressão aqui sem adentrar na polêmica do seu variado espectro de significados, considerando como “bem da comunidade distinto do bem dos indivíduos que a compõem” (BOBBIO, 2000b. p. 219).

poder tem, ao menos na tese de Montesquieu, a solução no direito, pois não seria possível imaginar um Estado que vivesse à margem do direito que ele mesmo produziu.

Com o novo formato, o Judiciário ganhou esboços de autonomia em ambos os sistemas jurídicos ocidentais existentes até hoje: o da *common law*⁸ e o romano-germânico⁹. Mas a tripartição das funções estatais, como originariamente arquitetada, não concedeu funções sofisticadas aos juízes. O modelo liberal previu apenas o papel de “*bouche de la loi*”¹⁰ ao julgador, nas palavras do próprio Montesquieu, que ao analisar o sistema político da Inglaterra indicou o protagonismo do Legislativo e do Executivo no exercício das prerrogativas de Estado. Fundamentalmente, ao Judiciário incumbia manter a ordem posta. Montesquieu não estava sozinho: as teorias clássicas atribuem ou à função legislativa (Bodin, Locke, Rousseau) ou à função executiva (Hobbes) o protagonismo político. A forma da separação de poderes se difundiu no início do século XIX, baseada na funcionalidade de limitar o poder político. A partir daí, a divisão das funções estatais em Executivo, Legislativo e Judiciário tornou-se presente na cartilha de formação do Estado liberal. Esse foi o cenário alastrado no ocidente, tanto nos países que adotaram a forma parlamentarista de governo, quanto naqueles que preferiram o presidencialismo. Para atuar legitimamente, dirigindo-se ao *bem comum*, o Estado não pode ser uno: há que ser repartido, funcionalizado, esquematizado.

2.1.2 As variações de judiciário e o constitucionalismo

Cabe ao Estado de Direito proporcionar aos cidadãos o conjunto de condições para a vida em sociedade, e a fórmula idealizada por Montesquieu ganhou espaço na medida em que as limitações jurídicas impostas ao Estado trouxeram possibilidades de exercício de direitos aos cidadãos. O ambiente do Estado liberal conduziu ao Estado de direito, mesmo que liberdade significasse

⁸ O sistema jurídico da *common law* tem por principais características o baixo número de normas escritas, o precedente como fundamento principal de decisão do julgador e o alto grau de aderência aos costumes. Os Estados Unidos e a Inglaterra são os principais países a utilizar o modelo.

⁹ Sistema que se caracteriza pela grande quantidade de regras escritas, a lei é o principal fundamento de decisão do julgador. A Europa continental e a maioria da América Latina se filiam ao modelo jurídico romano-germânico.

¹⁰ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O Espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 1999. p. 112.

apenas uma mentalidade *laissez-faire* de parte do Estado, sem maiores intervenções.

Ainda que o ponto de partida tenha sido sempre a fórmula de Montesquieu, é possível estabelecer diferenças na construção do Judiciário dentre os Estados liberais. Arantes (2007) refere distinções na formação “dos judiciários” nas democracias e estabelece como paradigmas o modelo francês e o modelo norte-americano. A França e os Estados Unidos são referências no que se refere à formatação do Poder Judiciário, pois definiram sistemas que influenciaram os demais Estados liberais nos séculos XIX e XX. Para o autor:

[...] a experiência francesa, mais republicana do que liberal, modernizou a função de justiça comum do Judiciário, mas não lhe conferiu poder político; a americana, mais liberal do que republicana, não só atribuiu à magistratura a importante função de prestação de justiça nos conflitos entre particulares, como elevou o Judiciário à condição de poder político.

Ainda conforme o Autor, a evolução dos modelos constitucionais se deu distintamente porque havia finalidades distintas, o que resultou em papéis sensivelmente diferentes do Poder Judiciário nos dois países. Para a França, importava o combate à monarquia absolutista, e havia certo ceticismo em relação à preservada magistratura do *Ancien Régime* – daí a opção de protagonismo ao Legislativo, teoricamente o representante do povo, ao passo que os Estados Unidos preocupavam-se fundamentalmente com a manutenção do direito de propriedade, e para isso consideravam perigosa uma centralização de poder em quaisquer das instituições. Seria prejudicial um Legislativo demasiado forte, e uma maneira de frear essa força deveria ser elaborada.

A definição, portanto, do papel do Poder Judiciário passa pelo desenho político desejado pelo Estado, que o realiza na aplicação da teoria de repartição dos poderes conforme os seus objetivos estratégicos. Um Judiciário ativo politicamente depende da entrega de condições de atuação para o exercício das funções políticas. O que importa salientar é a relação entre a força do Judiciário e o arranjo político que o Estado no qual este Judiciário está inserido deseja atender. Por exemplo, para a defesa de amplo leque de direitos individuais, há que se aparelhar o Judiciário com bons instrumentos para interferir eficientemente nas relações que importam à preservação dos direitos. E que direitos são esses? São aqueles resultantes da

fricção entre os grupos de interesse – associações, partidos políticos, sindicatos, movimentos sociais, por exemplo.

Ou seja, o Judiciário não se torna poder político apenas pelas suas próprias forças (embora o desejo dos agentes judiciários seja determinante para a judicialização da política¹¹), senão que se trata de uma escolha estatal, e a prerrogativa do *controle de constitucionalidade* das leis e dos atos dos outros dois poderes tem forte papel na dinâmica de elevação do Judiciário ao patamar do Executivo e do Legislativo. Sem a possibilidade de exercício efetivo do *judicial review* das questões públicas, o Judiciário fica equiparado a um órgão burocrático comum, com a atribuição de resolução das contendas particulares. Na sequência do presente estudo, serão analisadas as espécies de controle de constitucionalidade (concentrado ou difuso) e seus reflexos na atuação do Judiciário. A entrega de instrumental ao Judiciário para uma atuação politizada é uma decisão da sociedade a qual ele integra.

Na França, a teoria da separação dos poderes foi considerada a ponto extremo, motivo pelo qual se constituiu o *Conselho de Estado*: um órgão que exerce o papel de corte administrativa. Ao Judiciário não cabe se imiscuir no mérito dos atos da administração, a ponto da jurisdição propriamente dita não ter competência para o julgamento de questões administrativas. Essa opção francesa repercute até hoje: o Judiciário passou a possuir prerrogativas de julgamento dos atos estatais somente na Presidência Roger Frey, cujo governo se deu entre 1974 e 1982, conforme Vianna (1999). Antes, tais atos eram objeto de análise por parte de um contencioso administrativo, órgão pertencente ao Executivo, em um sistema de jurisdição dual. Os Estados Unidos, por sua vez, atribuíram ao Judiciário o papel de *guardião* das leis não apenas em relação às desobediências particulares, mas também àquelas ocorridas no campo público – e político. Dessa forma utilizaram um modelo que Europa continental e América Latina somente décadas depois adotariam. Para Tocqueville¹²:

¹¹ “Even under a very favorable constellation of facilitating conditions, the actual development of the judicialization of politics requires that judges have the appropriate personal attitudes and policy preferences or values [...]”. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power: the Judicialization of politics**. New York: New York University Press, 1995. p. 33.

¹² TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na America**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1962. p. 82.

[...] o que o estrangeiro com maior dificuldade compreende nos Estados Unidos é a sua organização judiciária. Por assim dizer, não há ocorrência política para a qual não ouça êle ser chamada a autoridade do juiz; e conclui, à vista disso, naturalmente, que o juiz é, nos Estados Unidos, uma das primeiras forças políticas. Depois, quando passa a examinar a constituição dos tribunais, só descobre nela, a princípio, atribuições e hábitos judiciários. Aos seus olhos, o magistrado nunca parece introduzir-se nos negócios públicos a não ser por acaso; mas esse mesmo acaso repete-se todos os dias.

Portanto, e levando em consideração a atuação do Judiciário face às políticas públicas, até a Segunda Guerra Mundial o modelo jurídico romano-germânico, ao qual se filia o Brasil, manteve o Poder Judiciário à sombra de outros atores da arena política. Foi, por exemplo, coadjuvante das elites locais durante boa parte do século XIX, ao colaborar para a formação das nações ibero-americanas (CHIARAMONTE, 2004), e do Legislativo foi assistente alerta nas primeiras décadas do século XX, época de primazia do positivismo jurídico, quando pouco importou o ético e o justo, e sim o texto, a letra da lei¹³. O jurídico e o Judiciário eram periféricos, os poderes Executivo e Legislativo, com atuações que implicam, previamente, considerações de cunho político, centralizaram as atenções e protagonizaram a dinâmica estatal. O Judiciário, alegadamente o Poder técnico e imparcial, “apolítico”, contentava-se em ser uma face formal do Estado, sem julgar (em suas decisões) se este Estado que representava era o “melhor Estado” possível, ou um Estado que atendesse aos fins aos quais se destinava, dentre eles o bem comum.

Além, a disparidade de concepções doutrinárias, elaboradas e estudadas apartadamente no campo político¹⁴ e no campo jurídico, contribuiu para o distanciamento. Certamente há muitas razões para se sustentar a necessidade de distinção da ciência política e da ciência jurídica, mas tal necessidade diminui no momento da aplicação da lei. Se aos juristas importa a validade das normas em um plano ideal, deontológico, e aos cientistas políticos a validade das regras no campo empírico, a situação desejável é que tais circunstâncias estejam próximas quando do julgamento do caso concreto. O distanciamento do Poder Judiciário das políticas estatais até a primeira metade do século XX foi fator preponderante para o

¹³ O positivismo jurídico alemão frequentemente se refere ao poder do legislador com a expressão *gesetzgebende gewalt*. O interessante é que o termo *gewalt* tem tradução tanto como *poder* quanto como *violência*. A Alemanha foi o berço do positivismo jurídico e integra um dos pilares do modelo romano-germânico, o qual influencia sobremodo o sistema jurídico latino-americano.

¹⁴ “O principal conceito que estudos jurídicos e políticos têm em comum é, sobretudo, o conceito de poder [...] tive que constatar com certa surpresa que os juristas e os politólogos usam o mesmo termo, “poder”, do qual ambos não podem prescindir, ignorando-se quase completamente uns aos outros.” BOBBIO, Norberto. **Manual de ciência política**. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 238.

descolamento entre norma ideal e norma real, até mesmo porque a relação entre o direito (representado pelo Judiciário) e o poder político (Executivo e Legislativo) passou a se tornar mais complexa na medida em que o catálogo de direitos individuais e de direitos sociais, sobretudo dirigidos às minorias, se ampliou. Como bem anota Bobbio (2000) sob um primeiro aspecto a ordem jurídica é um produto do poder político, fazendo com que o nexos entre eles possa ser considerado simples (pois a existência de uma ordem jurídica decorre lógica e fundamentalmente de precedente poder político). Todavia, o critério de legitimidade trouxe um fator de diferenciação: poderes legítimos e poderes ilegítimos. Em um Estado que passa a ser adjetivado *de Direito*, o poder legítimo é aquele respaldado pela lei e que atende às demandas do seu detentor: *o povo*.

Dito de outra maneira, a noção de legitimidade tornou-se uma qualificadora, a justificar o poder político como força juridicamente fundada. Nas monarquias absolutistas, argumentos de origem divina ou de dinastia eram invocados, e assim o poder de fato era legitimado. Com a transposição da titularidade da soberania e do poder de governar para o povo, passou-se a questionar também *a maneira pela qual se governa*, e não apenas *quem governa*. Para além da legitimidade, é também uma questão de legalidade do poder, se considerarmos a lei com as funções de estabelecer *a priori* as escolhas estatais (o já referido *bem comum*), e estabilizar as relações entre o cidadão e o Estado.

E o momento para questionar *a maneira pela qual se governa* havia chegado: terminada a Segunda Guerra Mundial evidenciou-se a insuficiência do modelo de atuação do Judiciário até então instaurado na Europa continental. O positivismo jurídico, que no final do século XIX havia se sobreposto ao modelo de direito natural, permitiu o surgimento de regimes violadores de direitos fundamentais, sobretudo do direito à vida. O nazismo, por exemplo, cresceu e se fortaleceu sob a Constituição de Weimar (1919), perfeita na sua forma e nas suas diretrizes sociais, mas ineficaz para frear a centralização de poder ocorrida no *III Reich*.

O pós-guerra trouxe o ponto alto da função legitimadora do poder, pelo sistema legal: o constitucionalismo, o qual retira as diferenças entre governantes e governados no que diz respeito ao império da lei. No Estado de direito constitucional, as normas constitucionais definem o exercício do poder pelos governantes, o Executivo e o Legislativo incluídos, e cabe ao Judiciário verificar eventuais desacertos (inconstitucionalidades) de conduta.

Diante dessa realidade e com o passar do tempo, passou-se a permitir uma maior interconexão entre o exercício das funções estatais. A mesma Alemanha na qual o nazismo se desenvolveu passou a pautar o relacionamento entre os poderes com base na *verfassungstreue*, termo que significa *lealdade constitucional*, com dois vieses principais: cooperação dos poderes na consecução dos objetivos constitucionais e respeito mútuo entre as instituições. A quadra atual do constitucionalismo é marcada por uma ampla gama de ideias, que traduzem a complexidade das relações entre os poderes de Estado. Não se busca apenas a estrita legalidade, mas não se despreza a letra da lei; se não se recorre ao metafísico, empreende-se o caminho da moral para interpretar o direito. O juiz ao aplicar o conjunto normativo há de se inspirar na equidade, na imparcialidade ou na distribuição material de justiça – bases de raciocínio estranhas à concepção ortodoxa do contratualismo liberal, a qual, aliás, idealizou o sistema de repartição de poderes (VIANNA, 1999).

Sobremodo, e se necessário fosse eleger um pressuposto mais importante, foi essencial o caráter democrático das constituições pós Segunda Guerra Mundial para o *debut* do Poder Judiciário como poder político, principalmente se considerarmos o sistema romano-germânico ao qual o Brasil se filia. Refletindo um processo de democratização dos estados liberais da Europa Continental, a presença formal de dispositivos constitucionais com cunho ético, além de amplos catálogos de direitos fundamentais ocorreu fortemente.

Na Itália (1947), na Alemanha (1949), em Portugal (1976) e na Espanha (1978), surgiram cartas constitucionais que determinaram o privilégio e o respeito aos direitos minoritários, além da criação de tribunais constitucionais. Neste paradigma incluem-se a força dos princípios, que passaram a conviver no ordenamento jurídico com as regras, reabilitando a argumentação jurídica e fazendo com que novas formas de interpretar o direito fossem encontradas. Atualmente, os julgadores (e, sobretudo, os tribunais de cúpula como o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral) têm prerrogativas para realizar uma interpretação integrativa, ou seja, de construir a melhor decisão ao caso concreto. Para tanto, fazem uso da Constituição.

E tal dogmática resta ligada tanto ao desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), quanto ao surgimento das ações afirmativas, as quais os Estados Unidos pioneiramente adotaram como medidas estatais específicas de

compensação de desigualdades sociais acumuladas no decorrer da história em relação às minorias. Santos (1999) refere que as ações afirmativas buscam compensar discriminações e marginalizações decorrentes de motivações étnicas, raciais, de gênero e religiosas. Esse é o ambiente no qual a própria classe jurídica encampou o abandono das teorias unicamente técnico-jurídicas. O poder Judiciário passa a observar o Estado em sua complexidade, na qual o sistema normativo é apenas mais um dos componentes a integrá-lo. O juiz passa a julgar o político, e a política é judicializada.

De tal fenômeno tratará o ponto que segue.

2.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A expressão *judicialização da política* tem sido usada na Ciência Política para os estudos que observam as relações entre os órgãos componentes do Poder Judiciário e as instituições de cunho político. O pioneirismo no uso da expressão coube a C. Neal Tate e a Torbjörn Vallinder, organizadores da obra *The Global Expansion of Judicial Power*, em 1995. Conforme os autores e de maneira sintética, a judicialização é uma atitude reativa de parte do Poder Judiciário, que se destina a exercer o *judicial review* com base na Constituição e relativamente à decisão de uma das instituições integrantes da arena política. Contudo, conforme Koerner e Maciel (2002) a ideia de judicialização da política tem sofrido circunstancialmente “apropriações dissonantes”, e diferentes abordagens têm conferido significados diversos à expressão, às vezes beirando ao senso comum¹⁵. Por este motivo e principalmente porque o objetivo principal deste estudo é a análise dos efeitos de um caso em específico de judicialização da política – Julgamento da Lei da Ficha Limpa, entende-se mais adequado que seja adotada a conceituação originária¹⁶ de Tate e Vallinder (1995).

Ao se judicializar a política há a adoção de métodos típicos do Poder Judiciário para a solução de embates, sob dois aspectos principais. O primeiro, denominado *from without*, é produto da expansão da revisão judicial sob o viés qualitativo – questões políticas do Executivo e do Legislativo, cujos méritos não eram

¹⁵ “[...] a expressão ganhou o debate público e, com isso, multiplicaram-se os seus usos e sentidos, tornados às vezes contraditórios”.

¹⁶ “In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process”. VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. In: **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. p. 13.

antes analisados, passam a ser objeto de decisões baseadas nas normas constitucionais; e o segundo, classificado como *from within*, caracteriza-se pela transposição de aparatos ou procedimentos do Poder Judiciário para o interior do Executivo ou do Legislativo, que adotam uma miniestrutura cujo funcionamento se dá de forma semelhante às instâncias judiciais. A espécie mais difundida (e para o presente estudo a que importa diretamente) é a *from without*, por sua relação com a distribuição de poder político.

Dentre os motivos de plano contextual que suportaram a expansão do poder judicial se inclui um fator crucial: a derrocada comunista do Leste da Europa, cujo símbolo maior se encontra na extinção da União Soviética. Tal circunstância, além de impulsionar os Estados Unidos à condição de única superpotência mundial, tornou o modelo norte-americano de participação política do Judiciário uma referência para as novas democracias, que viram nele a efetividade buscada para sanar problemas como a corrupção. A partir daí, a situação de evidência e a transformação em referência de normatização constitucional elevou o modelo de revisão à categoria investigável pela Ciência Política, o que permitiu sistematizá-lo e criar referências para sua estruturação, conforme Koerner e Maciel (2002).

Não basta, contudo, a adoção do molde norte-americano de sistema judiciário para que as questões políticas tenham nos juízes algum protagonismo. Conforme Tate (1995) é possível buscar em determinadas condições políticas os fatores facilitadores da ocorrência da judicialização da política. O autor identificou oito circunstâncias, na seguinte ordem: democracia, separação de poderes, direitos políticos, uso dos tribunais pelos grupos interessados, uso dos tribunais pela oposição, inefetividade das instituições majoritárias, percepção (do Judiciário como ator político) das instituições políticas e delegação (de poder) voluntária de parte das instituições majoritárias (ao Poder Judiciário). Ainda de acordo com Tate e Vallinder, a análise comparada de diversos países permitiu conferir pequenas variações na efetividade do modelo, mas tais diferenças, ao invés de enfraquecê-lo, apenas comprovaram que a expansão do poder judicial é fenômeno geral, sobretudo no ocidente.

E, nessa análise de fatores pontuais, verificáveis topicamente no sistema político dos estados, chama a atenção que a expansão do Judiciário enquanto instituição política tem cerne em uma expansão precedente, a da agenda do direito, a qual tomou de assalto o plano social e político nas últimas décadas do século XX a

reboque da *democracia*. Os princípios democráticos permitiram a infiltração do direito nas relações políticas, o que deu final ao clássico aparte entre sociedade civil e Estado. Daí o surgimento do Estado de Bem-estar via sociedade civil - o que renovou as lições de Weber relativas à burocracia, pois na gênese desse movimento foram os partidos políticos que permitiram sua chegada ao espaço público. A solidificação do repertório de direitos que o *Welfare State* demandava resultou, nos estados liberais, de manifestações das majorias nos parlamentos, fórmula clássica da democracia representativa.

Por essa característica, a representação política moldou-se em blocos de interesse, os quais dominam os regimes e, pelas pressões políticas, têm regulado a tutela de direitos de cidadania, em um quadro poliárquico (DAHL, 1997). Àqueles que não se filiam a tais grupos majoritários, não se concedem políticas públicas diretas; as minorias são colocadas paulatinamente em segundo plano. Ao se realizar o *Welfare State* tanto se produz um “déficit de igualdade” quanto se afasta a liberdade, especialmente em relação aos indivíduos “desvinculados de grupos sociais com poder institucionalizado de pressão sobre as agências governamentais” (VIANNA, 1999). Com base nessa agenda igualitária é que o Judiciário buscava o controle do poder político, redefinindo a relação até então assimétrica dos três poderes (LIJPHART, 1989) e objetivando ocupar (mesmo que de forma não linear) posição bastante estratégica, a ponto de ser denominado de terceiro gigante (CAPPELLETTI, 1988). A partir de então, o Judiciário teria agregado a função de agência de controle dos atos políticos, não utilizando argumentos próprios da democracia representativa (quantitativos), mas sim a argumentação da distribuição efetiva de justiça (qualitativos).

Todavia, invertido o viés de análise e se posicionando na perspectiva dos atores políticos, os novos conflitos que atracaram no Judiciário - de cunho coletivo e não apenas representando contendas particulares, teriam incitado soluções normativas do tipo *class action*, nas quais grupos minoritários (notadamente os partidos políticos) assumiriam a posição de pólo ativo, de provocador do Poder Judiciário a se manifestar. Haveria assim uma quebra em relação ao procedimento usual de representação, o qual envolve a sociedade na escolha dos representantes, o embate dos partidos políticos na competição eleitoral e a formação da vontade majoritária por meio de votação, consistindo em um “ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular” (VIANNA, 1999). O enfraquecimento das

tradicionais arenas representativas teria fomentado o panorama institucional que originou o magistrado guardião constitucional e, portanto, implementador eventual de políticas públicas.

2.2.1 Procedimentalismo e substancialismo

Quando se procede ao exame dos efeitos do fenômeno da judicialização, verifica-se a inserção do Judiciário na arena de debates políticos: portanto, ele já não seria mais o terceiro imparcial, equidistante, mas sim um interativo participante. A partir daí, em tese aumentariam as chances de identificar as manifestações não jurídicas, e as possíveis cisões de tal natureza, que permeariam as manifestações dos magistrados.

Diante de tal quadro, seria possível cogitar um retorno às lições de Tocqueville em relação à democracia: a equação entre igualdade e liberdade não teria encontrado equilíbrio, trazendo anemia ao exercício dos direitos políticos. Os detentores desses direitos - partidos políticos e cidadãos - então recorreriam ao Judiciário, valorizando-o. Nesse sentido, é emblemático o caso referido por Taylor (2007a), de que partidos minoritários, durante as privatizações realizadas pelo governo Fernando Henrique Cardoso, ajuizaram diversas ações com a intenção de marcar posição ou demonstrar aos seus simpatizantes a posição contrária à da maioria parlamentar, pois seria infrutífero trabalhar a reversão da posição majoritária na arena adequada, o parlamento.

Contudo, ao “terceirizar” ao Poder Judiciário o papel de *veto player* eles estariam, ao menos em parte e para manifestar sua contrariedade às privatizações, abrindo mão de uma prerrogativa que lhes era própria, pertencente ao respectivo campo de atuação. E nem se trata aqui de ponderar a ineficácia de qualquer tentativa minoritária em um parlamento cuja maioria era resultado de uma forte coalizão, pois as ações judiciais igualmente foram inócuas: as privatizações foram consideradas legais.

A linha teórica que considera a valorização do Judiciário como efeito de um contexto de enfraquecimento da democracia é denominada *procedimentalista*, e aponta uma reação tanto à insuficiência do *Welfare State* como originariamente concebido, quanto ao esvaziamento das atribuições das instituições políticas clássicas, em alguns casos de forma espontânea (por não considerar o assunto

importante) ou intencional (evitando o desgaste político que decisões em questões polêmicas acarretam). O Judiciário passaria a ser a salvaguarda das ações políticas em substituição às instituições tradicionais - como os partidos políticos, que jogados ao descrédito buscariam eles mesmos o Judiciário, retroalimentando a judicialização e fortalecendo, cada vez mais, esse fenômeno. Vianna (1999, p. 25):

[...] o sucesso da Justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, em razão do desinteresse existente sobre elas e a perda do espírito público. De instituição negativa e punitiva, ela passaria a ocupar papéis positivos, assumiria o lugar da política, na falta desta; a judicialização desinstitucionalizaria a democracia, marginalizando as instituições de mediação – as associações e os partidos políticos. E ao cidadão sucede a sua versão judiciária: o sujeito de direitos, revestindo de sombrios contornos uma crise monumental do paradigma político da democracia e da sua expressão dogmática – a soberania popular. A deslegitimação da comunidade política como palco da vontade geral.

Como solução para esse ciclo, o desenvolvimento de novas dinâmicas de estabelecimento da vontade geral e de soberania. Conforme os *procedimentalistas*¹⁷ ou *idealistas*, em um regime democrático não há espaço para que atribuições de um dos poderes sejam exercidas por outro poder sem que isso gere perda de liberdade. Ao Judiciário caberia julgar sem incorrer em processos criativo-normativos, o que protegeria o corpo de magistrados de desgastes políticos, não naturais a quem possui tantas garantias. Além disso, ninguém seria mais legitimado que o legislador para interpretar a lei, pois foi ele quem a criou. Os grupos de interesse e, mais diretamente, os cidadãos, seriam os ocupantes da posição de autores dos direitos que possuem, em um sistema justo. A existência de uma comunidade plural de intérpretes do direito, cujas identidades seriam sobrepostas às dos criadores desse mesmo direito, teria o condão de reconduzir a democracia para o núcleo do poder político e da soberania.

Todo esse processo se daria sem a atuação do Judiciário, reposicionado como vigilante formal das regras e sem adentrar no mérito de justiça ou de injustiça – deixando, portanto, de ser um tradutor da “vontade” da lei. Nessa linha, as duas principais circunstâncias para o alcance da justiça seriam: 1) uma relação direta entre a democracia deliberativa e a democracia representativa, e 2) a presença de partidos políticos fortes (preferencialmente suportados por finanças públicas). Essa espécie de retorno aos ideais republicanos exigiria também uma cultura política

¹⁷ Incluídos Antoine Garapon, Jurgen Habermas e Otfried Höffe, por exemplo.

sofisticada o suficiente para desestimular a busca do Judiciário para a solução de questões que envolvessem o Legislativo ou o Executivo.

A posição denominada *substancialista*¹⁸, por sua vez, dá ênfase às relações extrajurídicas entre o Judiciário, o Executivo e o Legislativo. Se no modelo idealizado pelos procedimentalistas há uma imunidade do direito em relação às influências da política (e vice-versa), as relações entre direito e política são inevitáveis para os substancialistas, pois as decisões baseadas na Constituição seriam sempre impregnadas de considerações de cunho político, mesmo que ainda não haja uma teoria capaz de integrar direito e política sem desprezar algum compromisso com o Estado de direito (FRIEDMAN, 2005). Importaria solidificar, nesse contexto, a agenda igualitária, através de processos tipicamente existentes nos países que adotam a *common law*: dinâmicas não revolucionárias, paulatinamente instituídas no tecido social via aperfeiçoamento das instituições.

Com filiação de autores como Shapiro (1995), o posicionamento substancialista vê o agigantamento do Poder Judiciário como efeito de uma “empíria adversa” (VIANNA, 1999) da soberania popular, pois o Executivo e o Legislativo, antes de se consolidarem como entes representativos das maiorias, seriam complexos sistemas políticos de obtenção de vantagens por grupos organizados que orbitam em torno do poder, e não estariam vinculados aos interesses diretos dos cidadãos que os elegeram para representá-los. A contribuição do Judiciário se daria na inserção dos grupos minoritários (aqueles sem vias acessíveis nas arenas tradicionais) através de uma interpretação constitucional inclusiva. Ao ser percebido pelas instâncias minoritárias como um antídoto contra a “ditadura da maioria” que o sistema representativo não fora capaz de refrear, a tarefa dos tribunais teria se tornado cada vez mais legitimada. Tais motivos pragmáticos para o crescimento da judicialização da política envolveriam a questão da validade da democracia representativa clássica, pois a cidadania, sem nela identificar a devida legitimidade, teria recorrido ao Judiciário. Conforme Perez Corti¹⁹, ao analisar o caso argentino:

[...] Hicimos alusión también a la insuficiente representatividad de la actual dirigencia política. Y aquí hemos de distinguir algunas particularidades del caso argentino, puesto que esta falta de representatividad no hace ya a su origen, legítimo y formalmente legal desde 1983 a la fecha; sino que se concentra en una peculiar falta de identificación entre el ciudadano y el

¹⁸ Integrada por nomes como Bryan Garth, Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin.

¹⁹ PEREZ CORTI, José Maria (Org.). **Reforma política y voto electrónico**. Córdoba: Ciencia, Derecho y Sociedad. 2005. p. 156.

representante, producto de una persistente negación de aquél a reconocer en éste sus propias virtudes y defectos.

A teoria ainda afirma que os magistrados podem eventualmente se guiar por convicções ou ideologias, mas ressalta que não haveria motivo para entender os juízes menos capazes como políticos do que os legisladores o são. Por certo, a imparcialidade institucional ou no exercício de atribuições se trata de característica bem distinta de uma imaginada inexistência de posicionamento político. Todavia, e mesmo com esse “posicionamento independente”, a interpretação constitucional não se confundiria com livre arbítrio de parte do magistrado, senão que deveria estar coerentemente alinhada aos direitos previstos na Constituição. Como intérprete do texto constitucional, o compromisso do Judiciário não seria com as questões políticas, com as minorias ou com o papel de *veto player*, mas com os compromissos assumidos pelos poderes políticos quando da elaboração deste próprio texto constitucional (ROMANELLI, 2011).

2.2.2 O juiz e as circunstâncias extrajurídicas

Ao que parece tanto a posição procedimentalista quanto a posição substancialista pecam por não considerar, na equação, uma espécie de “avaliação de risco” que o integrante do Judiciário pode realizar face o panorama político. As duas análises estudam o comportamento do Judiciário em um modelo idealizado de atuação, como se o magistrado não percebesse (e, portanto, não levasse em consideração) as consequências do atuar dele.

Na prática, a judicialização da política tem o efeito de demonstrar que o comportamento dos juízes não ignora o panorama político no qual está inserido, e que eles têm condições de realizar um cálculo prévio sobre eventuais suportes extrajurídicos (apoio da mídia ou de amplo setor da sociedade, por exemplo) das decisões que virão a ser tomadas. Talvez inclusive exponham o resultado de tal cálculo, ao se manifestarem.

Até porque o caminho que um ministro trilhou para chegar aos órgãos de cúpula do Poder Judiciário é permeado por negociações, compromissos políticos e ligações a grupos de interesse, conforme Marengo e Da Ros (2008). Se na construção da própria carreira o magistrado acostuma-se a relações de poder, ignorar o fato de que as decisões são construídas levando-se em conta muitos

outros fatores além do ordenamento jurídico traz visão limitada dos efeitos da judicialização da política. Em determinados casos (e pensamos que as decisões Ficha Limpa pertençam a eles) o grau com que a argumentação decisória dos juízes tem conotação extrajurídica pode chegar ao “jogo aberto”. Se o método varia de magistrado para magistrado, isso não prejudica a constatação de que na gênese da decisão há presença de análises extrajurídicas.

Desse modo, as premissas políticas de uma decisão podem, dependendo do julgador, serem escondidas, expostas de forma emaranhada aos fundamentos jurídicos ou colocadas de forma aberta na parte tecnicamente denominada *fundamentação* da decisão. Em qualquer dos casos, elas darão suporte à *parte final*, denominada *dispositivo*, de cunho absolutamente jurídico – onde o juiz aplica a lei ao caso concreto.

Como aponta Da Ros (2006) o magistrado ainda pode considerar o *grau de distribuição de poder no sistema político*, nessa equação de custo-benefício político da decisão. Conforme o Autor, um número alto de *veto players*, somada a uma grande distância política entre eles, poderia conferir flancos de atuação do judiciário nas questões políticas – uma maior judicialização da política. Assim, o comportamento que se atribui ao magistrado no Estado de direito constitucional, com a preponderância da *judicialização*, teria maior possibilidade de encontrar suporte onde: 1) a arena política é bastante povoada, 2) há alto grau de distribuição e competição e 3) há a presença de vários atores com poderes de veto (afinal de contas, em alguns dos grupos de pressão existentes a decisão encontraria simpatizantes, mesmo que minoritários).

Partindo-se, por outro lado, da análise sob o foco da atuação do Judiciário face ao Legislativo, havendo uma base governista forte (por exemplo, nos casos de presidencialismo de coalizão) o Judiciário não teria o mesmo espaço que em governos nos quais a relação maioria-minoria é parelha. A coesão e a força da base governista atuariam assim como fator de inibição dos juízes em seus pronunciamentos.

Por sua vez Lijphart (2003), ao estabelecer divisão entre democracias (majoritárias e consociativas) defendeu que o consociativismo favoreceria o atuar político do judiciário. Chavez (2004), ao analisar o desempenho do Judiciário nas províncias Argentinas, concluiu que maior competição eleitoral equivale a maior judicialização da política.

2.2.3 Papéis do Judiciário na judicialização da política

Mesmo que se conclua que uma maior competição eleitoral incentive o protagonismo do Poder Judiciário, não há como afirmar que a posição do Judiciário será sempre coesa, e muito menos que será favorável às minorias. Ao contrário, Whittington (2005) demonstrou que a Suprema Corte Americana tem servido de apoio do Executivo exatamente como catalizador de um processo de aglutinação política, atuando como amálgama nas questões em que há um espectro largo de posições no Legislativo. Dahl (1989) já havia alertado para essa situação, ao entender que os tribunais não teriam a função predominante de defesa das minorias, e sim atuariam muito mais como uma espécie de *delay players* a favorecerem o Poder Executivo.

Para Vallinder (1995) tal reposicionamento seria maléfico à democracia. O Autor realiza um confronto entre a dinâmica de resolução das questões políticas do Judiciário e do Legislativo, e pondera que o último tem maior repertório de produção de valores e formação de unidade, pois o exercício criativo do juiz ainda pertence somente a ele (juiz). Mesmo que voltado a interesses coletivos, ao final esse exercício não consistiria em nada mais do que uma imposição à sociedade, amparada pelas garantias que a carreira da magistratura proporciona. Nessa perspectiva, seria possível considerar o fenômeno da judicialização da política um sinal negativo no cenário político, de enfraquecimento da democracia e declínio da vontade da maioria. Considerando que a vontade manifestada pelo julgador retrata uma posição que não necessariamente é a da maioria, seria ela legítima, se representativamente considerada? Sendo fragmentária, possuiria legitimidade para sobrepor-se à vontade manifestada pelo Executivo ou pelo Legislativo, e se tornar fio condutor em uma sociedade democrática?

Lembre-se que os magistrados, no Brasil ao menos, não passam pelo crivo da competição eleitoral; a assunção ao cargo de magistrado se dá via concurso público, cujo conteúdo exigido é altamente técnico jurídico. A Justiça brasileira tem base profissional organizada, com grupos operantes, institucionalizados e atividades definidas. Há razoável grau de autonomia na determinação do objeto de suas atribuições, na construção de uma crença de superioridade técnica e de relevância, para a sociedade, de suas funções (ALMEIDA, 2009). Todavia, como bem aponta Aguiar (2004), o método jurídico não tem capacidade de produzir unidade social – o

que aumenta o questionamento sobre o quanto o Judiciário pode ser representativo. Embora seja possível argumentar que mesmo os ambientes democráticos – casas legislativas – são na prática incapazes de obter consenso, é inegável que a possibilidade existe ao menos potencialmente. Nos tribunais isso é impossível, pela formatação natural que possuem: a arena judicial sempre oferece, ao final do processo, um vencedor e um vencido.

Nesse passo, a função de guardião minoritário deve ser considerada apenas ocasional e episodicamente, resultado muito mais de um contexto no qual teriam se agrupado, em uma dada corte, julgadores com convicções pessoais comuns em determinado sentido, do que um movimento institucional dirigido à defesa contra “tirantias” majoritárias. Inclusive, essa possibilidade se esvairia em um sistema absolutamente majoritário, no qual um ator se tornasse o único *policy-maker* do panorama.

Isso explicaria, por exemplo, o cenário do poder de decreto presidencial em dados países (incluído o Brasil), no qual as cortes não adentram (ou raramente o fazem) no mérito do exercício do poder legislativo pelo presidente. A força centralizadora do Executivo impediria que Legislativo e Judiciário protagonizassem qualquer medida de defesa às minorias. Ferejohn (2002) conclui exatamente nesse sentido: a concentração de poder inibiria a manifestação do Judiciário, ao passo que a dispersão abriria campo para a judicialização da política.

Construindo uma tipologia própria, Da Ros (2006) refere dois modelos predominantes de atuação do Judiciário em relação à judicialização da política: a) os *tribunais como árbitros*, no qual os juízes atuam em situação de equilíbrio nas relações de poder, e cuja principal função consistiria na manutenção das regras do jogo, tanto no que se refere à competição eleitoral quanto na concretização de políticas públicas. Dentre tantos fragmentos de poder praticamente equivalentes, os custos políticos seriam praticamente iguais, fosse tal decisão tanto em um quanto em outro sentido, de forma que seria natural um sentimento de maior independência para julgar conforme a sua convicção. Os tribunais, assim, não dariam tanta força à variável do *apoio político* ao decidir. A equivalência das forças acabaria por anulá-las, ao menos perante o Judiciário. Outro aspecto da atuação dos tribunais como árbitros ocorre quando o Poder Judiciário gerencia atritos ocorridos entre os demais atores, decidindo em lacunas legais ou institucionais, em *performance* que

difícilmente seria realizada por qualquer outro órgão, exatamente porque a similitude dos poderes resulta em anulação de um em relação ao outro.

Na segunda hipótese, *b) os tribunais como instrumentos de oposição*, a principal atribuição seria a de caixa ressonante das minorias, e seu ambiente mais propício seria um sistema de poder concentrado. Exatamente devido a essa concentração de poderes, há um alvo nas demandas judiciais (o protagonista do *policy-maker*) no qual a oposição faz mira através das lentes do Judiciário, tornando-se uma conveniente via de manifestação minoritária. Neste caso, e face ao elevado desgaste político de cada decisão, o panorama tenderia a melindrar os tribunais, silenciando-os ou tornando-os mais permissivos. Esse papel de *ultima ratio* das minorias deslocaria a posição de fiel da balança do Judiciário a uma indesejável berlinda, cuja exposição acabaria intimidando os julgadores.

Ou seja, a situação normativamente idealizada de um magistrado forte, portador de uma série de garantias constitucionais (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos) e com a imagem de independente não corresponderia ao quadro da realidade: restariam agentes bastante observadores quanto aos influxos reais de poder, dançando conforme a música. Sob o manto das proteções constitucionais, se acobertaria um Judiciário dependente, que em um primeiro momento observa a dinâmica política, no seguinte realiza um cálculo frio de custo-benefício institucional e somente depois profere suas decisões. Mesmo quando atua “independentemente”, o Judiciário seria expectador atento do tabuleiro político (FEREJOHN, 1999).

A possibilidade do atuar extrajurídico do Poder Judiciário se dá, portanto, em dois planos diversos – o institucional e o individual. No campo institucional ocorre conforme determinados pressupostos (democracia, separação de poderes, direitos políticos), constando normativamente, sobretudo na constituição; e no campo individual se dá quando o magistrado realiza o cálculo de custo político da decisão que vai proferir, em cada caso concreto.

E, muito embora no Brasil recentemente estejam sendo criadas normas de controle e fiscalização do Judiciário²⁰, em relação às quais ainda não se pode determinar claramente as consequências, a saída para o “terceiro gigante” é ser representativo na mesma proporção em que exerce a guarda das políticas públicas

²⁰ Vide, por exemplo, a emenda constitucional nº 45, que criou o Conselho Nacional de Justiça, órgão de controle do Poder Judiciário brasileiro, e que vem impondo ineditamente metas de transparência, produtividade e contenção de gastos desse poder.

eleitas *a priori*, observando o único documento no qual tais políticas constam expressas (um pouco) perenemente: a Constituição. Evitando concentrações no Executivo ou Legislativo, exercendo o *check and balances*, o Judiciário estaria mais próximo de sua verdadeira função no Estado Democrático de Direito.

Vejamos, a seguir, a trilha percorrida pela judicialização da política no Brasil, no que diz respeito à competição eleitoral.

2.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E COMPETIÇÃO ELEITORAL

De uma forma genérica, pode-se afirmar que os sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos são fundados em constituições. Dessa característica surge uma natural preocupação com a manutenção da supremacia das normas nelas constantes, bem como com a efetividade dos mandamentos nas relações reais da sociedade. Como praxe, constam nas constituições os direitos, individuais e coletivos, considerados fundamentais.

Originariamente, nos sistemas filiados à tradição jurídica romano-germânica (entre eles o Brasil) a forma encontrada para salvaguardar as normas constitucionais foi conferir a elas uma rigidez absoluta²¹: uma vez promulgada, a Constituição tornava-se imutável, a não ser por nova Constituição. Todavia, esse método “aprisionava” a norma e a distanciava da dinâmica das relações sociais. O mecanismo não se mostrou suficiente, pois tornava a Constituição obsoleta, irreal.

Em um segundo momento, se manteve na maioria dos países um sistema qualificado de modificação de normas constitucionais, mediante padrões mais exigentes de quórum e de votação no parlamento, para modificar a Constituição. Nessa linha, e apenas a título de exemplo, atualmente no Brasil é necessária a maioria simples (metade mais um) dos presentes para a modificação da legislação ordinária, ao passo que se necessita de 3/5 (três quintos) do número total de membros de cada Casa Legislativa para modificar a Constituição. Ou seja, na maior parte dos casos a Constituição não é imutável, mas de outra via não tem processo de modificação facilitado como o da legislação ordinária.

Em conjunto com essas modificações procedimentais, doutrinariamente o constitucionalismo ganhou força para posicionar a Constituição como único

²¹ LAMY, Marcelo. Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: **Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 537-575.

fundamento de validade das normas inferiores. A adequação ou inadequação de qualquer regra do sistema legal é verificada através de uma lente, a qual utiliza os princípios constitucionais como norteadores da regularidade da lei. Há uma relação de subordinação de todo o aparato legal de um país à respectiva Constituição.

Daí a necessidade do controle de constitucionalidade, atribuição remetida pela própria Constituição a um órgão (em alguns sistemas pertencentes ao Poder Judiciário, em outros não²²) para que ele verifique a conformidade das leis e dos atos estatais em relação à constituição. Em outros termos, verifique a constitucionalidade. Somente o controle de constitucionalidade é capaz de garantir, definitivamente, a supremacia da Constituição, e se as normas infraconstitucionais buscaram na Constituição os valores, os princípios expostos.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000, p. 2), afirma que:

O controle de constitucionalidade é a garantia *sine qua non* da imperatividade da Constituição. Onde ele inexistente ou é ineficaz, a Constituição perde no fundo o caráter de norma jurídica, para se tornar um conjunto de meras recomendações cuja eficácia fica à mercê do governante, mormente do Poder Legislativo.

Ou seja, o controle de constitucionalidade é também uma variável política, de distribuição de poder entre as três funções de Estado. É uma ferramenta delicada e poderosa ao mesmo tempo. Ele confere uma prerrogativa única: a de *ultima ratio* sobre a validade das leis e atos de governo. Como tal, requer amadurecimento e sedimentação para que seja aplicado da melhor forma, até mesmo por que o controle se baseia em uma premissa fundamental, a da supremacia da Constituição face qualquer outra norma interna, a qual surge, em tese, sendo constitucional. Isso porque se presumem constitucionais todas as leis e os atos estatais no momento em que foram criados, mas uma vez declarada inconstitucional uma lei, por exemplo, ela deixa de ser apta a gerar efeitos – um tributo não é mais devido, um candidato não é mais elegível. Em alguns casos, o órgão guardião da Constituição tem inclusive o poder de modular os efeitos da lei declarada inconstitucional fixando uma data na qual ela não mais incidirá sobre as relações sociais.

²² No modelo utilizado pela França, o Conselho Constitucional não integra o Poder Judiciário. Embora eventualmente possa ser integrado por juízes, o órgão realiza a análise de constitucionalidade das leis em uma fase considerada intrínseca ao processo legislativo, quando o texto ainda não foi promulgado. São avaliadas as variáveis jurídicas e também qualquer outra, relativas à conveniência, por exemplo.

Dessa forma, seria de esperar que o legislador constituinte, ao elaborar os mecanismos de controle de constitucionalidade, o fizesse de forma simples. Não foi o que ocorreu no Brasil. O controle de constitucionalidade criado em 1988 mescla o sistema concentrado²³ (também denominado sistema austríaco) e o sistema difuso²⁴ (modelo do *judicial review*, ou norte-americano). Tal situação é peculiar dentre os ordenamentos jurídicos ocidentais²⁵ (tanto os seguidores da linha romano-germânica quanto os aderentes à linha anglo-saxã), e repercute diretamente na natureza das decisões tomadas pelo Poder Judiciário, sobretudo pelo seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, que possui as prerrogativas de exame de constitucionalidade tanto no sistema difuso quanto no sistema concentrado. Explicamos, desejando não adentrar exageradamente em tecnicismos da seara jurídica.

2.3.1 Sistema difuso de controle de constitucionalidade

A construção do *judicial review* decorre diretamente da obra de Locke e de Hamilton, e teve como pano de fundo as disputas geradas pela independência da Inglaterra (LAMY, 2005). Uma vez que o poder tem origem no povo, e a Constituição é uma obra legislativa que espelha o desejo desse povo, não poderia o legislador, representante exatamente deste mesmo povo, editar um ato contrário ao fixado pela Constituição.

Para o sistema de controle difuso de constitucionalidade (ou norte-americano), a apreciação de regularidade constitucional das leis surge como uma das atribuições ordinárias e naturais de quaisquer integrantes do Poder Judiciário.

²³ Constituição da República Federativa do Brasil: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

²⁴ Constituição da República Federativa do Brasil: Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

²⁵ Conforme anota Paulo Blair, em percutiente investigação dos aspectos do sistema de freios e contrapesos “o Brasil é um dos poucos países do mundo que utiliza um sistema híbrido de controle de constitucionalidade. Segue a tradição anglo-saxônica – cujo controle é feito por meio de atos da primeira instância, com a possibilidade de ingresso de recursos – e a tradição da Europa Continental – onde o controle é efetuado pelas cortes constitucionais, desde que o caso seja remetido pelo primeiro grau à corte suprema”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115824>>. Acesso em: 12 set. 2011.

Ou seja, o sistema 1) entrega poderes de verificação de constitucionalidade ao Poder Judiciário, de forma predominante, e 2) privilegia a independência do magistrado de base, pois o controle não é centralizado em um órgão de cúpula, ao contrário: todo e qualquer magistrado do país, mesmo que empossado há pouco tempo, tem a prerrogativa de examinar as leis sob a lente da constituição.

Todavia, o que o juiz decidir somente valerá para aquele caso, julgado em específico, atingindo as partes que integram a demanda. Portanto, o juiz controlador de constitucionalidade no sistema difuso *ferre* a lei que entende inconstitucional, mas não de morte. Para todas as outras relações jurídicas, aquela lei continua a valer. O magistrado aqui não atua como legislador negativo de forma genérica, mas apenas tópica e especificamente. Claro, sua decisão se torna um precedente, passível de ser invocado pelos cidadãos em casos análogos, e citado como fundamentos de decisão por outros magistrados, nas respectivas decisões.

É o sistema de precedentes que perfaz mais de duzentos anos de tradição anglo-saxã, guardando coerência com o sistema jurídico da *Common Law*. Mesmo anteriormente à Constituição de 1789, os magistrados norte-americanos já haviam proclamado que eles poderiam deixar de aplicar lei que entendessem incompatível com os regramentos de maior importância (nesse sentido as decisões das cortes estaduais de Nova Jersey em 1780; da Virgínia em 1782 e da Carolina do Norte em 1787).

O método dos precedentes decorre do fato de que, no estabelecimento das colônias na América, havia a prerrogativa de cada uma delas elaborar normas próprias, desde que estas não ferissem aquelas que regiam a própria formação. A partir de então, restou fortalecida a ideia de hierarquia entre leis: de um lado, as leis coloniais em patamar inferior; de outro as normas superiores, exatamente as que autorizavam a formação da colônia. Em 1803, no caso *Marbury versus Madison* e pela iniciativa do *Chief Justice* John Marshall, a Suprema Corte norte-americana criou o precedente de deixar de aplicar a lei infraconstitucional que fosse considerada contrária à *Paramount Law*.

A crítica mais frequente que sofre o sistema difuso decorre exatamente da característica de espalhar o controle de constitucionalidade por todo o Poder Judiciário: a sociedade passa a obrigatoriamente conviver com a possibilidade de manifestações contraditórias dos juízes, que em conflitos interpretativos decidem de forma diversa, às vezes oposta. Como resultado, um clima de incerteza jurídica.

Embora os Estados Unidos tenham criado o mecanismo do *stare decisis*, no qual a Suprema Corte se manifesta indicando que a partir de uma determinada decisão o posicionamento deve se tornar perene, é fato que em alguns casos ela mesma, Suprema Corte, revisitou temas já decididos e reviu posicionamentos anteriores (LAMY, 2005).

Percebe-se, portanto, que o sistema difuso exige uma estrutura judicial descentralizada e autônoma em relação aos respectivos órgãos de cúpula, características decorrentes diretamente do pacto federativo instalado pela Constituição.

2.3.2 Sistema concentrado de controle de constitucionalidade

O sistema continental europeu de controle de constitucionalidade, também denominado *austríaco*, pois elaborado por Hans Kelsen para a Constituição austríaca de 1920, embora no mesmo ano já tenha sido usado por outro país (Tchecoslováquia), inicia-se, geralmente, com a criação de um tribunal ou uma corte constitucional como um órgão para que, de modo concentrado e unicamente por via de ação direta (ou seja, um processo judicial com a finalidade específica de atacar a constitucionalidade de determinada norma), exercite o controle de constitucionalidade. O pertencimento desse órgão ao Poder Judiciário é uma variável de escolha absolutamente extrajurídica. Uma escolha política.

Com uma pequena reforma em 1929, a Áustria admitiu que os órgãos de segunda instância da justiça (tribunais intermediários) remetessem à Corte Constitucional a decisão de questões incidentais de inconstitucionalidade, com pronúncia cujos efeitos inclusive retroagiam no tempo, mas a corte permaneceu desvinculada do Judiciário. É um modelo disseminado na Europa continental, e adotado atualmente, por exemplo, por Alemanha, Bélgica, Chipre, Espanha, Grécia, Itália e Turquia. Há, todavia, algumas variações. Na Itália e na Espanha, qualquer juiz pode provocar a corte constitucional, enquanto a Alemanha vai além: permite a todo e qualquer cidadão a invocação da corte, desde que para a defesa de um direito fundamental constante na *Grundgesetz* (Lei Fundamental).

O sistema tem dinâmica que legitima a Corte Constitucional no papel de uma espécie de “legislador negativo”: cabe a ela a atribuição de anulação de leis. Conforme entender, a Corte Constitucional possui a prerrogativa de fixar inclusive

uma data a partir da qual determinada lei (considerada inconstitucional) não mais existirá. A lei considerada inconstitucional é *sepultada* pelo órgão de controle constitucional, e a eficácia do ato é para todos, indistintamente. Ninguém mais, uma vez que a decisão em regra é absolutamente vinculante, poderá invocar a lei considerada inconstitucional. Legisladores, juízes, cidadãos: todos deverão seguir a determinação de desconsiderar os preceitos daquela lei, a partir da data fixada pelo órgão de controle.

A peculiaridade do sistema concentrado original é que a instituição encarregada do controle constitucional, ordinariamente, não se posiciona nem no Judiciário, nem em qualquer dos poderes clássicos. Até pode eventualmente ser composta, em parte, por pessoas que pertençam aos quadros da Justiça, mas também há aquelas escolhidas via influência dos partidos políticos e dos demais poderes de Estado. O Conselho de Estado francês, que com suas peculiaridades²⁶ aproxima-se do modelo austríaco, possui três integrantes com origem no Judiciário, em uma formação composta por nove membros.

Em um modelo *ideal*, portanto, trata-se de um órgão independente de qualquer dos três poderes, que busca a delimitação nítida dos poderes de estado, e não permite, ao Poder Judiciário, a análise da constitucionalidade das leis. Os juízes devem ter as leis sempre como constitucionais, aplicando-as aos casos enquanto a corte constitucional não se manifestar. A crítica mais contundente ao sistema concentrado é a sua inércia: questões jurídicas do cotidiano demoram a ser solucionadas, tendo em vista o monopólio de análise da corte constitucional, que por se tratar de um órgão multifacetado pode levar em consideração elementos extrajurídicos em suas decisões. São órgãos cuja natureza é considerada política (LAMY, 2005).

2.3.3 Brasil. Modelo de governança eleitoral

A Constituição brasileira de 1988, como já referido, misturou os dois sistemas. Temos um controle concentrado exercido pelo Supremo Tribunal Federal com base no art. 102 da Constituição:

²⁶ Vide nota de rodapé n. 22 *supra*.

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

E temos também um sistema difuso, constante no art. 97 da Constituição, o qual confere a possibilidade de qualquer tribunal brasileiro decidir sobre a constitucionalidade de um ato normativo específico em um caso concreto – inclui-se aí como detentor de tal prerrogativa o Tribunal Superior Eleitoral (TSE): "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público".

Embora não se possa negar a força do sistema concentrado de constitucionalidade – basta verificar a quantidade e qualidade das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADINS) ajuizadas como fez Vianna (1999), o caso Ficha Limpa teve a constitucionalidade analisada em um primeiro momento pelo Tribunal Superior Eleitoral, e em um segundo momento pelo Supremo Tribunal Federal. Em ambos os casos foi decidido via controle difuso, com resultados opostos dos julgamentos nos dois tribunais, mesmo se tratando de uma lei cujo caminho demonstrou apoio amplamente majoritário na sociedade, no Congresso Nacional e no Palácio do Planalto.

Quando em 1988 a Constituição trouxe nova formatação na dinâmica estatal, o “Estado-Juiz”, na expressão de Cittadino (2000), demorou a se manifestar. O Supremo Tribunal Federal levou alguns anos a inserir em sua agenda as manifestações relativas a questões políticas, o que só ocorreu em meados da década de 1990 (VIANNA, 1999). As decisões proferidas nos primeiros anos após a Constituição de 1988 demonstram que ao Supremo Tribunal Federal da época não importava atuar na política judicializada²⁷. Talvez influenciado pelo constrangimento da brutal omissão em todo o transcurso do governo Collor identificado por Piva (2010) o Judiciário, mesmo que com certo atraso, paulatinamente passou a se

²⁷ “Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do Juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quando ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto.” Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) nº162, de 14 de dezembro de 1989, Relator Ministro Moreira Alves.

manifestar – apoiado, diga-se de passagem, em uma estrutura normativa bastante favorável para tanto.

Além disso, na década de 1990 a democracia brasileira se solidificou, aumentando as chances de expressão pelo caminho da representação política, lembrando uma das premissas de Dahl para a concretização da poliarquia: a possibilidade de livre eleição. Multiplicaram-se os partidos políticos e, associado a esse fenômeno, a sociedade civil (principalmente esses partidos políticos e os respectivos candidatos) percebeu a ampla possibilidade de controle de constitucionalidade que o sistema híbrido proporciona e tem aproveitado o modelo de governança eleitoral adotado no Brasil, com alta imbricação entre o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral, para demandar questões relativas às regras de competição eleitoral. Tal panorama fortalece o papel do Judiciário, mas também confere uma grande responsabilidade: os resultados das urnas podem ser modificados por meio das decisões judiciais.

Essa administração das contendas eleitorais, elevando a estrutura judiciária a agente fixador do “marco regulatório” do mercado eleitoral, é peculiaridade brasileira que reforça a judicialização da política no Brasil, pois as prerrogativas do Judiciário tanto para 1) aplicar as regras do jogo eleitoral, quanto para 2) resolver os conflitos daí decorrentes, são especialíssimas. Marchetti (2008) demonstra em estudo comparado que muitas vezes a condução da regularidade normativa, ou seja, a formatação das regras do jogo eleitoral, dos partidos e das eleições é competência do Executivo, com participação do Legislativo em alguns dos casos.

No Brasil, elas se concentram no Judiciário.

Mais: sobretudo após a retirada de legitimidade do Estado de Bem Estar na efetivação dos direitos sociais básicos, o Judiciário brasileiro estaria agindo em favor dos partidos políticos em posição oposicionista, propiciando a estes um elo entre a democracia representativa e a democracia participativa – por via de decisões judiciais. Essa descoberta da “obra” do constituinte de 1988 (VIANNA, 1999) a qual judicializou a política brasileira delegando a vontade do povo soberano a um *corpus* técnico, neste panorama de não tradução²⁸ das vontades populares majoritárias,

²⁸ “a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos”. VIANNA, Luís et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 42.

pode ter o efeito de posicionar o Poder Judiciário, cada vez mais, como uma espécie de *ombudsman* estatal.

Esta observação, em conjunto com as considerações genéricas acerca da judicialização da política, indica que quase todas as condições estiveram presentes desde a Constituição de 1988: o ambiente democrático, um quadro normativo generoso em direitos, a profusão de movimentos sociais e partidários constituindo grupos de interesse ativos na arena política. Além, conjugados tais ingredientes com o quadro brasileiro de a) governos de coalizão; b) partidos políticos supostamente fracos, e c) sistema partidário pulverizado, é encontrado um ambiente propício para o desenvolvimento da judicialização da política e que, segundo Tate e Vallinder, careceria apenas da disposição dos magistrados para que suas decisões tivessem influência nos resultados das urnas. Essa disposição ocorreu de uma forma sem precedentes nos julgamentos da Ficha Limpa.

Ainda que qualquer exercício de síntese corra o risco de simplificar a dinâmica do sistema judicial brasileiro face às questões eleitorais, é fato que a soma de fatores ajuda a explicar a expansão da Justiça brasileira nas questões políticas, principalmente na regulação da corrida eleitoral. Conforme Marchetti (2008), o Brasil tem um sistema de governança evoluído, apto a solucionar questões que o modelo norte-americano não se mostrou capaz de resolver de imediato (e aproximou-se da nulidade das eleições). A eleição presidencial, protagonizada por Al Gore e George Bush, foi decidida com muita dificuldade pela Suprema Corte norte-americana, face inexistir precedentes, o que provocou uma reação da literatura especializada, que a partir de então confere especial atenção ao *electoral governance*.

Nesse sentido é que o conceito de governança eleitoral recebe mais destaque a partir da necessidade de credibilidade dos resultados eleitorais. Ou seja, em um sistema considerado confiável, a estrutura da arena onde a batalha eleitoral ocorre não teria tanta importância quanto naqueles ambientes de insegurança, sobretudo jurídica, da verossimilhança dos resultados em comparação com a manifestação da vontade majoritária. Tratar-se-ia, em resumo, da tradução procedimental e organizacional de expressões como “*one man, one vote*”, ou “voto dado, voto contado”, garantindo a justiça, a transparência e a aceitação dos resultados das urnas, motivo pelo qual o Brasil se viu em uma posição de necessidade de desenvolvimento sofisticado de controle da competição eleitoral.

Ainda Marchetti (2008) refere estudo de Mozafar e Schedler (2002) para estabelecer três níveis de governança eleitoral, e concluir que o Brasil já os possui integralmente: 1) formulação das regras – *rule making*; 2) aplicação das regras – *rule application* e 3) adjudicação das regras – *rule adjudication*.

No *rule making* se encontrariam os *standards* da competição eleitoral, onde são determinados os aspectos normativos básicos: temporais (datas de eleições) territoriais (distritos, por exemplo). A regulamentação procedimental se daria no *rule application*, no qual há a disciplina de regras sobre propaganda, registro e cassação de candidaturas, e formas de realização das eleições no que diz respeito à sua execução – urnas, mesários e eleitores. Todavia, no *rule application* ainda não se daria a resolução de conflito entre os atores políticos, o que ocorreria no *rule adjudication*.

O formato de governança eleitoral brasileiro seria, assim, bastante desenvolvido. Mais: totalmente centralizado no Poder Judiciário, escaparia da participação institucionalizada do Executivo e do Legislativo. Denominado “independente-especializado”, redundaria na redução da influência, por exemplo, dos partidos políticos e dos candidatos no processo eleitoral, a não ser que eles recorram ao Judiciário e reforcem a judicialização da política.

Esse conjunto de normas e instituições que regulam a competição eleitoral teria se incluído como um fator fundamental no desenvolvimento da democracia, desbordando dos tradicionais “quatro pês” a que se dedica a literatura política²⁹ – *politics, parties, polling e proportional* (PASTOR, 1999, p. 76) e traria questões de organização do Poder Judiciário, garantias e poderes dos magistrados para o centro do debate eleitoral, principalmente se considerado que mesmo as atividades executivas ou legislativas da competição eleitoral são realizadas pelo Poder Judiciário.

Isso porque a Justiça Eleitoral brasileira é ao mesmo tempo a responsável por toda a logística das eleições (distribuição de urnas, convocação de mesários, campanhas de conscientização do voto obrigatório, diplomação dos eleitos, por exemplo), pela parte normativa (resoluções do TSE estabelecem as regras para as prévias partidárias, para a propaganda de rua ou na mídia, para o registro dos candidatos) e, ao final, pelo julgamento das ações que ocasionalmente venham a

²⁹ “Why? For too long, political scientists have defined ‘electoral system’ in terms of what one could call the 4 Ps: politics, parties, polling and proportionality.”

ocorrer (caso “Ficha Limpa”, por exemplo). Possui atividades não apenas judiciais em relação às eleições. Administra, legisla e julga.

Mas não julga sozinha.

O hibridismo do controle de constitucionalidade antes referido faz o Supremo Tribunal Federal deter a última palavra em quaisquer questões constitucionais – aí incluídas as condizentes com os direitos políticos. Esse sistema, cuja principal característica é a sobreposição de julgamentos do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, teve atribuída à sua funcionalidade algumas virtudes, como ter colaborado para que a transição do regime ditatorial para o regime democrático fosse menos traumática (SADEK, 1995).

Houve uma contribuição, igualmente, ao clima de segurança das regras do jogo eleitoral: as decisões do Tribunal Superior Eleitoral tradicionalmente eram referendadas pelo Supremo Tribunal Federal, quando a este a questão era encaminhada para reexame. Assim ocorreu em importantes julgamentos relativos à competição eleitoral, como o do estabelecimento do quantitativo de vereadores nas câmaras municipais brasileiras; o relativo à verticalização (relação nacional-estadual) das coligações partidárias; o concernente ao estabelecimento das quotas de fundo partidário e os que decidiram as questões da cláusula de desempenho para o exercício de mandato e da questão da fidelidade partidária. Até recentemente inexistia registro de decisão do TSE que, ao ser levada ao STF, tivesse sido mudada. Essa estabilidade entre os dois órgãos levou a uma impressão de “neutralidade adquirida pelo nosso modelo de governança eleitoral”, nas palavras de Marchetti (2008, p. 39).

Todavia, os julgamentos relativos à aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010 inauguraram a discordância entre o Tribunal Superior Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal no que toca às regras da competição eleitoral. Permeado de detalhes, é razoável supor que o caso Ficha Limpa também pioneiramente tenha exposto um debate interno, ocorrente entre os integrantes da cúpula do Poder Judiciário, em relação ao papel que este poder de estado deve exercer nos julgamentos relativos à judicialização da política em termos gerais, e em especial no relativo à competição eleitoral. E não se trata de uma contenda de bases jurídicas.

De tais detalhes tratará o próximo capítulo.

3 A LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010. CAMINHOS NA SOCIEDADE E NOS TRÊS PODERES

Quando se entende a lei como uma norma geral que obtém validade através do assentimento da representação popular, num procedimento caracterizado pela discussão e pela esfera pública, nela se unem dois momentos: o do poder de uma vontade formada intersubjetivamente e o da razão do processo legitimador. A lei democrática passa então a ser caracterizada através da combinação da arbitrariedade de decisões judiciais com a não-arbitrariedade de seus pressupostos procedimentais. O que garante a justiça da lei é a gênese democrática e não os princípios jurídicos a priori, aos quais o direito deveria corresponder (HABERMAS, 2003, p. 235).

A relevância da série de julgamentos sobre a aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa, cujo ápice se deu em 23 de março de 2011 no Supremo Tribunal Federal, é indiscutível. Com ampla cobertura na mídia e participação dos mais diversos setores da sociedade, o assunto tem sido objeto de debates ao longo de mais de um ano. A simples busca pela expressão “Ficha Limpa” na internet (*site* de buscas Google) é capaz de gerar mais de 6,5 milhões de resultados³⁰.

Até mesmo porque foi uma lei nascida da mobilização da sociedade civil, aprovada rapidamente pelo Congresso Nacional e sancionada de pronto pelo Presidente da República, houve a expectativa na sociedade de que ela viesse a surtir efeitos de imediato. Parecia se tratar de uma rara unanimidade - os placares de aprovação da lei foram de quatrocentos e doze³¹ a zero na Câmara dos Deputados, e setenta e seis³² a zero no Senado Federal. O Poder Judiciário, inicialmente, corroborou a tendência: o Tribunal Superior Eleitoral, em respostas a consultas e em julgamentos de casos concretos, manifestou-se pela pronta aplicação da Lei Complementar nº 135/2010. Em outubro de 2010, as eleições foram realizadas considerando-se a aplicação da lei.

Contudo o Supremo Tribunal Federal, tribunal ao qual cabe a guarda da Constituição, forneceu um ingrediente polêmico para a Ficha Limpa. Instado a se manifestar, contrariou a posição que o Tribunal Superior Eleitoral havia exposto ao longo de 2010 e, *após as eleições de outubro*, definiu que a aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010 somente se dará a partir de 2012. Modificaram-se os

³⁰ Pesquisa realizada em 25 de abril de 2011.

³¹ BRASIL. Consultor Jurídico. Disponível em: <www.conjur.com.br/.../camara-deputados-aprova-projeto-lei-ficha-limpa-412votos>. Acesso em: 14 maio 2011.

³² BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <www.senadofederal.com.br/diarios_votacao/plenaria>. Acesso em: 12 mai. 2011.

eleitos, os vencedores e os perdedores da competição eleitoral. A repercussão inicial, já considerável, tomou força.

Tais circunstâncias compõem, de maneira exemplar, a moldura da judicialização da política no sistema de concorrência eleitoral brasileiro. O julgamento Ficha Limpa reuniu boa parte das características que conferem ao Judiciário, em relação às questões relativas à competição eleitoral, uma atuação que em grande parte desborda das questões técnico-jurídicas, e adentra nitidamente ao exame de questões políticas, como a mobilização da sociedade ao recolher assinaturas para a iniciativa da lei, ou a opinião pública em relação ao Judiciário.

A partir de meados da década de 1980, com a onda de redemocratização do Brasil e o advento da Constituição da República de 1988, os grandes temas relativos à competição eleitoral, submetidos ao Tribunal Superior Eleitoral e ao Supremo Tribunal Federal (como a repartição do fundo partidário; a composição quantitativa das câmaras de vereadores; a verticalização das coligações e a cláusula de desempenho partidário, para referir os mais relevantes) foram tratados de forma alinhada. Não houve divergências entre os Tribunais citados, os resultados dos julgamentos se corroboraram, embora tenha havido, em todos os casos, votos divergentes. O Tribunal Superior Eleitoral, geralmente o órgão que julgou os casos anteriormente, manifestou suas opiniões e o Supremo Tribunal Federal as chancelou. Um *status quo* de previsibilidade e constância nas decisões.

Todavia, isso não aconteceu com a Lei da Ficha Limpa, pois o TSE manifestou-se pela aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010 de forma imediata (ou seja, para as então vindouras eleições de 2010); o Supremo Tribunal Federal ao contrário, pela inaplicabilidade em 2010, remetendo a eficácia da lei para as eleições municipais de 2012.

Considerado, como antes exposto na presente dissertação, que o engrandecimento do Poder Judiciário via judicialização da política é uma realidade, o julgamento Ficha Limpa é exemplar para que se examine se a judicialização da política passou a gerar controvérsias em relação à reflexão, pelos magistrados, sobre o papel do próprio Judiciário na competição eleitoral.

A oposição entre os resultados de julgamentos do TSE e do STF sobre um objeto tão sensível ao quadro político poderia apenas demonstrar uma dissensão técnica, de interpretação constitucional ou legal. Todavia, pela posição central dos debates na sociedade e pelo caráter extrajurídico da discussão, repercutiu também

extra juridicamente dentro do Judiciário. Através das manifestações dos ministros componentes do TSE e do STF nos julgamentos, as duas mais importantes casas de julgamento no que se refere à competição eleitoral entraram em oposição, e em cada uma das cortes as votações finalizaram sempre com placar bastante apertado. O caso Ficha Limpa pode ter exposto alguma espécie de fissura na cúpula do Poder Judiciário - especificamente em relação ao papel do próprio Judiciário nas questões relativas à competição eleitoral. Tal fissura poderá ser identificada nas fundamentações dos posicionamentos tomados, nas sessões de julgamento, cujos trechos serão transcritos em capítulo futuro do presente trabalho.

Antes disso, será feita uma descrição do caminho da Lei da Ficha Limpa desde sua origem até virar objeto de debate em dois dos mais importantes tribunais brasileiros.

3.1 O MOVIMENTO NA SOCIEDADE E A INICIATIVA POPULAR

Ao contrário de outros momentos históricos (o sufrágio censitário³³ da Constituição Imperial de 1824 é um exemplo) o atual quadro normativo não é rigoroso quando se trata de estabelecer a capacidade eleitoral passiva. O direito de ser votado foi considerado fundamental pela Constituição de 1988 e, por isso, é oferecido amplamente, entre os artigos 14 a 18 do texto constitucional.

Todavia, como todo e qualquer direito, para o seu exercício são estabelecidos limites e pressupostos. No caso da elegibilidade, são exigidas algumas circunstâncias. Propomos um rol abreviado do que consta nas normas legais:

- a) de caráter pessoal (nacionalidade): se busca, nas situações típicas de cidadania, as premissas básicas de ocupação do cargo eletivo;
- b) de caráter espacial (possuir o domicílio eleitoral na circunscrição do cargo pretendido): pretende exigir um mínimo de comunhão de interesses entre o pretense representante e os representados. Por exemplo, um candidato a vereador deve ter domicílio na cidade para a qual pretende se candidatar, e um candidato a senador, no respectivo estado da Federação;
- c) de caráter temporal geral (filiação de, no mínimo, um ano no partido político): idealiza a identificação do candidato com a agremiação partidária

33 "Conforme o censo do ano de 1872, aproximadamente 13% (treze por cento) da população brasileira possuía aptidão política". BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <www.tse.gov.br>. Acesso em: 16 out. 2011.

na qual está filiado, bem como com os respectivos posicionamentos e planos de governo;

- d) de caráter temporal especial (por exemplo, a idade mínima de trinta e cinco anos para o cargo de Presidente da República): aqui se está a tratar de circunstâncias cargo a cargo, na tentativa de que os ocupantes de cargos eletivos possuam maturidade e experiência compatíveis com a posição a ser ocupada.

Sem adentrar no mérito de tais critérios, eles são o que a Constituição de 1988 denomina *condições de elegibilidade* (BRASIL, 1988):

[...] São condições de elegibilidade, na forma da lei:

I - a nacionalidade brasileira;

II - o pleno exercício dos direitos políticos;

III - o alistamento eleitoral;

IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;

V - a filiação partidária;

VI - a idade mínima de:

a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;

b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;

d) dezoito anos para Vereador.

§ 4º - São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos [...]

Duas dessas condições de elegibilidade podem ser consideradas de destaque no cenário de competição eleitoral, dadas as recentes repercussões nos resultados eleitorais: a alfabetização³⁴ e o *pleno exercício dos direitos políticos*. Esta última é intimamente relacionada aos movimentos que resultaram na Lei da Ficha Limpa, pois normativamente constam como motivos de retirada do pleno exercício dos direitos políticos (1) a sentença criminal condenatória transitada em julgado e (2) a improbidade administrativa. Trata-se de situações que razoável contingente de pretendentes a cargos eletivos estão envolvidos, conforme se descreverá adiante. A Constituição de 1988 trata o exercício dos direitos políticos como regra, trazendo expressamente as situações nas quais eles podem ser cassados (BRASIL, 1988):

³⁴ Vide, a título de exemplo, toda a polêmica que envolveu a posse de Francisco Everardo Oliveira Silva, o "Tiririca", como deputado federal pelo Partido da República (SP), em candidatura que recebeu um milhão, trezentos e quarenta e oito mil votos.

[...] É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - *condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;*

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - *improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.*

Portanto, a regra no Estado Democrático de Direito brasileiro é o pleno gozo dos direitos políticos (dentre eles o de ser votado). A situação excepcional (cassação desses direitos políticos) só ocorre quando a Constituição prevê expressamente. Em relação aos ocupantes de cargos eletivos, os casos mais comuns são a condenação criminal definitiva (em desfavor de determinado réu, quando não cabe mais qualquer recurso) e a improbidade administrativa (vale o mesmo: o agente público só será considerado ímprobo ao final do processo). Ou seja, o direito político de ser votado (condição de elegibilidade) só é retirado do réu ao final do processo.

O final do processo, contudo, geralmente demora a chegar.

Aspectos concernentes à estrutura do Judiciário brasileiro (e que mereceriam uma dissertação à parte) o tornam uma máquina lenta e carregada de processos, os quais levam com frequência mais de uma década até que recebam a decisão *definitiva*, oriunda (na maior parte dos casos) de um dos tribunais de cúpula do Judiciário: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho e Superior Tribunal Militar, todos sediados no Distrito Federal. Corriqueiramente, quando o litígio chega ao tribunal derradeiro, já sofreu efeitos do tempo que impedem que o réu seja punido (como, por exemplo, a *prescrição*).

Com tal panorama, os ocupantes de cargos públicos eletivos que se encontravam (e que ainda se encontram) condenados em diversas instâncias da justiça permanecem em condições de concorrer eleitoralmente, pois se esperam recursos (dos mais variados) serem analisados pelas altas cortes, em alguns casos fazendo uso de instrumentos meramente protelatórios para manter suas condições de elegibilidade. Há situações que beiram o pitoresco, como o de Paulo Maluf (PP-SP), que até o momento não foi condenado *definitivamente* pela justiça brasileira³⁵.

³⁵ NEWTON, Carlos. **Garante a impunidade dos corruptos e ainda exige aumento acima da inflação**. Disponível em: <<http://andradetalis.wordpress.com/2011/09/06/>>. Acesso em: 15 out. 2011.

Com essa percepção, e a partir da segunda metade da década de 1990, surgiram movimentos sociais dispostos a encampar mudanças na legislação, de forma a “antecipar” os efeitos de uma condenação criminal ou por improbidade administrativa no que diz respeito à possibilidade de competição eleitoral. Que não fosse necessário aguardar a decisão definitiva do processo daqueles réus que foram condenados. Que o réu condenado, mas que estava aguardando algum recurso ser julgado, não pudesse ser candidato.

Por exemplo, no ano de 1996, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB lançou a Campanha da Fraternidade com o tema “Fraternidade e Política”, na qual se levantaram questões relacionadas a condenações na justiça e exercício de cargos eletivos. Em fevereiro de 1997, a Comissão Brasileira “Justiça e Paz”, pertencente também à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB deu início a um projeto denominado “Combatendo a corrupção eleitoral”. No entanto, foram campanhas que não redundaram em qualquer modificação normativa.

Passou-se praticamente uma década, para que a partir de 2008 o Movimento de Combate à corrupção eleitoral – MCEE e a Articulação Brasileira contra a Corrupção e a Impunidade - ABRACCI conseguissem incluir a Ficha Limpa na agenda das modificações normativas de competição eleitoral brasileira. Com ampla atuação na internet, sobretudo nas redes sociais (*twitter*, *facebook* e *avaaz.org*, uma rede mundial de ativistas), a campanha Ficha Limpa ganhou site próprio (www.fichalimpa.org), na tentativa de cumprir os requisitos para o envio de projeto de lei de iniciativa popular, considerada pela Constituição brasileira um dos modos de exercício direto da soberania pelo povo (BRASIL, 1988):

[...] A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
I - plebiscito;
II - referendo;
III - *iniciativa popular* [...]

Com a missão³⁶ (autoconcedida) de “contribuir para a construção de uma cultura de não corrupção e impunidade no Brasil por meio do estímulo e da articulação de ações de instituições e iniciativas com vistas a uma sociedade justa, democrática e solidária”, a ABRACCI é uma rede composta por 78 (setenta e oito)

³⁶ BRASIL. Articulação Brasileira Contra a Corrupção e Impunidade. Disponível em: <www.abracci.org.br>. Acesso em: 04 out. 2011.

entidades. Por sua vez, o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE) se compõe de 46 (quarenta e seis) entidades e tem sede em Brasília, e refere acompanhar a atuação do Tribunal Superior Eleitoral, mantendo contato com “os responsáveis pela adoção de medidas que favoreçam a lisura do processo eleitoral em todo o Brasil”³⁷. Cabe referir que o MCCE é uma das entidades fundadoras da ABRACCI.

Para uma correta dimensão da tarefa que cabe à sociedade civil quando se trata de concretizar um projeto de lei via iniciativa popular, conforme o artigo 61 da Constituição de 1988 permite-se a apresentação de projeto de lei pelos seguintes agentes:

[...] A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos *cidadãos*, na forma e nos casos previstos nesta Constituição [...]

O caso específico de projeto de lei de iniciativa popular está regulamentado pela Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998. O artigo 13 dessa lei exige a adesão de 1% (um por cento), no mínimo, da população eleitoral nacional, mediante assinaturas distribuídas por pelo menos 05 (cinco) unidades federativas e, no mínimo 0,3% (zero vírgula três por cento) dos eleitores em cada uma dessas unidades, além de outras disposições (BRASIL, 1998):

[...] A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

§ 1º O projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto.

§ 2º O projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação. [...]

Conforme dados da Justiça Eleitoral, no mês de julho de 2010 o Brasil somava cerca de 135.800.000 (cento e trinta e cinco milhões e oitocentos mil) eleitores, de forma que o patamar mínimo de assinaturas para o trâmite de um

³⁷ BRASIL. Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral no Brasil. Disponível em: <www.mcce.org.br>. Acesso em: 02 out. 2011.

projeto de lei de iniciativa popular superava a soma de um 1.300.000 (um milhão e trezentos mil) eleitores, lembrando-se sempre a necessidade de espalhar esse contingente por, pelo menos, cinco estados da federação.

Com tais dificuldades no processo, desde a estreia do mecanismo de iniciativa popular apenas quatro projetos redundaram em lei (a primeira foi a Lei nº 8.930, de 06 de setembro de 1994, a qual classificou uma série de crimes como hediondos). Some-se ao cipoal do procedimento o fato de que em alguns casos os projetos de lei de iniciativa popular foram “adotados” por um parlamentar ou por uma comissão legislativa, e a partir daí a tramitação no Congresso Nacional é garantida; contudo, há o preço de que a iniciativa do projeto deixa de ser popular, e passa a ser do “adotante”. Inicialmente, não houve parlamentares ou comissões com a disposição de encampar o projeto da Ficha Limpa, o que não deixa de ser um fato interessante, tendo em vista a maciça adesão subsequente do Congresso Nacional – inclusive com projetos parecidos correndo em paralelo, em um momento que o movimento já havia tomado grande apelo popular.

Dessa forma, o projeto Ficha Limpa circulou por todo o país e logrou coletar o quantitativo necessário de assinaturas, as quais foram entregues ao Congresso Nacional do dia 29 de setembro de 2009. Conforme manifestação dos responsáveis pela entrega (MCCE e ABRACCI), a Ficha Limpa tratava-se de uma campanha da sociedade brasileira, com o objetivo de “melhorar o perfil dos candidatos e candidatas a cargos eletivos do país”. Os principais alvos da futura Lei da Ficha Limpa seriam a vida pregressa dos candidatos e o currículo judicial dos mesmos. Surgia um Projeto de Lei de Iniciativa Popular que buscava criar novos casos de inelegibilidades.

3.2 CONGRESSO NACIONAL E SANÇÃO PRESIDENCIAL

Portanto, na repercussão dos movimentos sociais está uma das razões para o surgimento da Lei Complementar nº 135, em 04 de junho de 2010. Como referido, o movimento redundou nas assinaturas necessárias para o projeto de lei, e tinha objetivos de forte caráter ético: impedir que condenados pela justiça, em determinadas circunstâncias, pudessem ser candidatos. A classe política, como de resto qualquer cidadão, não teria qualquer motivo para manifestar oposição a uma iniciativa nestes termos, ao menos em tese.

O projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados em 05 de maio de 2010, e pelo Senado em 19 de maio do mesmo ano (aprovação unânime). Todavia, foi um caminho permeado de discussões e debates, não apenas pelo conteúdo da proposta de lei, mas por correrem em paralelo outras propostas de iniciativa de parlamentares que, embora tratassem também de limitações à elegibilidade de condenados (Projetos de Lei de nºs 35/2003, 446/2009, 499/2009, 518/2009, 519/2009 e 544/2009) variavam em questões cruciais como, por exemplo, a instância definidora do impedimento de elegibilidade (se a primeira instância ou os tribunais intermediários) bem como as condutas que as impediriam.

E houve mudanças realizadas, no projeto original, pelo Congresso Nacional. A versão inicial do movimento popular indicava vedação do registro de candidaturas dos políticos condenados logo em primeira instância (ou seja, condenados pelo juiz singular, órgão de base da justiça brasileira). Logo que aportou na Câmara dos Deputados, houve a modificação redacional para considerar inelegíveis apenas os condenados por tribunais colegiados, o que acontece geralmente na segunda instância da estrutura judiciária. Além disso, o texto final previu um recurso não idealizado pela Iniciativa Popular - exatamente para os candidatos condenados em colegiados. Neste caso, se o tribunal “A” (eleitoral) permitir a candidatura do candidato, o tribunal “B” (cível ou penal, no qual corre o um processo por improbidade, por exemplo) deverá acelerar o julgamento, priorizando o andamento do processo.

No Senado houve mais modificações no projeto de lei, pois se passou a utilizar expressões verbais no futuro para as hipóteses de condenação. O tratamento aos destinatários “que *forem* condenados” ou “que *renunciarem*” criou dúvidas sobre a aplicação da lei no tempo, principalmente em relação àqueles já condenados. Originalmente, o projeto utilizava todos os verbos no tempo presente.

As principais modificações, portanto, foram:

Quadro 1 - Modificações ocorridas no projeto da Lei Complementar nº 135/2010

	Projeto Original	Câmara dos Deputados	Senado Federal
Condenação que gera a inelegibilidade	Decisões singulares	Decisões colegiadas	Decisões colegiadas
Prioridade de julgamento	Não	Sim	Sim
Verbos em tempo futuro	Não	Não	Sim

Fonte: elaborado pelo autor.

Após o trâmite no Poder Legislativo, o Ficha Limpa chegou ao Executivo. A sanção pelo Presidente Lula se deu nos dias seguintes, mais precisamente em 04 de junho de 2010. A chamada Lei da Ficha Limpa, desde então, passou a impedir que condenados por órgãos colegiados pudessem disputar cargos eletivos, em geral pelo prazo de 08 (oito) anos. Para os fins do presente trabalho, merecem destaque as treze situações que se seguem, todas constantes na lei, e que tornam inelegíveis:

- a) o Presidente da República, o governador de estado e do Distrito Federal, o prefeito, os membros do Congresso Nacional, das assembleias legislativas, da Câmara Legislativa, das câmaras municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a um dispositivo da Constituição Federal, de constituição estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou de lei orgânica de município;
- b) os governadores, prefeitos e respectivos vices, que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo de constituição estadual ou de lei orgânica;
- c) quaisquer cidadãos que tenham sido condenados pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político;
- d) quaisquer cidadãos condenados definitivamente ou com decisão proferida por órgão judicial colegiado pelos crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; contra o meio ambiente e a saúde pública; eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; de redução à condição análoga à de escravo; contra a vida e a dignidade sexual; e praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;
- e) os ocupantes de cargos ou funções públicas que tiverem suas contas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecurável do órgão competente;

- f) os detentores de cargo na administração pública que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado;
- g) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma;
- h) quaisquer cidadãos que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito;
- i) quaisquer cidadãos que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional;
- j) quaisquer cidadãos que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade;
- k) quaisquer cidadãos que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial;
- l) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral;
- m) os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que tenham perdido o cargo por sentença ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar.

A partir dessas previsões legais, o Poder Judiciário foi provocado a se manifestar, em diferentes oportunidades.

3.3 O CAMINHO NO PODER JUDICIÁRIO

3.3.1 Por uma dogmática da decisão judicial

Em relação aos posicionamentos tomados pelos ministros do TSE e do STF sobre a Lei Complementar nº 135-2010, como de resto a todas as decisões judiciais, algumas considerações iniciais fazem entender a dinâmica pela qual surge a decisão judicial. Conforme Ferraz Jr. (1994), as decisões judiciais podem ser programadas procedimentalmente de duas formas: ou (a) previamente os meios são fixados, deixando em aberto as possíveis consequências (programação condicional), ou (b) fixam-se as consequências a serem atingidas, deixando-se em aberto os meios a serem utilizados (programação finalística). O Autor ainda destaca a predominância da programação condicional nos modelos positivados e burocratizados de justiça, frisando, contudo, que considerações sobre o *telos* não podem ser desprezadas, principalmente quando se está a tratar de valores difusos (*bem comum* ou *interesse social*, por exemplo).

Acima de tudo, a decisão judicial é um exercício de argumentação. Esse argumentar tem natureza oposta ao relato ou à descrição, e pretende sempre a persuasão, o convencimento. Não apenas as partes (autor e réu) do processo judicial devem convencer o juiz; ao decidir, o juiz deve também convencer as partes (pois do contrário elas entrarão com recursos, por exemplo) lançando mão dos argumentos que entender cabíveis para justificar a maneira pela qual está decidindo. A regra suprema do discurso decisório jurídico é a do dever de provação e comprovação: quem fala e afirma responde pelo que diz (FERRAZ JR, 1994). Da argumentação para a obtenção das decisões cuida a teoria da argumentação jurídica.

Somente bem fundamentada, portanto, a decisão judicial alcançará sua principal função, a de estabilizar as relações (sejam elas sociais, políticas, familiares). Todavia, para que efetivamente estabilize as situações a ela submetidas, é necessário que a decisão seja tomada com base em critérios apresentados claramente. Não apenas se trata de uma responsabilidade do agente decisório, o Poder Judiciário, mas também de uma obrigação disposta na Constituição:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.³⁸

Elaborada a decisão como ato que se projeta para o mundo real e se torna apto a gerar efeitos, ela só atingirá seu objetivo quando inteligível, de forma que seus destinatários tenham condições de compreendê-la, pressuposto para que possam cumpri-la. Nesse ato de comunicação tem-se idealmente um discurso racional, cujas conclusões são também resultados de raciocínios lógicos, baseados em premissas devidamente explicitadas, mas que não se resumem a isso. Não se trata apenas de demonstrar, pois uma “teoria da demonstração” poderia se fundar unicamente na noção de evidência, e o evidente não precisa ser provado. Tais noções vêm desde a cultura jurídica romana, pois *in claris cessat interpretativo*³⁹.

A decisão judicial não pode necessitar ser interpretada. A decisão judicial deve ser provada e, além de provada, comprovada, necessitando de técnica específica que provoque a adesão à tese defendida. A manifestação do juiz reservada a dar credibilidade à decisão não pode estar descolada da parte que efetivamente decide. Daí a importância da semântica no pronunciamento, da atenção ao uso adequado da linguagem e do significado dos termos utilizados. As proposições que compõem o texto devem ser úteis, pertinentes e claras. Segue-se então a construção de um sistema típico de raciocínio, o jurídico decisório. Não obstante a clareza deva ser uma qualidade indispensável a qualquer produção revestida da forma escrita, de forma que a expressão das noções e dos posicionamentos seja compreendida por quem os lê, a decisão judicial tem essa característica reforçada, exatamente pelos efeitos concretos que produz.

O procedimento argumentativo decisório começa internamente no próprio julgador quando ele admite haver uma *questão*, algo que tem necessidade de resolução. Ou seja, devem haver soluções incompatíveis entre si na situação posta, as quais aguardam a decisão por uma delas – e essa alternatividade condiciona a argumentação. Com a verificação, pelo juiz, da existência da questão e também da

³⁸ Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

³⁹ Na clareza, cessa-se a interpretação.

juridicidade dessa questão, o objeto é transferido para sua análise. É o momento de realizar o encontro entre o fato e a norma, de aplicar a legislação pertinente. Junto a estes questionamentos de argumentação estão ligados os questionamentos relativos às normas. Tomadas as próprias normas como elementos da questão, criam-se três níveis, conforme Ferraz Jr. (1994): análise, crítica e metacrítica.

No nível meramente analítico, a norma é encarada como uma prescrição, uma previsão em abstrato. É uma comunicação, um discurso que como tal envolve o emissor e os destinatários. A norma é presumida como um roteiro, e se considera que ela tem uma intenção naturalmente dada pelo legislador – e daí podem se formar conjecturas da intenção do legislador ao criar a lei, com os problemas em determinar aspectos sociológicos, históricos, econômicos, psicológicos, etc. Na fase de crítica há uma articulação, um exame estrutural que destrincha as finalidades da norma, seus efeitos e objetivos, momento no qual geralmente as partes apresentam argumentos, interpretações, considerações. É uma fase qualitativa, na medida em que é posta a norma em confronto com outras normas, hierarquizando-as e verificando as respectivas validades. No terceiro nível, da metacrítica, são colocados à prova os fundamentos da norma, e aí a justificação da decisão se impõe, em um plano que funde o axiológico e a situação posta. Essa a tarefa do julgador e, em linhas gerais, as etapas de argumentação da decisão, que acabam por lhe conferir singularidade.

A característica de ser carregada de valores deixa a decisão judicial sobre uma tênue linha, a qual separa a argumentação jurídica das posições pessoais do julgador. Exatamente por não ser descritiva, mas persuasiva e motivadora de condutas, a intersecção entre vontade do legislador e vontade do julgador é bastante frequente. Daí o uso de metáforas, analogias, perífrases, preterições e toda a sorte de mecanismos de convencimento. Conforme Ferraz Jr. (1994, p. 317):

A utilização de tais recursos nos faz ver que a dogmática da decisão se preocupa não propriamente com a verdade, mas com a verossimilhança. Não exclui a verdade de suas preocupações, mas ressalta como fundamento a versão da verdade. Ou seja, uma decisão não pode negar a verdade factual, aquilo que é reconhecido e aceito como um evento real [...] mas da verdade factual nem sempre segue a verossimilhança.

3.3.2 O caminho na Justiça Eleitoral

Com a promulgação da Lei Complementar nº 135/2010, todos os olhares se voltaram ao comportamento do Poder Judiciário e, em um primeiro momento, mais precisamente aos órgãos da Justiça Eleitoral. Isso porque coube a esta Justiça especializada a análise dos registros de candidatura, ocorrentes a partir do início do segundo semestre de 2010 e relativos às eleições desse mesmo ano. O registro de candidaturas é o momento de análise das condições de elegibilidade dos candidatos, em documentação apresentada para esse fim específico.

Vale ressaltar o caráter híbrido de formação do Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, que recebe magistrados oriundos de outros órgãos jurisdicionais (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), além de cidadãos escolhidos pelo Presidente da República. Nos termos do artigo 119 da Constituição, as linhas gerais de composição são:

- a) Total de 7 (sete) ministros;
- b) 3 (três) ministros são eleitos internamente, por voto secreto, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal (STF);
- c) 2 (dois) ministros são eleitos internamente, por voto secreto, dentre os membros do Superior Tribunal de Justiça (STJ);
- d) 2 (dois) ministros são nomeados pelo presidente da República, escolhidos entre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo STF;
- e) O TSE elege seu presidente e vice-presidente entre os ministros do STF, e o corregedor eleitoral, entre os ministros do STJ;
- f) Para cada ministro efetivo é eleito um ministro substituto, escolhido pelo mesmo processo do titular;
- g) Cada ministro é eleito para um biênio, sendo proibida a recondução após dois biênios consecutivos;
- h) Também atua perante a Corte o Procurador-Geral Eleitoral, membro do Ministério Público Federal, na condição de fiscal da lei. Suas manifestações são pareceres não vinculativos, expostos previamente à decisão dos magistrados.

Ainda, conforme a própria Justiça Eleitoral, a rotatividade dos juízes visa a “manter o caráter apolítico dos tribunais eleitorais, de modo a garantir a isonomia

nos processos eleitorais”⁴⁰. Todavia, chama atenção a predominância quantitativa (ocupantes de três das sete cadeiras) e qualitativa (ocupam a presidência e a vice-presidência) dos ministros do Supremo Tribunal Federal, o que já foi indicado em estudos, como o de Marchetti (2008) como um fator do alinhamento decisório entre os dois tribunais.

Outro aspecto especial diz respeito à possibilidade do Tribunal Superior Eleitoral se manifestar em tese, mediante o instituto denominado “consulta”. Embora a maioria dos processos que chega ao TSE diga respeito ao contencioso eleitoral (ou seja, litígios entre participantes do processo eleitoral), a consulta é o meio pelo qual o órgão de cúpula da Justiça Eleitoral firma posição sem que um caso concreto tenha ocorrido. De caráter instrutivo e preventivo, o objetivo maior é sanar qualquer dúvida entre os competidores políticos e também as instituições envolvidas.

Considerado um método administrativo de organização das eleições (e não judicial, portanto), a consulta requer apenas uma dúvida relativa ao ordenamento normativo eleitoral, e deve ser provocada por órgão de partido político de caráter nacional ou, ainda, por agente público com representatividade nacional. Geralmente, o principal efeito das respostas do TSE às consultas é o de nortear os competidores eleitorais e os níveis básico (os juízes eleitorais) e intermediário (tribunais regionais eleitorais) da Justiça Eleitoral, quando surgirem casos concretos. De ressaltar, contudo, que não se trata de manifestação vinculatória, limitando-se a mera orientação do órgão de cúpula. O próprio Tribunal Superior Eleitoral, inclusive, não se faz refém de posicionamento tomado em sede de consulta: pode ele, em circunstância posterior, decidir de forma diferente.

Juridicamente, portanto, os efeitos de uma resposta do TSE a uma consulta realizada por um partido político, por exemplo, não é assombroso. Ninguém, nem mesmo o órgão que respondeu à consulta, está vinculado. Todavia, as respostas a consultas têm ocupado posição central no cenário de competição eleitoral brasileira, pois através dele o Tribunal Superior Eleitoral tem realizado interpretações da própria Constituição (MARCHETTI, 2008).

Não foi diferente com a Lei da Ficha Limpa. Antes mesmo que se iniciassem os procedimentos de registros de candidatos, surgiram perante o TSE consultas sobre a aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa para as Eleições de 2010. A consulta de nº 112.026, oriunda do Distrito Federal, é emblemática e será objeto de

⁴⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <www.tse.gov.br>. Acesso em: 14 jul. 2011.

observação mais detalhada em trecho futuro do presente trabalho, mas pode-se adiantar que o Tribunal Superior Eleitoral manifestou-se pela imediata aplicação da norma.

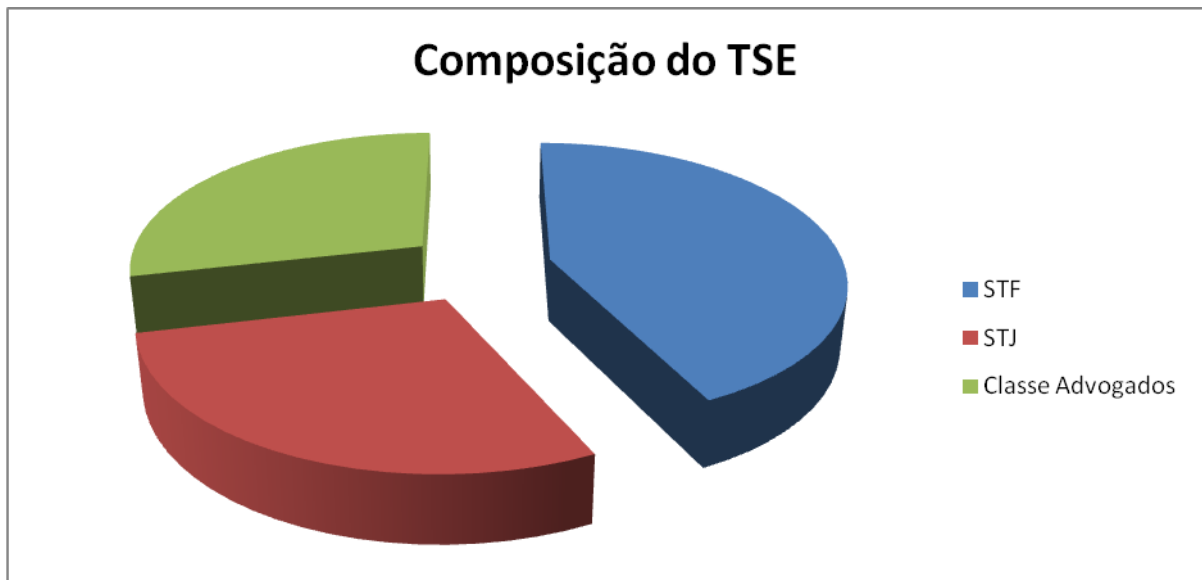
A formação do Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento da consulta nº 112.026, foi a seguinte (por ordem alfabética):

- a) Ministro ALDIR Guimarães PASSARINHO Júnior: ocupante de assento pertencente ao Superior Tribunal de Justiça, com biênio previsto entre 13 de abril de 2010 até 13 de maio de 2012. Todavia se aposentou, e cedeu a cadeira à Ministra Fátima Nancy Andrichi a partir de 26 de abril de 2011;
- b) Ministro ARNALDO VERSIANI Leite Soares: nomeado pelo Presidente Lula como ministro na classe dos advogados, foi empossado ministro titular em 11 de novembro de 2008 e reconduzido para o segundo biênio até novembro de 2012;
- c) Ministra CÁRMEN LÚCIA Antunes Rocha: ocupante de assento pertencente ao Supremo Tribunal Federal foi reconduzida para seu segundo biênio como ministra do TSE entre 20 de novembro de 2011 e 20 de novembro de 2013. O primeiro biênio se deu entre 20 de novembro de 2009 e 20 de novembro de 2011;
- d) Ministro Enrique RICARDO LEWANDOWSKI: ocupante de cadeira pertencente ao Supremo Tribunal Federal desempenha seu segundo biênio entre 08 de maio de 2011 até 08 de maio de 2013, mediante recondução. O primeiro biênio se deu entre 08 de maio de 2009 a 08 de maio de 2011;
- e) Ministro HAMILTON CARVALHIDO: ocupante de assento pertencente ao Superior Tribunal de Justiça, com biênio previsto entre 20 de abril de 2010 até 20 de abril de 2012. Aposentou-se, e cedeu a cadeira ao Ministro Gilson Langaro Dipp a partir de 10 de maio de 2011;
- f) Ministro MARCELO RIBEIRO: nomeado pelo Presidente Lula como ministro na classe dos advogados, foi empossado ministro titular em 30 de abril de 2008 e reconduzido para o segundo biênio até 30 de abril de 2012;
- g) Ministro MARCO AURÉLIO Mendes de Farias Mello: encontra-se em seu atual primeiro biênio no TSE, de 13 de maio de 2010 a 13 de maio de 2012. Contudo, esta não é sua primeira passagem pelo órgão de cúpula da Justiça Eleitoral, e sim a terceira, uma vez que se trata de um dos

decanos do Supremo Tribunal Federal. Ao todo, já compôs o TSE por quase uma década, ou cinco biênios.

Pelo gráfico abaixo, a predominância do Supremo Tribunal Federal na composição do Tribunal Superior Eleitoral.

Gráfico 1 - Composição do Plenário do Tribunal Superior Eleitoral



Fonte: Constituição da República Federativa do Brasil.

Devido a fatores como um calendário eleitoral enxuto (alguns prazos eleitorais são determinados em horas, e não em dias) as manifestações das instâncias básica e intermediária da Justiça Eleitoral, sobretudo dos tribunais regionais, foram fortemente influenciadas pela posição tomada pelo TSE nas consultas (embora tenha havido divergências entre os ministros citados, a serem analisadas adiante, a maioria optou pela aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010 no ano de 2010), com o ingrediente de que passaram a aplicá-las nos casos concretos.

O cenário da competição eleitoral foi modificado imediatamente. Em poucos dias surgiram por todo o país decisões que indeferiram os pedidos de registro com base nas determinações da Lei Complementar nº 135/2010, quando verificadas uma (ou mais) das treze situações já referidas.

Com o encerramento dos julgamentos de candidaturas por parte das cortes eleitorais regionais, o número de registros indeferidos com fundamento na Lei de Ficha Limpa chegou a 242 (duzentos e quarenta e dois), distribuídos por 23 (vinte e três) estados e pelo Distrito Federal. Breve detalhamento demonstrará os efeitos da

aplicação imediata da Lei Complementar nº 135/2010 em toda a Federação brasileira.

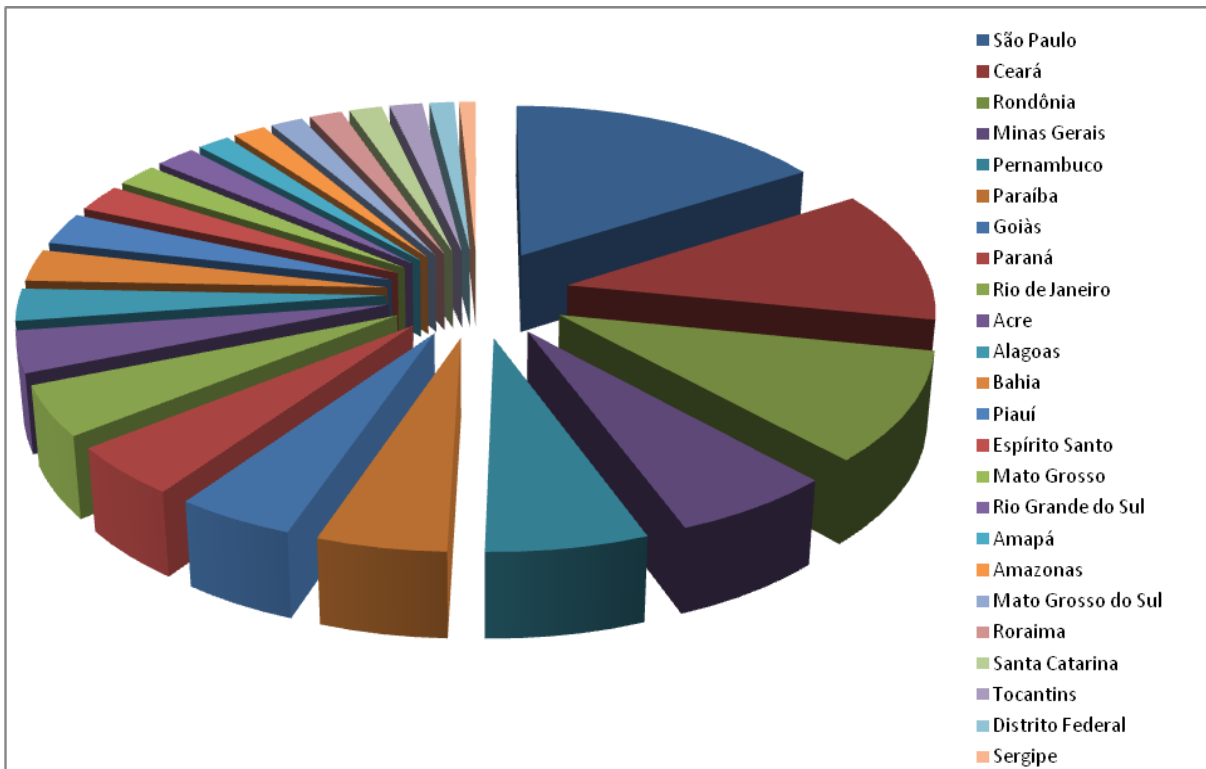
O maior colégio eleitoral do Brasil foi também o estado da federação com o maior número de candidatos barrados pelas novas regras de inelegibilidade. São Paulo teve 39 (trinta e nove) registros negados pelo Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, e dentre eles o caso mais emblemático foi o do deputado federal Paulo Maluf (PP), que acabou enquadrado devido a uma condenação, em tribunal intermediário, por improbidade administrativa. Depois de São Paulo, o Ceará, com 29 (vinte e nove) indeferimentos, e em terceiro Rondônia, com 24 (vinte e quatro), incluído aí o candidato a governador Expedito Júnior (PSDB) condenado em 2009 por irregularidades na campanha de 2006 ao Senado Federal. O Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais barrou 15 (quinze) candidaturas em razão da Lei da Ficha Limpa, número idêntico a Pernambuco, que impediu a candidatura do então deputado federal Charles Lucena (PTB). Na sequência:

- a) Paraíba: 12 (doze);
- b) Goiás, Paraná e Rio de Janeiro: 11 (onze);
- c) Acre: 9 (nove);
- d) Alagoas, Bahia, e Piauí: 7 (sete);
- e) Espírito Santo: 6 (seis);
- f) Mato Grosso e Rio Grande do Sul: 5 (cinco);
- g) Amapá, Amazonas, Mato Grosso do Sul, Roraima, Santa Catarina e Tocantins: 4 (quatro);
- h) Distrito Federal: 3 (três);
- i) Sergipe: 2 (dois).

Em que pese o baixo número de indeferimentos em virtude da Lei de Ficha Limpa, o Distrito Federal atraiu atenção devido à situação do Governador Joaquim Roriz (PSC), que tentava o quinto mandato e teve o registro indeferido.

A distribuição de inelegibilidades por unidade federativa pode ser melhor visualizada no gráfico abaixo. Em sentido horário:

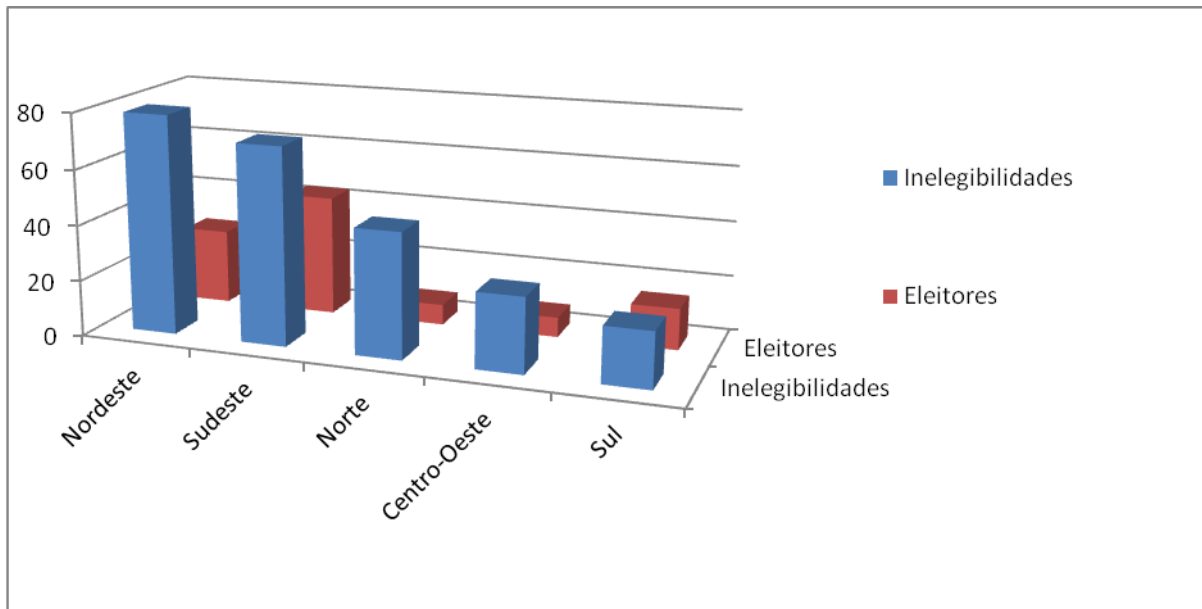
Gráfico 2 - Distribuição de inelegibilidades por unidade federativa



Fonte: elaborado pelo autor.

Comparativamente ao tamanho do colégio eleitoral brasileiro em dezembro de 2010, chama a atenção o número de inelegibilidades dos estados do Ceará (5.881.582 eleitores, 4,33% do total, oitavo maior colégio eleitoral estadual), Rondônia (1.079.327 eleitores, 0,79% do total, vigésimo terceiro colocado), Paraíba (2.740.079 eleitores, 2,01% do total, décimo terceiro maior colégio eleitoral) e Acre (470.975 eleitores, apenas 0,34% do total nacional e vigésimo quinto colocado).

Quando a análise se volta para o quantitativo de inelegibilidades declaradas por TRE's por região do país, o quadro se modifica e coloca o Nordeste no primeiro posto (79 inelegibilidades), seguido do Sudeste (71) e pelo Norte (45). Finalmente, o Centro-Oeste somou 27 inelegibilidades devido a Ficha Limpa, e o Sul 20 casos. O gráfico abaixo relaciona o número de inelegibilidades (total de duzentas e quarenta e duas) da Lei Complementar nº 135/2010 em relação ao percentual de eleitores alistados em cada uma das regiões (total de cem por cento).

Gráfico 3 - Distribuição de inelegibilidades *versus* número de eleitores, por região do país

Fonte: elaborado pelo autor.

Independentemente da análise de circunstâncias que certamente deixariam mais claros os dados expostos (por exemplo, investigar se maiores números de inelegibilidade em determinada região decorrem da maior ocorrência de casos de improbidade administrativa ou do maior rigor da máquina judiciária em combatê-los), interessa ao presente estudo retratar que no momento dos julgamentos regionais havia grande protagonismo da Justiça Eleitoral, que ele (protagonismo) se encontrava razoavelmente espalhado por todo o país, e que tal posição central modificava diretamente o tabuleiro político – com reflexos na competição eleitoral que se avizinhava.

Da existência de cunho coadjuvante nos anos de Governo Militar, o funcionamento da Justiça Eleitoral ganhou novo fôlego a partir da década de 1980, e a manutenção do modelo, conforme Sadek (1995) foi fundamental no processo de transição para a democracia.

Além disso, as leis que regem o direito eleitoral, em conjunto com as resoluções do próprio Tribunal Superior Eleitoral, conferem poderes típicos do Poder Executivo e do Poder Legislativo ao TSE, de maneira que ele integra o Judiciário, mas ao mesmo tempo exerce funções de administração e legislação absolutamente exorbitantes à atividade jurisdicional. Faz vezes do que se poderia denominar agência reguladora eleitoral, ao mesmo tempo em que legisla sobre o tema e julga

com base em regulamentações que ele mesmo criou. Neste panorama, o resultado não poderia ser muito diferente do que um bloco de decisões no mesmo sentido.

De qualquer maneira, esse quadro maciço de indeferimentos nos Tribunais Regionais Eleitorais (TRE's) ainda poderia ser modificado pelas decisões dos recursos apresentados perante o Tribunal Superior Eleitoral, mas já havia sido o suficiente para reverberar a dimensão da Lei da Ficha Limpa, ao menos regionalmente. Partidos e candidatos, irresignados, recorreram de tais decisões ao Tribunal Superior Eleitoral (para que tivessem seus registros deferidos), o que também não modificou substancialmente o panorama, pois houve a confirmação (desta feita como instância máxima do contencioso eleitoral) daquilo que já havia se manifestado enquanto órgão de administração do processo eleitoral: a Lei Complementar nº 135/2010 valeria já nas eleições de 2010.

Em paralelo, na mesma época ocorreram dois episódios envolvendo o debate sobre as atribuições da Justiça Eleitoral brasileira, os quais merecem destaque. Ambos surgiram no auge da discussão sobre a Lei da Ficha Limpa.

O primeiro é a divulgação de estudo, oriundo da Consultoria Legislativa do Senado Federal, e denominado "Funcionamento da Justiça Eleitoral em alguns Países". Veiculado na mídia e disponível na *internet*⁴¹, a pesquisa procurou mostrar que o modelo mais comum de administração das eleições consiste em deixá-la ou a cargo do Poder Executivo, seja ele nacional (como ocorre em países como a Argentina e a Finlândia) ou local (Alemanha e França, por exemplo) ou, ainda, em estabelecer entidades autônomas, não pertencentes a quaisquer dos Poderes da República (Chile e Uruguai).

O segundo é o movimento de proposta de extinção da Justiça Eleitoral realizada por parlamentares, do qual um dos maiores expoentes foi o líder do PTB na Câmara dos Deputados, Jovair Arantes (GO). Em entrevistas a órgãos de imprensa (como o jornal Valor Econômico de 10 de fevereiro de 2011) e se referindo à Justiça Eleitoral, o congressista defendeu que "a reforma política deve abranger tudo. Vamos botar o dedo na ferida. Temos democracia forte. Não precisamos de uma guardiã". Além, teceu críticas à judicialização da política, que entendeu ser uma espécie de "terceiro turno" pela qual os candidatos teriam que passar para tomar posse. Posicionou-se pela adoção do sistema norte-americano de competição eleitoral, no qual há ampla atuação dos partidos.

⁴¹ BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 12 jan. 2011.

Todavia, diante da iminência das eleições e após as manifestações do Tribunal Superior Eleitoral feitas sobre as situações contenciosas, qualquer reforma política teria que ser deixada para depois, e restava somente um destino aos interessados: o Supremo Tribunal Federal.

3.3.3 O caminho no Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de topo do Poder Judiciário brasileiro. Trata-se de uma corte com funções raras, misto de corte suprema (Estados Unidos, Inglaterra) e de tribunal constitucional (Alemanha, Espanha), de forma que acumula a função de proferir a última dicção jurídica em processos entre particulares com a de guardar a constituição de quaisquer ataques, inclusive institucionais. Foi criado pela Constituição de Imperial de 1824, denominado Supremo Tribunal de Justiça, com origem direta na Casa de Suplicação portuguesa, a qual aportou no Brasil juntamente com a Corte de D. João VI em 1808. Tem em sua história uma série de eventos de alto teor político, como em 1969, quando o Regime Militar, via AI-5, aposentou compulsoriamente e sem previsão em lei os ministros Evandro Lins e Silva, Hermes Lima e Victor Nunes Leal.

Dessa sobreposição de competências resultou a corrida praticada às portas do STF pelos condenados com base em dispositivos da Lei Complementar nº 135/2010. Com argumentos de que a ordem constitucional estava sendo desrespeitada, levaram a questão da aplicabilidade da referida lei para novo julgamento, em tribunal não pertencente à estrutura da Justiça Eleitoral. O panorama de início não era favorável aos réus, pois eles encontrariam no STF três ministros que já haviam participado dos julgamentos da Ficha Limpa no Tribunal Superior Eleitoral (Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, Ministro Enrique Ricardo Lewandowski e Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello). Destes, somente o Ministro Marco Aurélio havia se manifestado contrariamente à aplicação da LC nº 135 no ano de 2010. O placar, portanto, em tese começaria dois a um contra os candidatos “ficha suja”.

Além disso, a composição do STF, quando do início dos julgamentos, não estava completa. O Ministro Eros Roberto Grau se aposentara e o Presidente Luís Inácio Lula da Silva não nomeou substituto imediatamente. Com uma composição de 10 (dez) ministros surgia a possibilidade de um empate, o que não ocorre na

formação ideal, completa, de 11 (onze) ministros. Os julgamentos se iniciaram com a seguinte nominata:

- a) Antonio CEZAR PELUZO;
- b) Carlos Augusto AYRES de Freitas BRITTO;
- c) CÁRMEN LÚCIA Antunes Rocha;
- d) ELLEN GRACIE Northfleet;
- e) Enrique RICARDO LEWANDOWSKI;
- f) GILMAR Ferreira MENDES;
- g) JOAQUIM BARBOSA;
- h) José Antônio DIAS TOFFOLI;
- i) José CELSO DE MELLO Filho;
- j) MARCO AURÉLIO Mendes de Farias Mello.

Para os fins do presente trabalho, os julgamentos mais relevantes sobre a aplicabilidade da Ficha Limpa, no Supremo Tribunal Federal, foram três, e sempre correram na via do Recurso Extraordinário (uma espécie de recurso, assim como uma apelação ou um agravo), a qual colocou a questão sob o exame do mais alto tribunal do Brasil:

Quadro 2 - Julgamentos relevantes sobre a aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010, no Supremo Tribunal Federal

Recurso Extraordinário	Julgado em	Recorrente
Nº 630.147-DF	29 de setembro de 2010	Joaquim Roriz
Nº 631.102-PA	27 de outubro de 2010	Jader Barbalho
Nº 633.703-MG	23 de março de 2011	Leonídio Bouças

Fonte: elaborado pelo autor.

Nos dois primeiros julgamentos citados, a situação permaneceu como o Tribunal Superior Eleitoral havia determinado. Em relação ao candidato Joaquim Roriz, a ação judicial restou extinta por ter perdido seu objeto, tendo em vista sua desistência em se candidatar. No caso de Jader Barbalho, em virtude do empate em cinco a cinco (pois contra a aplicação da lei em 2010 manifestaram-se os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, e a favor os ministros Ayres Britto, Cármen Lúcia, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski) o Supremo Tribunal Federal decidiu que a decisão do TSE deveria ser mantida.

Todavia o empate, se não resolveu juridicamente a questão, deu mais relevo aos argumentos extrajurídicos encampados pelos ministros, como se analisará no terceiro capítulo da presente dissertação. Além, ficou claro que somente com a posse do décimo primeiro ministro é que seria possível a solução do impasse, e tal nomeação só se daria após as eleições, já no ano de 2011, pela indicação do Ministro Luiz Fux (pela Presidente Dilma Roussef).

O novo ministro Luiz Fux se manifestou no sentido de que a Lei Complementar nº 135/2010 não poderia entrar em vigência no mesmo ano em que foi criada e, em 23 de março de 2011, o STF derrubou a validade da Ficha Limpa para as eleições de 2010. Os candidatos a cargos eletivos nela enquadrados, e que antes tiveram registros invalidados, voltavam à competição eleitoral quase seis meses após a eleição; o julgamento dizia respeito a um caso específico, o do candidato a deputado estadual em Minas Gerais pelo PMDB, Leonídio Bouças, o qual teve o registro negado devido a uma condenação por improbidade administrativa, em 2005, pelo Tribunal de Justiça de Minas.

Contudo, e embora a considerável repercussão ocorrida, a maior reviravolta não se deu nas eleições majoritárias, mas nas proporcionais. Para ter condições de determinar os deputados que deveriam deixar a Câmara e as assembleias estaduais, a Justiça Eleitoral necessitou recalcular os respectivos quocientes eleitorais. Só depois disso seria possível vislumbrar as repercussões nas casas parlamentares. O Tribunal Superior Eleitoral, na época, manifestou-se no sentido de que não tinha como dispor, de forma imediata, da relação de candidatos que assumiriam, e quais teriam o mandato interrompido.

Seguindo a proposta do relator do caso Leonídio Bouças, ministro Gilmar Mendes, os demais julgadores aprovaram a utilização do mecanismo denominado “repercussão geral”, a qual teve o efeito de aplicabilidade, nos demais casos análogos e pendentes, do decidido no julgamento do RE nº 633.703-MG. Os ministros do STF (inclusive aqueles que tiveram sua posição vencida no referido julgamento) passaram a decidir individualmente, seguindo o entendimento do Plenário, pois 30 (trinta) recursos extraordinários sobre a Ficha Limpa ainda aguardavam decisão no Supremo Tribunal Federal, com protagonismo dos estados do Amapá (06 recursos) Ceará (03), Pará (03) e Rondônia (03).

Embora não tivesse sido extinta, a Lei da Ficha Limpa havia perdido força, pois somente seria aplicada a partir das eleições municipais de 2012. Os candidatos

barrados e vencedores nas urnas passavam a ter direito a posse, como os candidatos a senador Cássio Cunha Lima (PSDB-PB) e João Capiberibe (PSB-AP).

Recursos Extraordinários pendentes, em 23 de março de 2011, dia da votação decisiva da Ficha Limpa:

1 - CÂMARA FEDERAL

Celso Alencar Ramos Jacob (PMDB-RJ)

Fábio Tokarski (PC do B-GO)

Janete Maria Goés Capiberibe (PSB-AP)

João Alberto Pizzolatti Júnior (PP-SC)

Jocélio de Araújo Viana (PHS-CE)

José Gerardo Oliveira de Arruda Filho (PMDB-CE)

Natan Donadon (PMDB-RO)

Ricardo Souza Oliveira (PMN-AP)

William Tadeu Rodrigues Dias (PTB-MT)

2 - SENADO FEDERAL

Cássio Cunha Lima (PSDB-PB)

João Alberto Rodrigues Capiberibe (PSB-AP)

Marcelo de Carvalho Miranda (PMDB-TO)

Maria de Lourdes Abadia (PSDB-DF)

Paulo Roberto Galvão da Rocha (PT-PA)

3 - ASSEMBLEIAS ESTADUAIS

Antonio Casemiro Belinati (PP-PR)

Francisco das Chagas Rodrigues Alves (PSB-CE)

Francisco Flamarion Portela (PTC-RR)

Francisco Vagner de Santana Amorim (PP-AC)

João Ricardo Gerolomo de Mendonça (PTB-RO)

Jorge Elson Silva de Souza (PCB-AP)

José Luiz Nogueira de Sousa (PT-AP)

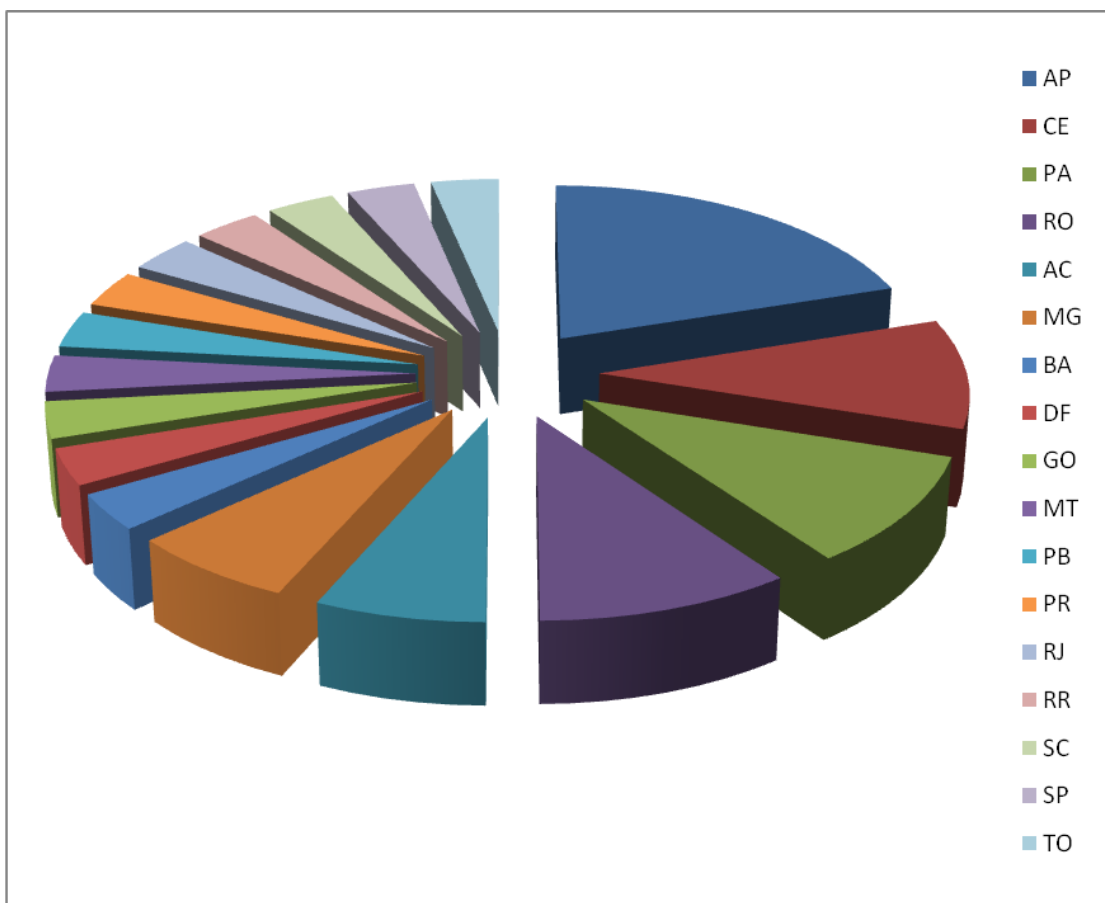
Leonídio Henrique Correa Bouças (PMDB-MG)

Marcos Antonio Ribeiro dos Santos (PRP-BA)

Mário Osvaldo Correa (PR-PA)

Oivaldo Serique Gato (PTB-AP)
 Roberto Barros Júnior (PSDB-AC)
 Pedro Ivo Ferreira Caminhas (PP-MG)
 Raimundo Pinheiro dos Santos (PDT-PA)
 Sueli Alves Aragão (PMDB-RO)
 Uebe Rezeck (PMDB-SP)

Gráfico 4 - Recursos Extraordinários contra a aplicação da Lei Complementar nº 135/2010, por unidade da federação

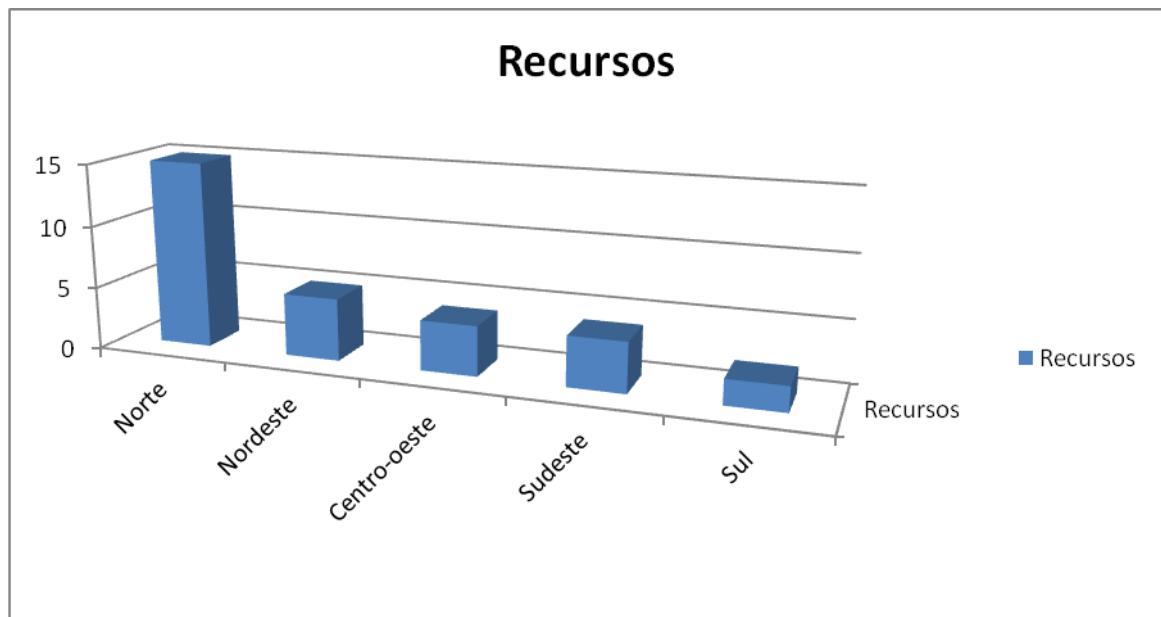


Fonte: elaborado pelo autor.

Chama a atenção a grande participação perante o STF do estado do Amapá, superior à participação de recursos junto ao Tribunal Superior Eleitoral, o que indica objetivamente um maior interesse dos candidatos barrados desse estado em bater às portas do Supremo Tribunal Federal diretamente.

Quando a observação se volta aos recursos extraordinários por região do país, tem-se o seguinte quadro:

Gráfico 5 - Recursos Extraordinários contra a aplicação da Lei Complementar nº 135/2010, por região do país



Fonte: elaborado pelo autor.

A polêmica sobre a Ficha Limpa foi fomentada inclusive pelos integrantes do Poder Judiciário. O Ministro Gilmar Mendes, relator⁴² do caso de Leonídio Bouças, criticou o Congresso Nacional, naquilo que classificou de “confusão” criada pela Lei da Ficha Limpa às vésperas de um pleito nacional. Conforme ele⁴³, os deputados federais e senadores haviam criado a lei somente para não serem constrangidos perante a opinião pública e os eleitores, e acabaram criando um clima de insegurança jurídica na sociedade e uma expectativa entre os candidatos empossados, que acabou não se confirmando:

[...] o Tribunal mostrou que não vai chancelar aventuras. Haveria um estímulo para buscar novas reformas às vésperas das eleições e porque isso impõe ao próprio Congresso um certo constrangimento. Quem quer dizer que é contra determinado tipo de proposta? O Congresso aprovou por unanimidade. Não significa que o Congresso bateu palmas, mas, às vezes, recebeu de forma acrítica.

⁴² Em julgamentos colegiados, o relator é o primeiro a expor suas considerações e efetivamente julgar o caso. A partir disso, transforma-se em referência, sendo apoiado ou contrastado. O voto do relator é, portanto, uma espécie de *standard*, a partir do qual os demais julgadores expõem suas posições.

⁴³ "Em entrevista concedida durante a entrega do prêmio Innovare". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 28 mar. 2011.

Na mesma ocasião o Ministro Ayres Britto, defensor da aplicação imediata da lei, afirmou que a decisão teria sido um “acidente de percurso”, motivo pelo qual restaria o “consolo para a sociedade que, a partir de 2012, todo o conteúdo da lei terá incidência sem maiores questionamentos”.

Para que se tenha a exata noção da profundidade da divergência extrajurídica ocorrida na cúpula do Judiciário durante o julgamento da Lei Complementar nº 135/2010, fundamental que se examine atentamente os argumentos de cada um dos ministros envolvidos nas decisões sobre a aplicabilidade da referida Lei.

E de tal tarefa tratará o capítulo que segue.

4 A ANATOMIA DOS JULGAMENTOS

Voltemos, uma vez mais, ao processo contra Jesus. A multidão gritava Crucifica! Era exatamente o contrário do que se pressupõe na democracia. Tinha pressa, estava atomizada, mas era totalitária, não havia instituições nem procedimentos. Não era estável, era emotiva e, portanto, extremista e manipulável. Uma multidão terrivelmente parecida ao povo, esse povo que a democracia poderia confiar sua sorte no futuro próximo. Essa turba condenava democraticamente Jesus (ZAGREBELSKI, 1996, p. 115).

No presente capítulo serão feitas as análises de dois julgamentos que envolveram a Lei Complementar nº 135/2010, um deles ocorrente no Tribunal Superior Eleitoral (Consulta nº 112.026-DF) e o outro no Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 633.703-MG). Serão buscados, nos votos dos ministros, os posicionamentos tanto no sentido da aplicabilidade da referida lei a partir das eleições de 2010 ou, em sentido contrário, somente a partir das eleições de 2012. Conforme será possível observar, houve motivações expostas que desbordaram do cerne da questão: a aplicabilidade da Lei nº 135/2010 no mesmo ano em que criada, violando (ou não) a regra da necessidade de antecedência de um ano daquelas leis que tratam de processo eleitoral.

Isso porque o artigo 16 da Constituição de 1988 determina que “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”. O legislador constituinte, assim, separou a vigência da lei (imediata, em todos os casos) da sua aplicabilidade (eficácia, postergada para as eleições que ocorram a partir de um ano da data da publicação da lei).

Em outros termos, a discussão (jurídica) envolveria basicamente a seguinte questão: a criação de novas regras de inelegibilidade, pela Lei da Ficha Limpa, configurou modificação no processo eleitoral? Se sim, a Lei Complementar nº 135/2010 somente poderia ser aplicada em 2012; se não, a Lei Complementar nº 135/2010 poderia ser aplicada já nas eleições de 2010.

Todavia, muitos dos argumentos (a favor ou contra a aplicabilidade imediata da Lei) escaparam dessa questão principal e jurídica, trazendo circunstâncias muito mais próximas ao cenário político, explicitando que a análise, pelo Poder Judiciário, das regras de competição eleitoral no caso Ficha Limpa envolveu cálculo político de parte dos julgadores. Mais: a leitura das manifestações extrajurídicas é suficiente para identificar o posicionamento de cada um dos julgadores, dispensando a leitura

dos trechos nos quais houve análise técnica, ou em outro termo, jurídica. Tais argumentos estão presentes nos dezoito votos (sete do TSE e onze do STF) relativos ao caso.

Aqui, há a necessidade de salientar a sobreposição na ocupação das cadeiras do TSE e do STF. Três dos ministros do Supremo Tribunal Federal preenchem, concomitantemente, vaga no Tribunal Superior Eleitoral. Tem-se um total de 18 votos, embora elaborados por 15 ministros. De qualquer forma, considerar-se-á o total de votos de cada casa judicial (11 votos do STF e 07 votos do TSE) para os fins do presente trabalho. Entende-se útil tal escolha na medida em que possibilita verificar eventual variação de grau ou de intensidade nos votos desses ministros atuantes em ambas as casas judiciais, que na ocasião dos julgamentos analisados eram os Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Enrique Lewandowski e Marco Aurélio de Mello.

Os julgamentos escolhidos são aqueles denominados paradigmáticos, *leading cases* que servem de referência às demais decisões dos respectivos tribunais, quer pelo pioneirismo na análise da matéria, quer pelos debates que se sucederam no transcorrer da sessão de julgamento. Embora em princípio não sejam vinculativos (as decisões posteriores podem tomar sentido diverso), geralmente os *leading cases* tornam-se referenciais mesmo para juízes dissidentes.

A Consulta nº 112.026/DF, respondida pelo TSE, teve dois componentes especiais: a vanguarda, pois foi manifestação pioneira sobre a aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010, e a intervenção do Ministério Público Eleitoral, instituição que não pertence ao Judiciário, mas que nessa espécie de processo age como verdadeiro fiscal da lei.

No que diz respeito à decisão do STF, pela própria natureza institucional de guardião máximo da Constituição, há uma repercussão maior em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e também dos demais poderes. Além disso, e ineditamente, o Supremo Tribunal Federal contrariou a posição precedentemente fixada pela Justiça Eleitoral via TSE, em decisão sobre competição eleitoral.

O presente capítulo terá um item dedicado à exposição das principais clivagens de caráter extrajurídico observadas no decorrer das manifestações. Será proposta uma tipologia, munida de quatro tópicos principais, que representarão os pontos de divergência extrajurídica dos julgadores. Nestes pontos se concentraram os debates em torno da aplicabilidade de Lei da Ficha Limpa.

Além, para cada um dos julgamentos, igualmente será dedicado um item específico do capítulo, no qual serão transcritas passagens das argumentações dos ministros, cujas intenções são: 1) relacioná-las com a tipologia temática proposta, e 2) contextualizá-las no debate de cada um dos tribunais. Ao final, espera-se ter demonstrado que a realização de cálculo político de parte de cada um dos julgadores foi elemento presente nas manifestações sobre a Lei da Ficha Limpa, e protagonista a ponto de tornar dispensável, para o entendimento do julgamento da Ficha Limpa, a leitura das manifestações de cunho jurídico. Será possível perceber que o alinhamento de determinadas posições políticas direcionam o voto para a aplicabilidade imediata da lei ou, ao contrário, para sua postergação a 2012.

4.1 OS TEMAS EXTRAJURÍDICOS E AS PRINCIPAIS CLIVAGENS

A partir da leitura dos votos do Recurso Extraordinário nº 633.703 e da Consulta nº 112.026, foram extraídas as linhas argumentativas mais presentes nas razões de decidir do caso Ficha Limpa. De uma forma ou de outra, foram assuntos tratados por todos os julgadores, e um fato que não deixa de ser instigante é o de que em determinados momentos o mesmo argumento se prestou para a defesa de posições antagônicas.

A seguir, serão delineados os quatro principais tópicos de dissenso extrajurídico dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral. Os assuntos foram agrupados a partir da identidade e das relações (por vezes lógicas, em outras axiológicas) que eles guardam entre si, e englobam todos os argumentos extrajurídicos trazidos nos dois julgamentos.

Ainda, serão elaborados quadros esquemáticos, com o intuito de fornecer uma prévia do posicionamento de cada um dos quinze julgadores (nos dezoito votos emitidos) e facilitar a identificação, dos assuntos abordados, nas transcrições.

4.1.1 Regras do jogo, paridade de armas e casuísmos ao julgar

O presente grupo de assuntos integrou a clivagem da seguinte forma: entre aqueles ministros que entenderam pela aplicabilidade da Lei Complementar nº 135 já em 2010, prevaleceu opinião de que as regras do jogo eleitoral não seriam atingidas pela mudança da normatização relativa à elegibilidade, uma vez que, de

forma indiscriminada (ou não discriminatória) todos os partidos políticos e candidatos seriam submetidos às novas normas *antes* das convenções partidárias – data considerada por estes julgadores como de início da competição eleitoral. Ou seja, o tratamento conferido seria igualitário, uniforme, criando uma espécie de “casuísmo benéfico” à regra constitucional da anterioridade eleitoral, o qual beneficiaria qualitativamente a concorrência eleitoral, pois retiraria todos os candidatos considerados inelegíveis, sem qualquer análise relativa à posição partidária do candidato. Os partidos políticos seriam avisados a tempo de se reestruturarem, embora em prazo inferior a um ano das eleições.

A “paridade de armas”, expressão que significa a igualdade de condições, pelos atores políticos, aos cargos eletivos, seria mantida. Todos os partidos políticos poderiam lançar os respectivos candidatos, desde que com obediência às novas regras relativas à elegibilidade criadas pela Lei Complementar nº 135, de 2010.

Ou seja, mesmo que admitido o endurecimento das regras no mesmo ano da eleição, os magistrados pró-aplicação em 2010 defenderam a posição de que tal rigidez seria posta aos candidatos e aos partidos políticos indistintamente, o que não faria oscilar a balança do tratamento igual a todos. Nessa linha, ao Poder Judiciário incumbiria o papel de aplicar casuísmos benéficos.

Contudo, o grupo de magistrados contrário à aplicação da Lei Complementar nº 135 em 2010 (postergando-a para 2012) analisou tais circunstâncias de forma diversa: novas regras de elegibilidade atingiriam diretamente as regras do jogo eleitoral, uma vez que retirariam da arena de competição alguns dos postulantes a cargos eletivos. Além disso, defenderam que a preparação das candidaturas se inicia muito antes da data formal prevista pela legislação – as convenções partidárias, sendo que internamente, nos partidos políticos, o processo é muito mais longo e resultado de debates entre diferentes grupos.

A paridade de armas também seria desobedecida com a aplicação da Lei em 2010, pois aos olhos destes julgadores não seria possível esquecer as diferenças de estrutura dos diversos partidos políticos. Quanto menos estruturado, maiores dificuldades um partido político teria para substituir eventual candidatura indeferida, o que de certa forma privilegiaria os partidos maiores, com facilidades de reposição de candidatos. O casuísmo seria, portanto, mero casuísmo, a favorecer os partidos majoritários e com quadros consolidados.

Não existiria um casuísmo “benéfico”, portanto. Seria mais importante postergar os efeitos da Lei Complementar nº 135 para o ano seguinte (2011, quando não haveria eleições) e se manter as regras do jogo como postas em 2009 (respeitando-se o princípio da anterioridade eleitoral) do que atribuir ao casuísmo o mérito de impedir candidaturas de “fichas suja” e modificar as normas de competição eleitoral.

A manutenção das regras do jogo eleitoral, portanto, teria um caráter institucional - seria um dos principais focos de orientação ao Poder Judiciário ao atuar em julgamentos sobre competição eleitoral. Sua importância suplantaria o relevo de qualquer efeito moralizador imediato da aplicação de uma nova regra: seria preferível manter regras mais brandas de elegibilidade para as eleições de 2010 do que modificá-las em plena competição eleitoral.

4.1.2 Iniciativa popular da lei, mobilização e apelo popular para a aprovação da lei e opinião pública em relação ao Poder Judiciário

No ponto, aglutinaram-se aspectos condizentes com as manifestações dos julgadores em relação aos movimentos sociais envolvidos com a gênese da Lei da Ficha Limpa (relevância ou irrelevância de considerar, no momento de julgar, tais movimentos) e, também, com a questão relativa à preocupação (ou despreocupação) dos julgadores em relação às manifestações da opinião pública sobre o atuar do Poder Judiciário.

Como já referido, a Lei Complementar nº 135/2010 mobilizou amplamente a sociedade brasileira. A questão da aplicabilidade, quando aportou nos tribunais, recebeu duas espécies de tratamento: uma nitidamente vinculada à aplicação imediata, e outra ligada à postergação de seus efeitos – igualmente de forma clara.

Houve julgadores que vislumbraram na repercussão da Lei da Ficha Limpa um dos principais fatores para que o Poder Judiciário determinasse a aplicação imediata. Para os magistrados que aderiram a tal posição, a iniciativa popular da lei, avalizada por mais de um milhão e seiscentas mil assinaturas, e o amplo apoio de diversas organizações sociais seriam motivos que reforçavam sua legitimidade e impunham a sua utilização desde a publicação. Caso as decisões se dessem pela postergação da eficácia da lei para o ano de 2012, como de fato acabou ocorrendo, este grupo de ministros demonstrou preocupação com a eventual repercussão

negativa, frente à sociedade, na imagem do próprio Poder Judiciário. A linha de raciocínio argumentativa de um Poder Judiciário “ouvinte” e atento aos anseios sociais encontrou, nos votos pela pronta aplicabilidade da Lei Complementar nº 135, o seu refúgio.

Para esse grupo, o comportamento da cúpula judiciária deveria ser pró-majoritário, espelho da maioria e dos seus posicionamentos. A noção de que o estado atual do cenário político é uma situação que a sociedade brasileira não estaria mais a suportar também é invocada. Sempre ressaltando a frequência cada vez maior com que a competição eleitoral vêm frequentando as instâncias do Judiciário, se nota como ponto chave (nos votos dos julgadores a favor da aplicação imediata) a alegada circunstância da inexistência de outras instituições a quem a sociedade atualmente poderia recorrer, que não este mesmo Judiciário, o qual deveria, exatamente por se tratar da *ultima ratio*, concretizar as demandas sociais com a maior brevidade. Uma espécie de autoproclamação de reduto final e imediato de resolução dos problemas. Há uma menção do Poder Judiciário como salvaguarda da sociedade, ao menos no tema da disputa eleitoral.

Caracterizando a dicotomia no presente item, o grupo de ministros que remeteu os efeitos da Lei da Ficha Limpa para o ano de 2012 utilizou o argumento de que em alguns casos cabe ao Poder Judiciário tomar medidas impopulares, retirando assim valor extra de uma lei cuja iniciativa tenha partido diretamente da população ou tenha sido objeto de grande apoio de organizações sociais. Para tais magistrados, o que estava em jogo era o texto legal e seu confronto com o ordenamento jurídico como qualquer outra lei, de forma que uma eventual *mais valia social* que pudesse ser atribuída à Lei da Ficha Limpa não devia ser considerada pelo Poder Judiciário ao julgar a aplicabilidade.

Da mesma forma, não haveria motivo para que os julgadores se preocupassem com as repercussões, na mídia ou em qualquer outro meio opinativo, de uma decisão antipática aos anseios populares. Não estaria, dentre os escopos institucionais do Poder Judiciário, a interpretação jurídica de acordo com manifestações majoritárias, ao contrário: em alguns casos, se impunha uma proteção da “maioria dela mesma”, em posição contra majoritária.

Qualquer debilidade na concretização das evoluções políticas no seio da sociedade brasileira não deveria ser creditada ao Poder Judiciário, e sim às instâncias tradicionais de *policy making*. Ao Poder Judiciário restaria, nessa quadra,

garantir a manutenção dos direitos políticos assegurados aos grupos minoritários. O reconhecimento dos direitos assegurados às minorias seria um dos escopos do Poder Judiciário, ao contrário da transferência aos julgadores do ônus de substituição dos Poderes Legislativo e Executivo. Falhas, ou atuações insatisfatórias desses dois poderes não poderiam dar azo a um pronunciamento diferenciado dos tribunais.

4.1.3 Defesa à constituição, valores democráticos e republicanos

Os elementos de persuasão utilizados pelos julgadores no que diz respeito à defesa da Constituição, dos valores democráticos e republicanos constituem o grupo de maior ambivalência de todo o julgamento. Tendo como pano de fundo a doutrina constitucionalista, argumentos semelhantes foram invocados tanto pelos julgadores que se posicionavam pela aplicação imediata da lei, quanto por aqueles que defendiam a aplicação protelada.

Isso pode ser atribuído, principalmente, à fluidez semântica que a Constituição de 1988 empregou nos termos referentes ao Estado Democrático de Direito brasileiro - a doutrina constitucionalista classifica nossa constituição como uma constituição principiológica e aberta, mas também parece colaborar com isso a carga de convicção pessoal de cada um dos magistrados, que priorizaram a defesa da democracia sob dois aspectos absolutamente diversos.

Unidas tais circunstâncias com elementos como a gênese popular da lei e a necessidade de paridade de armas nas regras de competição eleitoral, passou a haver, de parte do grupo de magistrados que defendia a aplicabilidade no ano de 2012, a defesa de que a Constituição valorizaria mais a manutenção das regras do jogo conforme ela mesma prevê, do que eventuais modificações legais que pudessem colocar os ideais democráticos em perigo. A própria noção de democracia foi atrelada ao valor da segurança jurídica, à estabilidade nas normas de competição eleitoral e à capacidade do Poder Judiciário se mover no contra fluxo majoritário. A democracia brasileira poderia, nesse sentido, aguardar dois anos (das eleições de 2010 para as eleições de 2012) para a depuração prometida pela Lei da Ficha Limpa, pois a relação custo-benefício de aplicar-se imediatamente a lei não seria favorável à própria democracia.

A defesa da Constituição, nesse sentido, se daria via a manutenção das regras do jogo democrático. O raciocínio fundamental seria o seguinte: um ambiente democrático que permite uma modificação normativa pelo motivo de que a lei nova é uma lei “benéfica” acaba exposto ao perigo, já que o exame dos benefícios ou malefícios de uma lei é muito relativo e depende de um feixe de circunstâncias bastante maleável – depende inclusive do momento político, ao qual a democracia não deve se submeter. Face essa variabilidade, qualquer modificação nas regras de competição eleitoral deveria ser considerada modificação do processo eleitoral e, portanto, obedeceria ao princípio da anterioridade.

Na outra ponta argumentativa, o grupo de magistrados dispostos a aplicar a Lei da Ficha Limpa em 2010 frisou que o Estado Democrático de Direito brasileiro encontra-se em um estágio maduro o suficiente para depurar as modificações legais benéficas das malélicas. A democracia, assim, seria ela mesma a guardiã de seus valores – o Judiciário apenas a voz da democracia, no caso da Lei de Ficha Limpa, pois a maioria da população brasileira clamaria pela pronta aplicação.

Não se trataria, portanto, da discussão de que a mudança legislativa aplicada no mesmo ano em que realizada poderia prejudicar alguns, mas sim de que ela tinha gênese no ideal democrático da vontade da maioria e, portanto, se o Poder Judiciário decidisse pela pronta aplicação estaria, indiretamente, reforçando a própria democracia. O mesmo tom de explanação ocorreu em relação aos valores da República: o Poder Judiciário estaria a defender os valores republicanos na medida em que conferisse eficácia ao clamor popular.

Como a democracia e a república são duas constantes no texto constitucional brasileiro, negar eficácia à Lei Complementar nº 135/2010 no ano de 2010 seria negar a própria Constituição.

4.1.4 Proibição e moralidade necessárias para a ocupação de cargo público e vida pregressa dos candidatos

A clivagem, no ponto, se deu em relação à dicção constitucional que exige proibição e moralidade para a ocupação de cargo eletivo. Conforme o art. 14 da Constituição:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

§ 9º Lei complementar que estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)

Para o grupo defensor da imediata eficácia da Lei Complementar nº 135/2010, ela chegava dezesseis anos atrasada, uma vez que desde 1994, via Emenda Constitucional de Revisão nº 4, havia um dispositivo constitucional alertando a todos os pretendentes de cargos eletivos sobre a necessidade de moralidade e a consideração de sua vida pregressa como condição de elegibilidade. O princípio da anterioridade, portanto, tinha sua presença afastada no caso da Lei da Ficha Limpa, pela presença do princípio da moralidade e pela necessidade de proteção à probidade administrativa.

Não haveria surpresa dos candidatos que justificasse postergar a aplicação para 2012. Houve inclusive a busca da raiz etimológica da palavra *candidato* (candura, pureza) para justificar que o pretendente a cargo eletivo deveria estar preparado para ser submetido a testes de moralidade e probidade.

Como contraponto, os ministros favoráveis à aplicação em 2012 trouxeram argumentos de que, embora constantes no texto constitucional, a moralidade e a probidade não tinham ainda sido definidas normativamente para fins de elegibilidade como a Lei Complementar nº 135 o fez. O dispositivo constitucional de 1994 havia mostrado um rumo, mas de forma incompleta, tanto que remeteu à lei complementar a determinação das condutas geradoras de inelegibilidade.

Dessa forma, seria impossível a qualquer candidato ou partido prever quais condutas seriam tidas como impróprias ao exercício de cargo eletivo, ou como contrárias à probidade administrativa. Pelo caráter subjetivo dos termos, haveria a novidade no regulamento dado pela Lei Complementar nº 135/2010 e, portanto, a necessidade de aplicação do princípio da anterioridade eleitoral, pois *a priori* não seria possível determinar os conceitos de moralidade e probidade.

Expostas as principais linhas de divergência extrajurídica entre os julgadores do caso sobre a aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa, passamos ao detalhamento de dois julgamentos, de forma a demonstrar que a sobreposição dos núcleos de debate

com os argumentos dos ministros os posiciona suficientemente em relação à aplicabilidade da lei, dispensando qualquer investigação de motivos técnico-jurídicos. A coincidência entre os argumentos extrajurídicos e a escolha pela aplicabilidade no ano de 2010 ou no ano de 2012 demonstrará o peso, no caso da Lei da Ficha Limpa, do cálculo político realizado na cúpula do Poder Judiciário.

4.2 A CONSULTA nº 112.026-DF. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

O órgão de cúpula da Justiça Eleitoral teve uma manifestação principal sobre a Ficha Limpa: foi a Consulta nº 112.026 (consultante Senador Arthur Virgílio, PSDB-AM).

O panorama da votação, cujo resultado final foi de seis votos contra um, não espelha o acirramento nos debates. Isso porque os Ministros Arnaldo Versiani e Marcelo Ribeiro, embora tenham votado formalmente pela aplicação no ano de 2010, posicionaram-se durante toda a sessão de julgamento pela aplicabilidade somente em 2012: a transcrição das ponderações desses dois ministros levará a colocá-los, sempre, como pertencentes ao grupo que defendeu a aplicabilidade em 2012, como adiante será possível verificar.

Todavia, face à construção de uma maioria no sentido da aplicação em 2010 (Ministros Ricardo Enrique Lewandowski, Cármen Lúcia, Aldir Passarinho e Hamilton Carvalhido, quatro votos em um universo de sete), inverteram formalmente seu voto, até mesmo porque imaginavam (e expressamente assim se manifestaram) que o Supremo Tribunal Federal, em um julgamento futuro, igualmente decidiria pela aplicação em 2010 (o que não ocorreu). Uma espécie de voto “cavalheiro”, procedimento que busca evitar polêmicas em torno de uma votação apertada, e que, como visto, não trouxe qualquer efeito.

Por isso, os votos dos Ministros Arnaldo Versiani e Marcelo Ribeiro vêm acompanhados de asterisco (*) no quadro abaixo. Votassem formalmente conforme as convicções expostas, o resultado do julgamento na Consulta nº 112.026 teria sido quatro contra três, pela aplicabilidade em 2010.

Quadro 3 - Ministros e respectivos posicionamentos. Tribunal Superior Eleitoral, Consulta nº 112.026-DF

Tribunal Superior Eleitoral	2010	2012
Aldir Passarinho	X	
Arnaldo Versiani	X*	
Cármen Lúcia	X	
Hamilton Carvalhido	X	
Marcelo Ribeiro	X*	
Marco Aurélio		X
Ricardo Lewandowski	X	

Fonte: elaborado pelo autor.

O processo nº 112.026-DF teve início pela consulta do Senador Arthur Virgílio (PSDB-AM), elaborada da seguinte forma: "Uma lei eleitoral que disponha sobre inelegibilidades, e que tenha sua entrada em vigor antes do prazo de 05 de julho, poderá ser efetivamente aplicada para as eleições gerais de 2010?"

Cabe destacar a celeridade do episódio: a Lei Complementar nº 135 foi publicada no Diário Oficial da União do dia 7 de junho de 2010. Embora tenha sido realizada anteriormente a essa data (até para que se configurasse uma consulta em tese, e não sobre uma lei já existente), já no dia 10 de junho de 2010 o Tribunal Superior Eleitoral respondeu a consulta, ou seja, três dias depois da entrada em vigência da lei.

Nas ponderações justificadoras da realização da consulta, o referido Senador argumentou que “os partidos políticos deverão ter a segurança jurídica de saber se uma norma eleitoral que impõe a sanção de inelegibilidade aos possíveis candidatos terá aplicabilidade na presente eleição”, referindo-se, claro, ao ano de 2010.

A respectiva ementa:

Consulta. Alteração. Norma Eleitoral. Lei complementar Nº 135/2010. Aplicabilidade. Eleições 2010. Ausência de alteração no processo eleitoral. Observância de princípios constitucionais. Precedentes. Consulta conhecida e respondida afirmativamente.

Ou seja, o Tribunal Superior Eleitoral entendeu aplicável a Lei da Ficha Limpa de forma imediata, por não considerá-la modificadora do *processo eleitoral* e, portanto, incapaz de desobedecer ao comando do artigo 16 da Constituição da República.

O relator foi o Ministro Hamilton Carvalhido, que ao descrever o processo indicou parecer da Assessoria Especial da Presidência do Tribunal, referendando-o. No documento, no qual há considerações sobre o princípio da anterioridade eleitoral e sobre o conceito de processo eleitoral, tem como desfecho passagem da obra do filósofo e jurista Miguel Reale⁴⁴, a qual indica o posicionamento do Ministro Relator.

[...] Finalmente, quanto à iniciativa popular para viabilizar projeto que resultou em lei, cuja eficácia temporal ora se questiona, merece nota o escólio do professor Miguel Reale. Ao discorrer sobre o campo da eficácia normativa, o ilustre professor afirma que: “o Direito autêntico não é apenas declarado, mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se. A regra de direito deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz”.

Ainda, e antes de iniciar a votação do caso, a Vice-Procuradora Geral Eleitoral, Sandra Verônica Cureau, requereu espaço para manifestação. Embora, como já ressaltado, o Ministério Público não integre o Poder Judiciário (e, portanto não esteja inserido no espectro de estudo da presente dissertação), a intervenção do órgão se deu em um espaço considerado de defesa da sociedade. Os argumentos da Procuradora posicionaram o Ministério Público Eleitoral a favor da imediata aplicação da lei. Eles foram utilizados, como pode se deduzir, para convencer os ministros:

[...] parece-me claro e extremamente importante frisar nesse momento que o projeto “Ficha Limpa”, que culminou na Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010, foi um projeto oriundo de iniciativa popular, que motivou muitíssimo a população brasileira, tanto assim que chegou a colher milhares de assinaturas de membros da coletividade em geral, projeto que motivou inúmeras organizações da sociedade civil, inclusive associações de classe, como a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR); associações de promotores de justiça, associações de juízes e várias outras.

Ainda na manifestação do Ministério Público Eleitoral, é dada ênfase à iniciativa popular do projeto de lei e ao apoio da sociedade em relação à medida de limitação às candidaturas, colocando como peso principal para a imediata aplicação da lei a existência de uma espécie de “clamor popular” pela moralização da competição eleitoral. O projeto “não seria merecedor de ser protelado” e não

⁴⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 113.

ameaçaria o valor da segurança jurídica, uma vez que as convenções partidárias ainda não haviam se realizado.

[...] Foi um projeto que teve sua origem na sociedade exatamente, no meu sentimento, com o intuito de dar um basta a essas candidaturas de pessoas que não apresentam um perfil para gerir recursos públicos e para representar a sociedade no parlamento brasileiro ou nas diversas esferas do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. Na verdade, esse projeto está intimamente ligado à insatisfação popular e à vontade popular de mudar, de que tenhamos daqui para a frente candidatos com uma ficha que leve o povo a crer e a confiar que serão pessoas capazes de exercer o mandato sem se envolverem nos inúmeros escândalos como os que temos visto ocorrer nos últimos anos. Por ser fruto exatamente desse sentimento de insatisfação – que me parece ser o ponto mais importante de todos -, entendo que não é um projeto merecedor de ser protelado para eleições futuras. É um projeto que precisa imediatamente atender aos anseios do povo brasileiro e, também não creio que, de maneira alguma, o entendimento de que a Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010, entra em vigor já para essas eleições vá colocar a segurança jurídica em jogo, porque, na verdade, as convenções partidárias ainda não se realizaram, como bem observou o relator [...] É nesse sentido o parecer do Ministério Público Eleitoral: não há nenhum prejuízo, não há nenhuma violação à segurança jurídica e, pelo contrário, penso que seria uma grande decepção do povo brasileiro se, mais uma vez, não se conseguisse que os candidatos fossem pessoas idôneas para ocuparem os cargos que pretendem.

Após a manifestação do Ministério Público Eleitoral, retomou a palavra o Ministro Hamilton Carvalhido, que salientou a proteção da democracia via previsão de casos de inelegibilidade e a função da Justiça Eleitoral.

[...] os casos legais complementares de inelegibilidade do cidadão têm por escopo preservar os valores democráticos altamente protegidos, sem cujo atendimento o próprio modo de vida democrático se tornará prejudicado ou mesmo inviável [...] a Justiça Eleitoral tem o poder-dever de velar pela aplicação dos preceitos constitucionais de proteção à probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato” [...] trata-se de norma restritiva de direitos fundamentais a do artigo 14 § 9º da Constituição Federal, não visando apenas assegurar a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício da função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta, mas também proteger a probidade administrativa para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato.

Pedi a palavra o Ministro Ricardo Lewandowski, para defender a aplicabilidade imediata da Lei Complementar nº 135/2010, argumentando que não se tratava de analisar casuisticamente (ou seja, verificando de antemão quem ou que interesses seriam prejudicados ou beneficiados), mas sim de um conjunto de fatores que indicavam a pronta eficácia da Lei. Admitiu, contudo, que se havia

casuísmo, este seria “linear”, por atingir indiferentemente a todos os candidatos e partidos políticos:

[...] Esse casuísmo, se é que podemos chamá-lo assim, é um casuísmo linear, porque atinge a todos os partidos e a todos os candidatos, indistintamente. Ou seja, não há rompimento da necessária paridade de armas. A meu ver, já quase adiantando meu voto, não vejo nesta lei nenhuma ofensa ao princípio da isonomia, o que se quer evitar a partir do artigo 16 da nossa Carta Magna.

Tais argumentos não convenceram o Ministro Marcelo Ribeiro, que questionou a própria definição do que seria casuísmo, trazendo a questão da distância (ou proximidade) da opinião pública e das decisões do Poder Judiciário:

[...] a anterioridade prevista no artigo 16 da Constituição Federal teria o escopo de evitar alterações feitas há menos de um ano da eleição que visassem a prejudicar este ou aquele partido. É evidente que esse não é o caso. Minha preocupação, Sr. Presidente, consiste na dúvida se não seria casuístico examinarmos caso a caso o que seria casuísmo. No caso em apreço, o que ditaria o critério para identificar o casuísmo? Seria a opinião pública? Evidente que não. A meu ver, uma das funções primordiais do Poder Judiciário, especialmente nos órgãos de ponta, é guardar certa distância da opinião pública.

O Ministro Arnaldo Versiani, compartilhando da posição do Ministro Marcelo Ribeiro, entendeu que a aplicação da Lei Complementar nº 135/2010 no ano de 2010 traria tumulto e desequilibraria o processo eleitoral, ressaltando como uma das funções da Justiça Eleitoral a preservação do resultado das urnas. Entretanto, acompanhou o voto do Ministro Relator Hamilton Carvalhido, ressaltando que possuía ponto de vista divergente:

[...] nada causa mais perturbação ou alteração no equilíbrio de forças no processo eleitoral do que a causa de inelegibilidade. A meu ver, a Justiça Eleitoral se assenta em três princípios básicos: o direito de votar, o direito de ser votado e a preservação do resultado das urnas, ressalvados os casos de abuso, corrupção e fraude. Esses princípios são dos mais primordiais possíveis para a Justiça Eleitoral, e por isso fico muito preocupado com essa alteração legislativa que houve às vésperas do processo eleitoral. É claro que para todos, em geral, essa alteração vem para o bem, mas podem ocorrer alterações que virão para o mal. Pergunto: se amanhã surgir alguma lei complementar, feita às pressas pelo Congresso Nacional, que venha a revogar alguma causa de inelegibilidade, deveremos também dar-lhe eficácia imediata? Porque [...] logo deveremos aplicar o entendimento tanto para as causas que criem inelegibilidades [...] como também para aquelas que extinguem as mesmas causas de inelegibilidade [...]. O Supremo entendeu que quando se tratava da verticalização da formação das coligações, essa alteração implicava

alteração do processo eleitoral, quando, na verdade, o que se fazia naquela época, a meu ver, era exatamente preservar as regras do jogo. A alteração do processo eleitoral, a meu ver, ocorreu, rompendo o equilíbrio, estabelecendo novas condições de candidaturas, e até prejudicando outras candidaturas que já estejam lançadas, inclusive, para o processo eleitoral que, a meu ver, já iniciou, embora as convenções estejam marcadas a partir de hoje. Ressalvando o meu ponto de vista [...] acompanho o relator.

Com a atenção voltada ao Supremo Tribunal Federal, e por entender que a matéria de inelegibilidades seria de caráter constitucional, salientou a necessidade de afinidade entre a decisão a ser tomada pelo TSE e aquelas que o STF pudesse vir a tomar no futuro.

[...] se respondermos positivamente à consulta, estaremos estabelecendo que qualquer inelegibilidade criada por lei complementar, mesmo dentro do ano eleitoral, é aplicável imediatamente. [...] Por isso, quando o Tribunal responde a uma consulta sobre matéria constitucional, deve se afinar com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Do contrário, criaríamos confusão se assentássemos aqui que a lei é aplicável ou não é, e o Supremo assentasse exatamente o oposto. A resposta só serviria para tumultuar o processo eleitoral, porque poderia ocorrer de seguir-se o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, e depois o Supremo modificar tudo. Por isso a análise feita que sinaliza a posição da Corte Suprema, ainda que contrária a meu entendimento, para mim é muito importante.

A Ministra do Tribunal Superior Eleitoral, Cármen Lúcia (também Ministra do Supremo Tribunal Federal) apontou argumentos pela pronta aplicabilidade, reforçando que a origem popular da lei a impediria de ser casuística, ou seja, evitaria a circunstância de a lei ter sido feita visando a prejuízos ou benefícios específicos, que não a moralidade geral do ambiente de disputa eleitoral, pretendida por toda a sociedade. Entendeu que a lei, uma vez aplicada, daria maior “legitimidade eleitoral” aos candidatos:

[...] O Ministro Marcelo Ribeiro pergunta o que é casuismo: digo que é tratar caso a caso um tema para se atingirem situações ou pessoas determinadas. Não é o que se tem nesta lei. Aliás, uma lei [...] que vem da própria sociedade como um todo, pelo número de assinaturas colhidas, não tem como ter esta finalidade, esta característica casuística. [...] o que se pretendeu sempre e que se reafirmou com essa nova lei, foi dar máxima efetividade constitucional – o que hoje o próprio Supremo Tribunal Federal e a sociedade como um todo tem pretendido – e, neste caso, dar maior legitimidade eleitoral.

Chegada a oportunidade de manifestação do Ministro Marco Aurélio, o magistrado, também Ministro do STF, de início manifestou desconforto em relação à

necessidade de rapidez na resposta à consulta (uma vez que a lei foi promulgada às vésperas do pleito de 2010) e também em relação à posição ocupada pelo próprio Tribunal Superior Eleitoral no julgamento, tendo em vista a articulação da sociedade para que a lei fosse aprovada. Afastou os argumentos de que a iniciativa popular da lei deveria ser levada em consideração para sua aplicação imediata, considerando que apenas houve obediência aos requisitos constitucionais da iniciativa popular.

[...] estive a questionar-me: que culpa tem o Judiciário quanto à demora na tramitação do processo legislativo versando a matéria? Ficamos, realmente, em uma situação delicada, tendo em conta os anseios da sociedade. Costumo dizer que, havendo coincidência entre o apelo popular e o convencimento do órgão julgador, este sai aplaudido. Quando não há, sai execrado, e é mais ou menos a situação presente. Não me impressiona, Senhor Presidente, a iniciativa do projeto, o fato de ter-se logrado um milhão e seiscentas mil assinaturas quanto ao teor do que veio a ser aprovado pelas duas Casas do Legislativo. Não me impressiona por uma razão muito simples: o povo também se submete à Carta da República, a menos que, evidentemente – e não temos clima para isso – vire a mesa e proceda a uma revolução, rasgando-a.

Além disso, entendeu que o Tribunal Superior Eleitoral sequer devia se manifestar sobre a consulta, por ela não se tratar de matéria eleitoral em si, e sim matéria constitucional, de maneira que análise caberia ao Supremo Tribunal Federal. Ainda para o Ministro Marco Aurélio, a situação não se tratava de uma consulta (alegadamente) em tese, pois todos sabiam exatamente que se discutia a aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010. Ou seja, para ele era o julgamento de um *caso concreto*.

[...] Senhor Presidente, peço vênias para, de início, não conhecer da consulta. Não conheço e digo que observo, até mesmo quanto à consulta, o princípio do determinismo. Nada surge sem uma causa. [...] já estamos no período das convenções e, obviamente, a Lei repercute na escolha dos candidatos pelos partidos políticos, em razão do que nela se contém e do próprio pronunciamento do Tribunal, se formos adiante, como tudo indica que iremos. [...] Como disse, há realmente o anseio popular de avançar [...] assentada essa premissa, não posso potencializar o objetivo a ser alcançado, em detrimento do meio.

E manifestou-se sobre a relação entre democracia e estabelecimento de regras, colocando em segundo plano o atendimento imediato do anseio da sociedade. Entendeu que a “correção de rumo” na competição eleitoral brasileira poderia ser alcançada, mas desde que obedecido o princípio da anterioridade anual pela Lei Complementar nº 135/2010. Aplicação somente em 2012, portanto.

[...] Costumo dizer, Senhor Presidente, que se paga um preço por se viver em um Estado Democrático de Direito, e esse preço é módico: o respeito às regras estabelecidas e, principalmente, às constantes da Constituição Federal. Não posso, como guarda dessa mesma Constituição, quer ocupando a cadeira que ocupo neste Tribunal, quer no Supremo, simplesmente entender que, ante os parâmetros dessa Lei, o aplauso geral – e não digo da turba ou do populacho, mas da sociedade – , no caso, deve ficar o artigo 16 da Constituição Federal em verdadeiro *stand by*, para ser pinçado em situações, não esta, em que há realmente a pretensão da sociedade brasileira de alcançar a correção dos rumos. [...] portanto, a recente Lei Complementar nº 135/2010 entrou em vigor imediatamente, como previsto na primeira parte do citado artigo, mas não se aplica à eleição que se avizinha, a de 2010, principalmente porque o processo eleitoral já está em pleno curso, tendo em vista a escolha dos candidatos.

O Ministro Aldir Passarinho retomou a posição majoritária no Tribunal Superior Eleitoral, ao realçar a necessidade de “depuração”, via moralização, da competição eleitoral, e que o Estado Democrático de Direito não permitiria que leis futuras, casuísticas, fossem prejudiciais:

[...] A situação do país exige, efetivamente, que nós tenhamos uma depuração desses candidatos para que o povo, ao eleger, possa eleger dentro de um rol de pessoas que atendam ao princípio da moralidade e aos demais princípios insitos na Constituição Federal [...] e, realmente, os Ministros Marcelo Ribeiro e Arnaldo Versiani levantaram a possibilidade de vir, eventualmente, no futuro, a acontecer alguma inelegibilidade casuística. Mas, por outro lado, temos que considerar que vivemos num Estado Democrático de Direito, e essa situação mais peculiar, evidentemente, não pode ser considerada como um primeiro pressuposto de que isso iria acontecer, de modo que prefiro ficar dentro da regra, da aposta normal, de que as leis vêm para o aperfeiçoamento da sociedade [...] no caso, não vejo, efetivamente, óbice à aplicação imediata.

O Ministro Marcelo Ribeiro entendeu que a lei modificava o processo eleitoral. Contudo, em que pese ter posição contrária àquela manifestada pelo Ministro Relator, acabou acompanhando o voto-guia (assim como feito pelo Ministro Arnaldo Versiani) para que o posicionamento do TSE não fosse contraposto por futuro entendimento do Supremo Tribunal Federal (o que se mostrou inócuo, pois o posicionamento majoritário do STF viria a ser exatamente o do Ministro Arnaldo Versiani e do próprio Ministro Marcelo Ribeiro):

[...] No meu entendimento, impedir um partido de lançar um candidato, seja pelo motivo que for, é, sem dúvida, alterar o processo eleitoral. [...] Então, na linha do que assentado pelo Ministro Arnaldo Versiani, ressalvo especificamente meu ponto de vista, que é claro no sentido da aplicabilidade do artigo 16 da Constituição Federal, e acompanho o relator apenas para que, a meu ver, não ocorra uma sinalização do Tribunal Superior Eleitoral que, ao que tudo indica, acabará se confrontando com o

Supremo Tribunal Federal. Na realidade, não há como saber de que maneira o Supremo julgará no futuro, mas, baseando-se na jurisprudência existente, acompanho o relator, com todas as ressalvas.

Finalmente, encerrando a votação, o Ministro Ricardo Lewandowski, que também ocupa assento no Supremo Tribunal Federal, posicionou-se pela aplicabilidade da Lei já em 2010, defendendo que as novas regras se aplicariam a todos os candidatos e partidos políticos indistintamente e, portanto, a “paridade de armas” na competição eleitoral estaria assegurada. Fez alusão ao regime republicano e à etimologia da palavra *candidato* para dar suporte aos argumentos que expôs:

[...] não há o rompimento da igualdade das condições de disputa entre os contendores, ocorrendo simplesmente o surgimento de novo regramento geral, de caráter linear [...] Na verdade, existiria rompimento da denominada “paridade de armas” caso a legislação eleitoral criasse mecanismos que importassem em um desequilíbrio na disputa, prestigiando determinada candidatura, partido político ou coligação em detrimento dos demais. Isso porque o processo eleitoral é integrado por normas que regulam as condições em que se trava o pleito, não se incluindo entre elas os critérios de definição daqueles que podem ou não apresentar candidaturas. Tal afirmação arrima-se no fato de que a modificação das regras relativas às condições regedoras da disputa eleitoral daria azo à quebra da isonomia entre os contendores. Tal não ocorre, todavia, com a alteração das normas que definem os requisitos para o registro de candidaturas. [...] Na oportunidade, consignei que em Roma antiga os candidatos a cargos eletivos trajavam uma toga branca como forma de identifica-los e distingui-los dos demais cidadãos. Nesse sentido, lembrei que a palavra “candidato” vem do latim *candidatus*, que significa “aquele que veste roupa branca”, representando a pureza, a honestidade e a idoneidade moral para o exercício do cargo postulado. [...] Entendo, desse modo, que a Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010 [...] teve em mira proteger valores constitucionais que servem de arrimo ao próprio regime republicano.

Encerrada a transcrição dos principais trechos de debate no Tribunal Superior Eleitoral, passa-se ao julgamento ocorrido no Supremo Tribunal Federal.

4.3 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 633.703-MG. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Após os julgamentos dos processos pelo Tribunal Superior Eleitoral, o panorama de pronta aplicação da Lei Complementar nº 135 estava razoavelmente consolidado. Contudo, alguns candidatos, inconformados por terem sido declarados

inelegíveis, recorreram ao Supremo Tribunal na esperança de terem sua situação revertida. Os fatos demonstram que a inconformidade gerou resultados.

Os dois primeiros julgamentos acabaram empatados (Recurso Extraordinário nº 631.102, recorrente Jader Barbalho, e Recurso Extraordinário nº 630.147, recorrente Joaquim Roriz), o que de certa forma surpreendeu a arena política. Esperava-se uma confirmação das decisões do Tribunal Superior Eleitoral, conforme a tradição das decisões relativas à competição eleitoral. A partir daí, todas as atenções estavam voltadas para o Supremo Tribunal Federal, que com o quórum incompleto (ocupação de dez, das onze cadeiras disponíveis) via repetir o placar de cinco contra cinco. Questões procedimentais foram discutidas e soluções como a manutenção da decisão do TSE e o voto qualificado do Presidente do STF foram propostas. O candidato Joaquim Roriz desistiu de sua candidatura.

Com a posse do Ministro Luiz Fux, entrou em pauta para julgamento o Recurso Extraordinário nº 633.703, recorrente Leonídio Bouças. O candidato Jader Barbalho, vencedor nas urnas para o cargo de Senador da República pelo estado do Pará, tomaria posse no dia 28 de dezembro de 2011, aproveitando o instituto da repercussão geral, concedida ao RE nº 633.703, caso Bouças. Na prática, o voto do Ministro Luiz Fux (que sequer era Ministro do STF quando o caso de Jader Barbalho foi julgado) “migrou” para a votação do caso Barbalho, dando de causa ao candidato. A repercussão geral se deu nos seguintes termos:

Repercussão Geral (Leonídio Bouças).

Assim, a proposta é a de que, por meio do presente recurso extraordinário, reconheça-se a repercussão geral da questão constitucional que diz respeito à aplicabilidade da LC 135/2010 em face do princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição). A decisão definitiva de mérito quanto ao tema terá efeitos (próprios do regime da repercussão geral) imediatos sobre todas as questões idênticas versadas nos recursos nos quais se discuta a aplicação da totalidade da LC 135/2010 às eleições de 2010.

A ementa do julgamento foi a seguinte:

Lei complementar 135/2010, denominada lei da ficha limpa. Inaplicabilidade às eleições gerais 2010. Princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da constituição da república)

I.O princípio da anterioridade eleitoral como garantia do devido processo legal eleitoral

II. O princípio da anterioridade eleitoral como garantia constitucional da igualdade de chances

III. O princípio da anterioridade eleitoral como garantia constitucional das minorias e o papel da jurisdição constitucional na democracia

O resultado da votação pode ser resumido no seguinte quadro:

Quadro 4 - Ministros e respectivos posicionamentos. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 633.703

Supremo Tribunal Federal	2010	2012
Ayres de Britto	X	
Cármem Lúcia	X	
Celso de Mello		X
Cezar Peluso		X
Dias Toffoli		X
Ellen Gracie	X	
Gilmar Mendes		X
Joaquim Barbosa	X	
Luiz Fux		X
Marco Aurélio		X
Ricardo Lewandowski	X	

Fonte: elaborado pelo autor

O Ministro Gilmar Mendes, relator, iniciou a votação e defendeu a posição de que a expressão “processo eleitoral” é um complexo de atos que visa a transmitir a vontade do povo, dividido em três fases: a) pré-eleitoral (escolha das candidaturas até a propaganda eleitoral); b) eleitoral propriamente dita (início, transcurso e encerramento da votação); e c) pós-eleitoral (apuração e contagem dos votos, em conjunto com a diplomação dos eleitos). A fase pré-eleitoral, portanto, ao contrário de como se posicionou a maioria do TSE, não poderia ser demarcada pelas convenções partidárias, até mesmo pela complexidade do procedimento de escolha de candidatos, muitas vezes com marco inicial em uma filiação partidária ocorrida um ano antes.

Assim, conforme o Ministro Gilmar Mendes, a Lei Complementar nº 135 teria interferido em uma fase específica do processo (a pré-eleitoral), pois a alteração das regras de inelegibilidade, de alguma forma, influenciaria os partidos políticos na escolha de seus respectivos candidatos.

Mas sobre Ministro Relator também recaiu outra dúvida, a qual ele entendeu mais importante do que o próprio questionamento da influência da Lei da Ficha Limpa no processo eleitoral:

[...] Em verdade, a questão não está tanto em saber se a LC 135/2010 interfere no processo eleitoral [...] mas se ela de alguma forma restringe direitos e garantias fundamentais do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e

dos partidos políticos e, desse modo, atinge a igualdade de chances (*Chancengleichheit*) na competição eleitoral, com consequências diretas sobre a participação eleitoral das minorias.

E, a partir dessa análise, trouxe novamente à discussão a identificação dos casuísmos (já objeto de divergência nos julgamentos do TSE) nas alterações das regras de competição eleitoral, à qual se opôs. Para o Ministro Gilmar Mendes, uma tipologia de casuísmos bons ou não condenáveis (que visariam à moralidade do pleito eleitoral e seriam aplicados imediatamente) e de casuísmos ruins ou condenáveis (que deveriam obedecer ao princípio da anterioridade eleitoral) seria perigosa ao regime democrático: "[...] sua interpretação deve deixar de lado considerações pragmáticas, no curso do pleito eleitoral, que acabam por apreciações subjetivas sobre a moralidade deste ou daquele candidato ou partido político".

Outras circunstâncias, relativas à própria estrutura e funcionamento partidários foram consideradas, como a escolha de candidatos, resultado de um longo e complexo procedimento de adequação das forças políticas internas dos partidos e o monopólio dos partidos políticos na apresentação das candidaturas, de maneira que uma mudança razoável nas "regras do jogo" frustraria e prejudicaria estratégias e expectativas, ou ainda os planos já traçados para as futuras campanhas, sendo "insensato" considerar que entre 04 de junho (publicação da Lei da Ficha Limpa) e 05 de julho (fim do período de registro de candidaturas) se "pudesse recomeçar e redefinir o processo político de escolha de candidaturas de acordo com as novas regras".

A questão desembocaria, dessa forma, não apenas na situação jurídica dos candidatos, mas também na autonomia dos partidos políticos, os quais ficariam à mercê de mudanças legislativas.

Mas há ainda a questão da igualdade de chances. Invocando um conceito de origem alemã (*Chancengleichheit*), o Ministro Gilmar Mendes defendeu que qualquer restrição legal à elegibilidade do cidadão constituiria "uma limitação da igualdade de oportunidades na competição eleitoral" e, também, restrição à liberdade dos partidos políticos em apresentar as candidaturas escolhidas:

[...] o princípio da igualdade entre os partidos políticos é fundamental para a adequada atuação dessas instituições no complexo processo democrático. Impõe-se, por isso, uma neutralidade do Estado face das instituições partidárias, exigência essa que se revela tão importante quanto difícil de ser

implementada [...] o Estado, que há de conduzir-se com neutralidade em relação aos partidos, é também um Estado partidariamente ocupado [...] isso pressupõe a renúncia à opressão da minoria e exige a preservação das perspectivas de ela vir a se tornar maioria.

E o estabelecimento de uma legislação às vésperas do pleito eleitoral teria sido um tratamento desigual em seu conteúdo, embora formalmente a Lei Complementar nº 135/2010 trouxesse motivos de inelegibilidade indistintamente a todos os partidos políticos ou candidatos: “não se pode negar, pois, que os partidos estabelecidos gozam de evidente primazia em relação aos *newcomers*, decorrente, sobretudo, de sua posição consolidada na ordem política”, motivo pelo qual os partidos menores e menos estruturados seriam prejudicados com a aplicação da Lei Complementar nº 135 ainda no ano de 2010.

Ao tratar do papel da jurisdição constitucional na proteção das minorias, o Ministro Relator trouxe considerações sobre a função do Poder Judiciário na aplicação das regras de competição eleitoral e, também, sobre a necessidade de obediência à Constituição nos regimes democráticos. O princípio da anterioridade eleitoral seria, assim, uma garantia à minoria parlamentar quando, por conveniência da maioria, o Poder Legislativo pretendesse mudar a regra de competição eleitoral. Se o Poder Judiciário admitisse a possibilidade de modificação das regras do jogo para atingir candidaturas em curso, correr-se-ia o risco dos pleitos eleitorais ficarem “a mercê das vontades políticas majoritárias”.

[...] E não se utilize o argumento de que a lei tem fundamentos éticos evidentes, porque amanhã essas bases morais poderão camuflar perigosos interesses políticos. A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação. O art. 16 é uma barreira objetiva contra abusos e desvios da maioria, e dessa forma deve ser aplicada por esta Corte. Não se pode descartar, nesse contexto, a necessidade de proteção das minorias. E a proteção das minorias parlamentares exige reflexão acerca do papel da jurisdição constitucional nessa tarefa. [...] A Jurisdição Constitucional cumpre a sua função quando aplica rigorosamente, sem subterfúgios calcados em considerações subjetivas de moralidade, o princípio da anterioridade eleitoral previsto no art. 16 da Constituição, pois essa norma constitui uma garantia da minoria, portanto, uma barreira contra a atuação sempre ameaçadora da maioria. O argumento de que a lei é de iniciativa popular não tem aqui peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contra-majoritário da Jurisdição Constitucional. É compreensível a ação das várias associações e das várias organizações sociais tendo em vista a repercussão que esse tema tem na opinião pública. Sabemos que, para temas complexos em geral, há sempre uma solução simples e em geral errada. E para esse caso a população passa a acreditar que a solução para a improbidade administrativa, para as mazelas da vida política, é a Lei da Ficha Limpa. A partir daí há, na verdade, a tentativa de aprisionar, o que nos dificulta enormemente a missão dessa Corte, como em outros casos, porque acabamos tendo de

nos pronunciar de forma contra-majoritária, claro, tendo em vista a opinião pública, segundo as pesquisas manifestadas de opinião. Mas esta é a missão desta Corte: aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião majoritária. Esse é o *ethos* de uma Corte Constitucional. É fundamental que tenhamos essa visão. [...] Tenho a impressão de que este é um caso exemplar que nós temos de tensão entre jurisdição constitucional e democracia. Evidente que a expectativa dessa chamada opinião pública era no sentido de que nós nos pronunciássemos pela aplicação imediata da Lei da Ficha Limpa, até que descobrissem que essa solução seria um atentado contra a própria democracia. A Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010) resultou de projeto de iniciativa popular, subscrito por mais de um milhão e seiscentos mil cidadãos brasileiros. O fato é apresentado pelos diversos meios de comunicação como representativo de uma pujante vontade popular de retirar do processo eleitoral cidadãos que tenham vida pregressa não condizente com a probidade e a moralidade necessárias para o exercício dos cargos políticos. Dessa forma, acabou-se construindo e estimulando um sentimento popular extremamente negativo em torno do julgamento da constitucionalidade dessa lei no Supremo Tribunal Federal. Toda população passa a acreditar que se esta Corte, ao se aprofundar no exame da Lei da Ficha Limpa, decide pela não aplicação dessa lei às eleições de 2010 ou encontra em um ou outro dispositivo específico da lei problemas de constitucionalidade, é porque ela é a favor ou pelo menos compactua com a corrupção na política. O fato de a lei estar sob o crivo da Suprema Corte do Brasil é levado ao público em geral como uma ameaça à Lei da Ficha Limpa e à moralidade nas eleições. É dever desta Corte esclarecer, por meio deste julgamento, o papel que cumpre na defesa da Constituição. Por isso, acredito que nós estamos, hoje, cumprindo bem a missão, o *ethos* o qual esta Corte se destina. [...] Poderia, Presidente, fazer uma série de considerações a propósito dessa discussão; já tive oportunidade de dizer que, não raras vezes, a Corte tem que defender o próprio cidadão contra a sua própria sanha, contra os seus próprios instintos, porque, em algum momento, diante de determinada quadra, legitima-se até mesmo o fuzilamento, a pena de morte, aplaudem-se os linchamentos. É preciso, portanto, ter-se muito cuidado com a valoração desse chamado sentimento popular.

Na mesma linha de raciocínio, o Ministro Dias Toffoli requereu um aparte.

[...] Vossa Excelência me permite? Hoje mesmo eu observei na internet uma notícia emanada de um dos integrantes do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral, que estimulou e defendeu no Congresso a aprovação dessa lei, dizendo que ela foi mal aplicada em relação a determinados candidatos, como se pudesse a Justiça Eleitoral escolher quem será submetido ou quem não será submetido à sua jurisdição.

O Ministro Luiz Fux, sobre o qual recaía a expectativa e responsabilidade de desempatar o placar de cinco a cinco, iniciou sua explanação tecendo considerações em relação aos requisitos para a ocupação dos diversos cargos públicos.

[...] É cediço que dos juízes reclama-se um conhecimento enciclopédico, uma isenção hercúlea, tudo envolto numa postura olímpica. Se assim o é, é assim que se passam as coisas no mundo judicial, dos políticos espera-se moralidade no pensar e no atuar, virtudes que conduziram ao grito popular pela Lei da Ficha Limpa.

A seguir, relacionou moralidade e respeito à Constituição:

[...] Deveras, é cediço que também integra a moralidade a obediência às decisões judiciais, às leis e, com maior razão à Constituição Federal. A atividade de quem quer que exerça uma função pública e desobedeça a Constituição Federal deve ser acoimada de uma atividade imoral.

Adentrou, na sequência, às questões relativas à iniciativa popular da lei, ao processo eleitoral e sua relação com a convenção partidária, ao pluralismo político, à igualdade de condições e à possibilidade de modificação das regras pelos atuais detentores do poder, citando noções de antropologia:

[...] Destarte, inequívoco que as normas de inelegibilidade atingem o quadro subjetivo dos competidores no processo eleitoral, em torno do qual todos os demais giram.

Entendimento diverso conduziria ao paradoxo no sentido de que a proteção do art. 16 seria inócua, pois estaria ao alcance dos atuais titulares do poder político a previsão de leis restritivas do ponto de vista subjetivo, afastando tais ou quais categorias de pessoas da possibilidade de concorrerem, e com isso interferindo na segurança de que devem gozar as eleições. Se a finalidade do art. 16 é assegurar também o pluralismo político no pleito (CF, art. 1º, V), com igualdade de condições entre quem está no poder e quem está fora, para que os primeiros não criem regras de exceção, de última hora, em benefício próprio, o dispositivo deve necessariamente abranger também as condições de inelegibilidade. [...] Mercê desse aspecto metodológico, a dinâmica eleitoral não se inicia apenas formalmente na convenção partidária: há movimentos políticos de estratégia que ocorrem antes, pela conjugação e harmonização de forças, como é notório [...] se permitida a incidência de lei publicada apenas três dias antes do começo do período das convenções partidárias, assim, haveria um prejuízo material ao debate democrático, pois a própria definição dos candidatos poderia ficar à deriva, dado o risco de alteração, de modo abrupto, das regras sobre inelegibilidade, com inegável afronta à previsibilidade que deve presidir o jogo eleitoral.

Deveras, repita-se, a iniciativa popular foi mais do que salutar, mas não pode ser efetivada em dissonância com as garantias constitucionais. É que segurança jurídica e surpresa não combinam, resolvendo-se os conflitos e as tensões sempre em prol do primeiro valor. [...] Na avaliação do antropólogo ERNST-JOACHIM LAMPE, a segurança e a possibilidade de preservação dos próprios interesses individuais situam-se dentre as necessidades fundamentais dos seres humanos. Com essa mesma preocupação, WINFRIED BRUGGER salienta, em sua consagrada obra "A Cruz Antropológica da Decisão na Política e no Direito" [...] que, por tocarem diretamente na essência da natureza humana, a violação contínua dessas necessidades por demasiado tempo certamente encontrará, em algum momento da história, uma forte resistência dos prejudicados.

E elaborou um raciocínio no qual relacionou a grande quantidade de assinaturas recebidas pela iniciativa popular da lei da Ficha Limpa, *versus* o número de votos que os candidatos “ficha suja” receberam nas urnas:

[...] É que milhares de votos alcançados pelos parlamentares eleitos, e a serem prejudicados com a aplicação imediata da Lei Complementar nº 135, servem como um mecanismo compensatório para fazer frente aos votos obtidos no projeto de iniciativa popular, que busco afastar do cenário político todas as autoridades punidas por órgãos colegiados. Por conta disso, a projeção para eleições futuras dos comandos da lei impugnada não representa, de maneira alguma, uma antidemocrática posição contramajoritária de nossa Corte rumo à preservação de direitos historicamente assegurados pelos diversos ordenamentos jurídicos mundiais.

Há, na realidade, um nítido embate entre o anseio de parcela da população brasileira de aplicação das regras da LC nº 135 às eleições de 2010 e, de outro lado, a vontade de parcela substancial de cidadãos que elegeram os candidatos a serem prejudicados com o eventual efeito imediato da Lei da Ficha Limpa. Esta última vontade fica, ainda, aliada às expectativas legítimas dos candidatos de não serem surpreendidos com uma alteração súbita e inesperada no processo eleitoral brasileiro. [...] Lembro que, na *Odisséia* de Homero, Ulisses apenas se salvou do canto das sereias após colocar cera nos ouvidos e se amarrar ao mastro de sua embarcação. [...]

As vozes de uma parcela da população brasileira, que clamam, de forma contrária ao que admite o art. 16 de nossa Constituição, pela punição, já nas eleições de 2010, de políticos condenados por órgãos colegiados, devem ser ouvidas, respeitadas, mas não encontram embasamento no ordenamento jurídico brasileiro e nem mesmo nas civilizações democráticas do mundo ocidental. Na longa caminhada, o canto das sereias leva, apenas, ao sacrifício nas profundezas escuras do mar.

A Ficha Limpa é a lei do futuro, é a aspiração legítima da nação brasileira, mas não pode ser um desejo saciado no presente, em homenagem à Constituição Brasileira: que protege a nossa família desde o berço dos nossos filhos até o túmulo dos nossos antepassados.

Retomou a palavra o Ministro Dias Toffoli, inicialmente referindo o anseio popular pela imediata aplicação da Lei da Ficha Limpa e a defesa da maioria dela mesma.

[...] O caso, não desconheço, apresenta profundas implicações com o anseio social por práticas políticas éticas e pela eliminação, no sistema eleitoral, de agentes que se mostraram desafiadores da moralidade, assim entendida não sob o prisma do Direito Administrativo, mas sob a óptica do conjunto de valores comuns em torno de condutas socialmente adequadas.

Esse discurso ético tem, por conseguinte, forte apelo nas instâncias extrajudiciais e nós, magistrados da Suprema Corte, não ficamos alheios a esses processos e ao impacto dessas emanções coletivas sobre nossa forma de enxergar os problemas trazidos ao Poder Judiciário.

Algumas vezes, deve-se proteger as majorias delas mesmas e, muitas vezes, compete ao Poder Judicial o desagradável papel de restringir a vontade popular em nome da proteção do equilíbrio de forças democráticas, contra o esmagamento de minorias ou de pautas axiológicas que transcendem o critério quantitativo do número de votos em uma eleição ou um plebiscito. [...] Qualquer pesquisa de opinião pública indicará a maciça adesão do povo brasileiro à pena de morte no caso de crimes hediondos.

Ainda que se diga que não se pode confundir a instituição de pena de morte à candidatura a cargos políticos eletivos, é de se reconhecer que há o mesmo ingrediente da colocação, em posições antagônicas, do consenso social [...] Houve o processo legislativo e seu resultado foi a Lei Complementar nº 135/2010, norma que dispõe de significativa legitimidade popular [...] e cerceadora da ampla participação democrática no processo eleitoral.

Elaborou um breve histórico das restrições aos direitos de votar e ser votado, comparando-as com as trazidas pela Lei Complementar nº 135/2010, pela sua gravidade. E, citando o movimento militar de 1964 e o Presidente Juscelino Kubitschek, indicou sua posição a respeito do papel do Supremo Tribunal Federal.

[...] No passado, eram restrições censitárias, culturais, raciais e religiosas. A História humana, mesmo recentemente, apresenta diversos – e nada edificantes – exemplos de restrições ao direito de voto (e ao direito de ser votado, por consequência) destinadas aos pobres, a indivíduos de etnias diferentes daquela apresentada pela classe dominante, a filiados a partidos políticos de ideologias não conformistas e até a pessoas que se declaravam fiéis de certas denominações religiosas.

Esses embaraços ao direito à elegibilidade devem ser compreendidos nessa perspectiva histórica. Especialmente quando razões de natureza moral podem ser invocadas, no futuro, como no passado, para fins de exclusão política de segmentos incômodos ao regime. A participação de diversos brasileiros na vida política foi obstada após o movimento militar de 1964 em nome de infamantes acusações de corrupção. O fundador desta Capital Federal, Juscelino Kubitschek de Oliveira, é apenas a face mais visível do uso do argumento moral (quase sempre incontestável) para exaurir expoentes políticos do processo eleitoral.

Dir-se-á que são argumentos para outras épocas, nas quais não havia independência judicial. Entendo que não. Esta Corte julga teses e não pessoas. Julga para o presente, mas suas decisões têm impacto para além de nossa permanência nestas cadeiras e do direito de ostentar a toga de juiz constitucional. Nossos julgamentos têm compromisso com o julgamento moral da História e esse, na maior parte das vezes, não é o mesmo das manchetes dos jornais do dia. Em 1º de abril de 1964, esses periódicos, em sua quase totalidade, cerraram fileiras em prol do novo regime, cuja apreciação pelo povo brasileiro só muito recentemente firmou-se de maneira adequada à pauta de valores humanísticos e universais.

Veja-se que o problema atualmente submetido ao crivo deste Pretório Excelso não é novo e os fundamentos moralizantes, típicos de épocas de “salvação nacional”, estão de volta ao cenário político-jurídico da Nação. Ao menos por esse importante aspecto, julgo não ser ocioso avivar a memória coletiva sobre a correlação histórica e os riscos do discurso moralizante, quando ele chega ao extremo de desrespeitar o núcleo essencial de direito fundamentais, ainda que de indivíduos pelos quais não se exprime uma opinião das mais favoráveis.

O Ministro Dias Toffoli encerrou sua participação trazendo para o processo considerações relativas a críticas ao Supremo Tribunal Federal (por suposto consequencialismo decisório), à questão da preservação dos direitos das minorias

(para que elas eventualmente venham a se tornar majorias), bem como sobre casuísmo e segurança jurídica.

[...] Ressalto, por derradeiro, dois tópicos argumentativos. O primeiro está na crítica ao posicionamento do STF em relação ao que decidido na ADI 3.685, no sentido de que a Corte adotou insustentável posição consequencialista. A despeito da baixa densidade teórica da censura feita ao acórdão dessa ação direta por autores pouco expressivos, é de pontuar que o Tribunal não foi pragmático, muito menos abandonou técnicas fundamentalistas em nome de um suposto consequencialismo. Aqui, como alhures, deve-se preservar a previsibilidade do processo eleitoral. E, conjugadamente, preservam-se as prerrogativas das minorias, que não influenciaram decisivamente a aprovação da lei cuja eficácia se pretende imediata.

O segundo está em que a defesa das minorias é, antes de mais nada um trunfo, como a moderna dogmática constitucional qualifica essa posição jurídica, desses grupos em face das majorias. E, nesse aspecto, não se trata de mirar nas consequências da decisão judicial e, sim, de cuidar de permitir que elas se habilitem a permanecer no palco da vida política e, eventualmente, possam converter-se em majorias. [...] O regime democrático é essencialmente ligado à prevalência da vontade majoritária do povo. No entanto, como ressaltou a Corte, as minorias devem ter preservados seus interesses, mormente para que não se lhes retirem ou reduzam o direito de exercitar a oportunidade de tornar-se maioria no futuro. Quando analisamos a norma impugnada da Lei Complementar nº 135/2010, deixamos de ver o outro lado da questão. Em nome de princípios moralizantes, que restringem a participação de indivíduos no processo eleitoral, não podemos esquecer que deixamos de lado um princípio abstrato e impessoal, veiculado no artigo 16, CF-1988, que protege a própria Democracia contra o casuísmo, a surpresa, a imprevisibilidade e a violação da simetria constitucional dos postulantes a cargos eletivos. Se admitirmos a eficácia imediata da Lei Complementar nº 135-2010, no que se refere exclusivamente ao caso dos autos, abriremos as portas para mudanças outras, de efeitos imprevisíveis e resultados desastrosos para o concerto político nacional.

A Ministra Cármen Lúcia, cujo posicionamento pela aplicabilidade da Lei Complementar nº 135 no ano de 2010 já era conhecida, tendo em vista suas participações nos julgamentos do Tribunal Superior Eleitoral, elaborou participação breve, centrando-se basicamente na questão da valoração dos casuísmos e frisando a questão da garantia da moralidade do pleito eleitoral.

[...] o art. 16 da Constituição visava apenas impedir o chamado casuísmo de véspera, ou seja, a mudança legislativa destinada a favorecer a própria classe política, e por isso a exigência de lei complementar se destinava apenas a proteger as eleições contra o abuso de poder e garantir sua legitimidade e normalidade. [...] não deveria restar dúvida relevante quanto à questão referente ao lapso temporal no qual se compreende o processo eleitoral [...] ele tem início na fase das convenções partidárias para a escolha das candidaturas (fase pré-eleitoral), atravessa a campanha e as eleições propriamente ditas, concluindo-se com a diplomação dos eleitos e de seus suplentes (fase pós-eleitoral). [...] E, também fiz análise daqueles outros votos, Ministro Gilmar, só que chego à conclusão exatamente

diversa. [...] E Vossa Excelência afirmou exatamente que seria complicado falarmos em casuismo, porque poderiam ter casuísmos do bem e do mal. Mas o Ministro Moreira Alves, naquela ocasião, ao fazer essa referência, dizia que a “mudança legislativa destinada a favorecer a própria classe política” é que seria realmente contrária ao disposto no artigo 16.

Em posição similar à da Ministra Cármen Lúcia, pois também ocupante de assentos no Tribunal Superior Eleitoral e no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Ricardo Lewandowski sublinhou a iniciativa popular da lei, a legitimidade das eleições e o prestígio à probidade administrativa. Resumiu a estrutura da Justiça Eleitoral e a posição por ela tomada na questão “por expressiva maioria”, fazendo relação com os valores democráticos e republicanos.

[...] Eu principio dizendo, Senhor Presidente, nobres Pares, que o legislador, ao aprovar a Lei Complementar nº 135/2010, a denominada Lei da Ficha Limpa, que tem origem na iniciativa popular, contou com mais de um milhão e seiscentas mil assinaturas, passou pelo crivo da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da própria Presidência da República e do TSE, na verdade, teve uma inspiração extremamente generosa: ela buscou proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, bem como a legitimidade das eleições.

O Plenário do *locus* Tribunal Superior Eleitoral, por expressiva maioria e comungando do entendimento francamente dominante da quase totalidade dos vinte e sete tribunais regionais eleitorais do País e dos mais de três mil juízes eleitorais brasileiros [...] teve como objetivo, como escopo, proteger aqueles valores fundamentais que servem de arrimo ao próprio regime republicano, regime republicano este que está descrito, ou foi adotado pelos nossos Constituintes de 88, logo no artigo 1º da Carta Magna, o artigo vestibular, juntamente com o princípio democrático e o princípio federativo, que constituem, exatamente, o tripé sobre o qual se assenta todo o nosso arcabouço jurídico constitucional.

A seguir, expôs sua opinião sobre os itens da paridade de armas na competição eleitoral e linearidade de tratamento aos candidatos.

[...] Assim, pelas mesmas razões, e por coerência, penso que não há falar em alteração do processo eleitoral, pois não se registrou nenhum casuismo ou rompimento da chamada “paridade de armas” que pudesse acarretar alguma deformação do processo eleitoral.

[...] É que, nessa hipótese, não há o rompimento da igualdade das condições de disputa entre os contendores, ocorrendo, simplesmente, o surgimento de novo regramento normativo, de caráter linear, ou seja, de disciplina legal que atinge igualmente todos os aspirantes a cargos eletivos, objetivando atender, repito, o disposto no art. 14, § 9º, da mesma Carta. [...] Na verdade, existiria rompimento da denominada “paridade de armas” caso a legislação eleitoral criasse mecanismos que importassem em um desequilíbrio na disputa, prestigiando determinada candidatura, partido político ou coligação em detrimento dos demais. Isso porque o processo eleitoral é integrado por normas que regulam as condições em que se trava

o pleito, não se incluindo entre elas os critérios de definição daqueles que podem ou não apresentar candidaturas.

Não se contesta que a modificação das regras relativas às condições regedoras da disputa eleitoral, aprovada no ano em que ocorre o pleito, poderia dar azo à uma eventual quebra da isonomia entre os candidatos. Tal não ocorre, todavia, com a alteração das normas que definem os requisitos para o registro de candidaturas, sem fazer distinção entre os valores postulantes, motivo pelo qual não têm o condão de afetar a igualdade que deve reger a disputa eleitoral.

O Ministro Ricardo Lewandowski encerrou seu voto com considerações relativas à raiz etimológica da palavra “candidato”.

[...] Nesse sentido, destaquei que a palavra “candidato” vem do latim *candidatus*, que significa “aquele que veste roupa branca”, representando a pureza, a honestidade e a idoneidade moral para o exercício do cargo postulado.

O Ministro Joaquim Barbosa contextualizou o respectivo voto, unindo razões como a moralidade da vida política e a mobilização da sociedade para aplicar imediatamente da Lei Complementar nº 135/2010, de forma que remeteu aos integrantes da arena política, notadamente os partidos políticos, a responsabilidade de, nas convenções partidárias, terem tomado o cuidado de não escolher candidatos que pudessem ser considerados inelegíveis.

[...] Reafirmo, uma vez mais, a perspectiva com que me proponho a analisar os Recursos extraordinários que envolvem a aplicação da Lei Complementar 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, que simboliza grande avanço na moralização da nossa vida política e é fruto da mobilização de número expressivo de nossos concidadãos, sendo, portanto, uma das nossas raras leis de iniciativa popular: a da valorização da moralidade e da probidade no trato da coisa pública, sob a ótica da proteção ao interesse público, e não de proteção preferencial aos interesses puramente individuais. Entendo que há de prevalecer a ótica interpretativa que privilegie a proteção dos interesses maiores de toda a coletividade, que afirme a probidade e a moralidade administrativas, que coíba o abuso no exercício de funções públicas, pois são estes vetores, em última instância, os mais elevados valores a serem preservados quando se tem em jogo o exercício dos direitos políticos, especialmente na perspectiva passiva. [...] No caso ora em discussão, lançar ao ostracismo os postulados da moralidade e da probidade administrativa (art. 14, § 9º CF-88) em prol da prevalência de uma distante e duvidosa aplicabilidade a esta controvérsia do disposto no art. 16 da Constituição, constitui, a meu sentir, opção temerária por uma determinada leitura do texto constitucional.

Assim, referida lei complementar, que traz normas de direito material eleitoral, ingressou no mundo jurídico em momento no qual ainda não estavam formalmente definidos os candidatos às eleições, de modo que, por trazer critérios objetivos e facilmente verificáveis, cabia aos partidos

políticos, durante as convenções, fazer recair a indicação de pleiteantes a cargos eletivos sobre aqueles que preenchessem os requisitos legais.

A seguir, refutou a tese de que a aplicação da Lei da Ficha Limpa desequilibraria a competição eleitoral.

[...] A lei não gerou desequilíbrio entre as forças eleitorais em disputa. A alteração irrelevante das regras do jogo, ou seja, a alteração que não afeta a isonomia entre os candidatos, não se submete ao princípio da anualidade. Em suma, é a própria democracia que se vê diminuída e deslegitimada, o que tem como consequência direta a não-identificação do cidadão com seus representantes, a desafeição do cidadão em relação aos assuntos de interesse da polis, ou seja, aquilo que os alemães chamam apropriadamente de *Politikverdrossenheit*.

Como feito precedentemente pelo Ministro Dias Toffoli, o Ministro Joaquim Barbosa invocou razões históricas para indicar as funções que caberiam ao Supremo Tribunal Federal no julgamento do caso da Ficha Limpa – todavia para defender posição oposta ao do colega.

[...] Senhor Presidente, a história nos mostra que na vida constitucional das nações, de tempo em tempo, às vezes é preciso fazer escolhas. Dramáticas, em algumas ocasiões. Especialmente após a Segunda Guerra Mundial, essas escolhas têm cabido não raro às cortes constitucionais ou às cortes supremas, e o Supremo Tribunal Federal está, neste momento, diante de um grande momento, como este, de fazer uma grande opção. E, neste caso específico, parece-me ser muito simples a opção a se fazer. O que temos diante de nós? Nós temos aqui dois dispositivos, ambos de estatura constitucional. Um, o artigo 16 da Constituição, que estabelece o princípio da anualidade no que diz respeito ao chamado processo eleitoral; o outro, um dispositivo igualmente inserido no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, o qual estabelece a obrigação de se coibir as práticas imorais, de se implantar a moralidade, de se banir a improbidade administrativa que, todos nós sabemos, é uma das chagas da nossa polis, da nossa vida política. É esta, me parece, a opção que temos de fazer.

O Ministro Ayres Britto abordou a gestão pública como um mandato, derivado da representação política e, portanto, em nome do povo, o qual teria o direito de que a administração pública fosse conduzida de maneira ética. A melhor maneira para tal administração seria mediante a escolha de candidatos com a vida pregressa limpa:

[...] A probidade administrativa é um dever do Poder Público, expressão que é do princípio da moralidade administrativa, artigo 37. O Estado tem o dever de administrar, de modo probó, a coisa pública – que não é dele, ele é um curador, ele é gestor de coisa alheia e não senhor de coisa própria [...] e a esse dever corresponde o direito de cidadania, de ver a sua coisa, a coisa pública administrada por modo ético, moral, probó. Mas, esse direito da

cidadania tem uma outra dimensão: o cidadão tem o direito de escolher – para a formação dos quadros estatais, em períodos eleitorais – candidatos de vida pregressa retilínea.

A probidade administrativa, pressupondo já a investidura nos cargos, a “moralidade para o exercício do mandato” pressupondo disputa em uma fase precedente à investidura. A constituição cuida da probidade no plano da investidura consumada e da moralidade no plano da disputa pela investidura em cargo político eletivo.

E a vida pregressa é a vida passada, não é a vida futura, considerada a biografia do candidato, o político que não tiver biografia, desfilar pela passarela inteira do Código Penal ou da Lei de Improbidade Administrativa – ou quase isso – não pode ter a ousadia de pedir o registro de sua candidatura.

E, a exemplo do Ministro Ricardo Lewandowski, utiliza a origem da palavra “candidato”.

[...] Até porque a Constituição trabalhou com esse sentido vernacular de candidato. O que é candidato? Cândido, puro, limpo, eticamente. E candidatura, o que é? candura, pureza, limpeza, ética, segundo a boa tradição romana.

Teceu uma análise sobre o caráter excepcional da Justiça Eleitoral Brasileira, desde a sua estrutura até as suas funções, entendendo que ela deve estar a serviço da democracia representativa.

[...] no Direito Eleitoral, tudo é peculiar; até a Justiça Eleitoral é peculiaríssima; é uma Justiça composta por juízes que não têm vitaliciedade, têm mandato; que não têm vencimentos, têm jeton; juízes que respondem a consultas; juízes que fazem da função administrativa, notadamente aquela de realização material da eleição, uma atividade ombreada com a função jurisdicional, atividade administrativa no âmbito da Justiça Eleitoral, porque o processo eleitoral é assim, binariamente administrativo e jurisdicional. A Justiça Eleitoral faz da atividade administrativa não uma atividade-meio, mas uma atividade-fim; não uma atividade *interna corporis*, endógena, portanto, mas uma atividade exógena, *externa corporis*. Tudo é peculiar. [...] Esse processo eleitoral está a serviço da democracia representativa, porque a eleição é o momento mais luminoso e culminante, pinacular da democracia representativa. E o processo eleitoral só pode ter função instrumental, é um instrumento, é serviente. Serviente de quê? da democracia representativa no plano da sua autenticidade, no plano da legitimidade e no plano da normalidade.

O Ministro não considerou que a segurança jurídica seria abalada com a aplicação da nova lei, entendendo que a Lei Complementar nº 135/2010 teria um “merecimento maior” por ter em sua gênese a iniciativa popular.

[...] E eu digo o seguinte, a Lei Complementar nº 135 trouxe surpresa, mas que surpresa? Ela chegou com dezesseis anos de atraso. E tem mais, ela

só chegou porque a cidadania tomou a iniciativa. Não se diga que ela não tenha maior ou menor merecimento pelo fato de provir de um impulso coletivo popular. Tem merecimento maior. Ou seja, a iniciativa popular, aqui, atende a um reclamo, a um chamamento constitucional. É uma forma de democracia direta ou participativa. A representação do povo não se faz plenamente, só se faz em plenitude depois dessa iniciativa, desse impulso popular. Vossa Excelência disse bem: um milhão e seiscentas mil pessoas, capitaneadas por mais de sessenta instituições da sociedade civil, produziram uma lei que passou, por unanimidade, na Câmara dos Deputados e no Plenário do Senado Federal, ungida nessa pia batismal da soberania popular. [...] Então, é uma lei que nasce, no seu processo legislativo, ultralegitimada pela Constituição. Isso faz sim, a diferença. Para enxergar uma inconstitucionalidade nessa lei é preciso que a inconstitucionalidade seja flagrante, seja patente.

Finalizou entendendo que a Lei Complementar nº 135/2010 veio trazer igualdade – uma equiparação dos ocupantes de cargos eletivos aos ocupantes dos demais órgãos públicos, pois todos se encontrariam na mesma posição, a de representar a coletividade.

[...] A lei, além de não ferir o princípio da isonomia entre os protagonistas do processo eleitoral, estabeleceu uma isonomia. Uma isonomia fundamental entre membros do Poder. Porque a Constituição para os juízes exigiu concurso público: um processo seletivo no qual se afere, em primeiro lugar, a vida pregressa do candidato. Então, quando a lei passou a exigir uma vida pregressa isenta de um passivo eleitoral avultado, um passivo processual avultado, seja no campo penal, seja no campo da proibidade administrativa, a lei promoveu uma isonomia entre membros do Poder. Membros do poder têm que ter vida pregressa respeitável, porque, no fundo, o § 9º do artigo 14 consagra um princípio: o princípio constitucional da respeitabilidade. Quem sai do campo da apresentação de si mesmo, que é o campo dos direitos individuais, e se catapulta para o campo da representação de toda uma coletividade, tem que ter respeitabilidade, porque o povo deve ter a possibilidade de escolher entre candidatos de vida retilínea. Isso se chama “autenticidade do regime democrático”, qualidade de vida política do país, a qualidade de que mais precisamos: a qualidade de vida política. E essa lei veio para sanear os costumes eleitorais, rimando erário com sacrário pelo modo eficaz de combate à improbidade administrativa: o abuso do poder político e o abuso do poder econômico.

Com a chegada da oportunidade de manifestação da Ministra Ellen Gracie, a primeira mulher a ocupar assento no Supremo Tribunal Federal saudou a chegada da Lei Complementar nº 135/2010, mesmo que com atraso, e verificou resistência à imediata aplicação, que entendeu incabível face o respeito que se deveria à soberania popular.

[...] Ela vem com todo esse atraso para sanar essa lacuna. Mas, afinal, o resultado do julgamento de hoje é bom para a nação brasileira porque, daqui para a frente, pelo menos, as pessoas que se encontrarem nessa condição de pouca qualificação para a vida pública, para o exercício dos

cargos públicos e para viver em regime republicano não serão mais admitidas às eleições. Há resistência à imediata aplicação dos novos instrumentos legais de proteção da probidade administrativa e da moralidade para o exercício e a plena efetivação do regime de inelegibilidades instituído pela Constituição Federal. Todavia, é por respeito à soberania popular, corolário máximo da democracia, que a Constituição de 1988 impõe esse mecanismo de barragem, para novos mandatos, em desfavor daqueles que desmereceram da confiança popular no exercício de mandatos eletivos anteriormente assumidos.

E encontrou diferença na normatização de inelegibilidades ocorrida no passado e a atualmente realizada. Para a Ministra, no passado tais regulamentações teriam servido a casuísmos “deploráveis”, o que não ocorreria com a Lei Complementar nº 135/2010.

[...] Se é certo que as mudanças nas hipóteses de inelegibilidade foram, nos regimes políticos passados, instrumentos de produção de deploráveis casuísmos [...] também não seria menos correto afirmar que na ordem constitucional vigente tornaram-se elas indispensáveis aliadas na busca pelo aperfeiçoamento da democracia representativa e pelo aprimoramento do exercício da função pública, sobretudo do cargo político eletivo.

O Ministro Marco Aurélio, um dos decanos do Supremo Tribunal Federal e também Ministro do Superior Tribunal Eleitoral quando do julgamento da Consulta nº 112.026, iniciou sua manifestação criticando a “pressa” na aplicação da Lei Complementar nº 135/2010.

[...] Presidente, quanta pressa em corrigir-se as mazelas do Brasil! Vivemos sob a proteção de uma Constituição Federal, à qual todos se submetem, indistintamente, inclusive o próprio povo. Passaram-se vinte anos para ter-se a Lei Complementar nº 135/2010, que, ao que tudo indica, será a panaceia, será a correção definitiva de rumos, e viveremos dias melhores desta sofrida República!

Deu valor à segurança jurídica, e entendeu que as normatizações deveriam trabalhar com os fatos futuros.

[...] Presidente, não me canso de repetir que a segurança jurídica é cláusula pétrea, quer queiramos, quer não. Revela-se como primeira condição da segurança jurídica, sem dúvida alguma, a irretroatividade da lei, que é editada para vigor de forma prospectiva, para o futuro, e não para apanhar o passado.

A seguir, posicionou-se sobre o papel do Poder Judiciário frente à sociedade e ao Poder Legislativo, inclusive manifestando quais as funções que o Judiciário não deveria exercer.

[...] especialmente o voto do Ministro Gilmar Mendes – que escancarou o fato de não ocuparmos, no Supremo, cadeira voltada a relações públicas, nem cadeira voltada simplesmente a atender aos anseios populares, mas cadeira voltada a preservar a Carta da República [...] Não temos, Presidente, qualquer culpa pelo fato de o Congresso Nacional somente ter editado essa lei no ano das eleições [...]

Por último, Presidente, digo que é muito bom quando há coincidência entre o convencimento do juiz e o anseio popular. Ele é enaltecido, ele tem o perfil ressaltado, mas, quando não há essa coincidência, realmente as críticas vêm à baila. Porém, ocupamos cadeira vitalícia, justamente, para atuarmos segundo a ciência e a consciência possuídas.

Ao lado do Ministro Marco Aurélio como um dos Ministros mais antigos do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello proferiu um voto inicialmente voltado ao padrão ético e moral da arena política brasileira, e da reação que o universo jurídico deveria empreender.

[...] Salientei, então, Senhor Presidente, em referidos julgamentos plenários, que a desejável convergência entre ética e política nem sempre tem ocorrido ao longo do processo histórico brasileiro, cujos atores, ao protagonizarem episódios lamentáveis e moralmente reprováveis, parecem haver feito uma preocupante opção preferencial por práticas de poder e de governo que se distanciam, gravemente, do necessário respeito aos valores de probidade, de decência, de impessoalidade, de compostura e de integridade pessoal e funcional. [...] A ordem jurídica não pode permanecer indiferente a condutas de quaisquer autoridades da República que hajam eventualmente incidido em censuráveis desvios éticos no desempenho da elevada função de representação política do Povo brasileiro.

Passou a se manifestar sobre as atribuições da Justiça Eleitoral, relacionando-as com o sistema democrático e com o modelo republicano.

[...] Presente tal contexto, Senhor Presidente, torna-se essencial reconhecer que a Justiça Eleitoral tem o dever-poder de obstar candidaturas de pessoas desprovidas de idoneidade e destituídas de probidade e que, por isso mesmo, hajam incidido em situação configuradora de inelegibilidade, desde que compatíveis com a ordem constitucional, em ordem a viabilizar, ao cidadão, exercício do direito de escolher pessoas dignas e probas para o desempenho do mandato eletivo. Eis porque o sistema democrático e o modelo republicano consagram, como fórmula legitimadora do exercício de poder, o direito do cidadão à plena informação sobre a vida progressa dos candidatos, especialmente se se tratar da escolha, em processo eleitoral, daqueles que irão, como membros do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, co-participar da regência e da direção superior do Estado, incumbindo à Justiça Eleitoral, com apoio em legislação compatível com a Constituição, impedir que se transgridam os postulados da probidade e da moralidade.

Ainda, posicionou-se no sentido de que o processo eleitoral visa a garantir a paridade de armas e a estabilidade das regras na competição eleitoral.

[...] Refiro-me à garantia do devido processo eleitoral, cujos elementos – concebidos para viabilizar a igual competitividade entre os candidatos e respectivas agremiações partidárias, de um lado, e projetados para assegurar, em favor dos cidadãos eleitores, e, também, dos candidatos e respectivos partidos políticos, a certeza da estabilidade das regras do jogo eleitoral, de outro, objetivam, em última análise, dar sentido e efetividade a um valor essencial, fundado na segurança jurídica e que visa, no plano das relações, a preservar a confiança que deve sempre prevalecer na esfera das relações entre os indivíduos e o Estado, para que a mudança abrupta da disciplina normativa do processo eleitoral não se transforme em instrumento vulnerador de princípios constitucionais cuja supremacia se impõe, até mesmo, ao Congresso Nacional, ainda que no exercício de seu poder de reforma.

Finalizou manifestando sua posição em relação à função contra majoritária do Supremo Tribunal Federal e o impedimento de leis casuísticas.

[...] Tais reflexões em torno dessa outra dimensão do princípio da anterioridade eleitoral põem em evidência a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito [...] Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional. [...] É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como a liberdade de participação política e o direito de não ser surpreendido pela edição abrupta de legislação veiculadora de novas hipóteses de inelegibilidade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito. [...] Daí a necessidade de impedir, em sede jurisdicional, que o Estado, dominado por estamentos majoritários, subverta as regras do processo eleitoral e imponha, muitas vezes casuisticamente, normas legais destinadas a afastar grupos de oposição da disputa pelo poder político, como sucederia se esta Suprema Corte permitisse, por absurdo, a transgressão ao postulado da anterioridade eleitoral consagrado no art. 16 da Constituição da República.

O Presidente do STF na ocasião, Ministro Cezar Peluso, foi o último a proferir voto, conforme o a previsão regimental. Salientou a função do Poder Judiciário de julgar os atos, e não os atores, além de ter corroborado os benefícios à sociedade que a Lei Complementar nº 135/2010 traria, através da moralização do processo eleitoral. Todavia, ressaltou que ao Supremo Tribunal Federal não caberia se

comover com quaisquer pressões populares, pois se assim fizesse o próprio tribunal se tornaria inconfiável.

[...] o Judiciário julga atos, e não pessoas – até porque me parece que esta não é a função do Judiciário, julgar pessoas – e portanto não está lançando nenhum juízo ético ou moral sobre o passado de candidatos, que são coisas relevantes ao caso, e, muito menos, está ou estamos a negar os bons e altos propósitos que ditaram a proposta legislativa que redundou na edição da Lei Complementar nº 135. Somos todos favoráveis – e a vida de cada Ministro aqui o demonstra – à moralização dos costumes políticos, do respeito aos valores éticos nas disputas eleitorais; somos todos favoráveis às pretensões legítimas de aprimoramento do processo político eleitoral. Enfim, tudo aquilo que concorra para a solidificação do processo democrático, pois a democracia é também processo e é por isso aprendizado permanente, com tudo aquilo que concorra para o refinamento do espírito humano na sua objetivação histórica, estamos todos de acordo. [...] O que a mim me parece particularmente [...] é que não me comovem pressões provindas da opinião pública, ou de opinião publicada, ou de segmentos do povo, ou de instituições, por mais respeitáveis que sejam. Eu digo que, nesse ponto, a função de uma Corte Constitucional, como a função de qualquer magistrado, não é atender às vontades contingenciais e conjunturais de segmentos do povo, mas é atender àquilo que o povo, na sua vontade permanente de identidade histórica, positivou na sua Constituição. Noutras palavras [...] que um tribunal que atenda a pretensões consideráveis da população ou de segmentos da população, segmento do povo, mas ao arrepio da Constituição, é tribunal no qual nem o povo pode confiar!

Finalmente, expressou que não seria função do Poder Judiciário a retirada, do povo, da possibilidade de escolher, via sistema democrático representativo, a possibilidade de escolher os ocupantes de cargos eletivos.

[...] Em segundo lugar, tampouco me parece seja função do Poder Judiciário usurpar do povo o que é dever elementar do mesmo povo: escolher os seus governantes. Não se pode transferir essa tarefa ao Poder Judiciário! É o povo que deve avaliar a idoneidade dos candidatos, independentemente das condições de inelegibilidade.

Ora, estamos todos de acordo em que o artigo 16 visa a manter a estabilidade do processo [...] porque atinge o elemento mais peculiar, mais sensível, mais delicado do processo eleitoral, que é o quadro subjetivo dos competidores, que é o quadro da competição, em torno do qual giram os demais elementos.

Tenho, para mim, como um dos casos mais manifestos de casuísmo, que nega à lei a própria qualidade de norma jurídica, pois visaria a produzir [...] “propósito casuístico”. A interpretação dada alcança uma classe reduzida e fechada de pessoas determinadas e identificadas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A judicialização da política, em sua versão *from without*, é um dos contornos mais perceptíveis da guinada que o Poder Judiciário tem, em parte, realizado (pois decorre de um nítido voluntarismo) e, também em parte, sofrido (pois algumas demandas são impostas pela sociedade), desde o final da Segunda Guerra Mundial. Resultado do encontro de doutrinas e influxos sociais, ela remeteu os juízes do ocidente para o núcleo de novas e complexas questões. O constitucionalismo tem sido o fornecedor do ferramental teórico das manifestações desses juízes. O constitucionalismo é uma teoria que respira pelas vias do modelo democrático de Estado.

Mas essa relação democracia-constitucionalismo, de um lado, e atuação do Poder Judiciário, de outro, requer desenvolvimento, o qual ocorre somente com uma boa dose de empiria. *A priori*, é inviável construir um modelo de atuação judiciária com a adequada presença da judicialização da política. Nem excessiva, nem carente. É uma dinâmica de amoldamento, de adequação. E, no Brasil, há episódios que demonstram a necessidade de certa maturação.

Nessa linha, algumas situações de julgamento de competição eleitoral nos quais se envolveram tribunais de outros países. No ano de 2000, o impasse Bush/Gore poderia ter gerado aos Estados Unidos uma crise política ainda mais grave, o que não ocorreu após a manifestação da Suprema Corte. Concedidos, judicialmente os votos do estado da Flórida ao candidato republicano, de forma geral festejaram os vencedores, resignaram-se os vencidos; sem analisar o mérito da decisão, fato é que ela foi obedecida, e a legitimidade em ocupar a cadeira presidencial foi o menor dos problemas naquela gestão de George W. Bush. Ocorre que, não bastasse a secular tradição democrática norte americana identificada por Tocqueville em 1831 ao visitar Manhattan, a *Supreme Court* há sessenta anos se depara com temas relativos a eleições, partidos e candidatos.

Mesmo a cultura jurídica ibérica, com a qual o Brasil mantém estreitos laços, acostumou-se à presença da judicialização da política ainda nos anos 1970. As constituições da Espanha (1978) e de Portugal (1976) estatuíram a ordem democrática (refletindo os novos tempos na política desses países) e, desde então, os seus magistrados têm contato com as regras e os resultados eleitorais.

No Brasil, a reabertura democrática de meados dos anos 1980 viabilizou uma constituição em 1988 que espelha os ideais democráticos. Todavia, o surgimento tardio desse marco regulatório democrático gerou um descompasso entre doutrina e norma, pois nos início dos anos 1990 a teoria constitucionalista já era bastante desenvolvida. Portanto, é razoável atribuir a essa “desconexão temporal” entre os pilares que sustentam a judicialização da política (desenvolvimento da teoria constitucionalista e surgimento da normatização democrática), sobretudo no tópico da competição eleitoral, o efeito da “queima de etapas” na judicialização da política brasileira.

Essa queima de etapas pode ser identificada na metamorfose ocorrida diretamente entre um período de tímida atuação do Judiciário nas questões de competição eleitoral (anos 1990) e uma fase de amplo protagonismo, no qual a avalanche de decisões sobre disputa eleitoral se davam institucionalmente de forma coesa, orquestrada (anos 2000) entre o TSE e o STF. Ou seja, de um quadro cuja posição era a de mero coadjuvante, em pouco mais de vinte anos a magistratura brasileira, principalmente os órgãos de cúpula do Poder Judiciário, se viu alçada ao papel de protagonista na arena disputa eleitoral, e dotada de um amplo leque de instrumentos e formas de atuação.

A transformação acelerada vem cobrando os seus preços. Os desencontrados julgamentos em torno da aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010 são um símbolo da necessidade de ajustes na atuação do Poder Judiciário quando o assunto é competição eleitoral. O pluralismo de opiniões é sempre benéfico, no Poder Judiciário inclusive é usual que haja divergências ou placares apertados em julgamentos. Todavia, a segurança jurídica, valor expressamente citado por alguns dos ministros nos julgamentos da Lei da Ficha Limpa, certamente saiu prejudicada do episódio, face os resultados absolutamente opostos não entre julgadores de um mesmo tribunal, mas sim entre os dois principais tribunais do país quando se trata do jogo democrático.

Além, como fator que potencializa a manifestação do Poder Judiciário sobre as regras eleitorais, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que mistura os modelos concentrado e difuso. Basta conferir que os países citados acima utilizam ou um, ou outro (os Estados Unidos o sistema difuso, e a Espanha o sistema concentrado, por exemplo) para que se perceba que, mesmo que o hibridismo possibilite um amplo leque de atuações da magistratura, há momentos

em que a pluralidade de oportunidades de manifestação judiciária cria situações peculiares, como a dos Ministros Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que se manifestaram sobre o mesmo tema como ministros de dois tribunais diferentes. Os três ministros mantiveram as respectivas opiniões nos dois tribunais, mas eles poderiam ter votado em um sentido no TSE e em sentido oposto no STF, o que não deixa de ser, no mínimo, curioso.

Um terceiro aspecto que merece ressalva é o largo feixe de atuação da Justiça Eleitoral. A acumular as funções de administrar, legislar sobre e julgar as eleições, a Justiça eleitoral é o emblema de um dos mais centralizados modelos de governança eleitoral do ocidente. E, como órgão integrante do Poder Judiciário, ela acaba inserindo neste poder algumas questões (por exemplo, as relativas à logística da realização de uma eleição ou edição de legislação) que não são as que tradicionalmente a magistratura exerce. Se o nosso modelo de governança eleitoral possui vantagens que elevam as eleições brasileiras a um padrão de referência no que diz respeito à confiabilidade e rapidez na divulgação dos resultados, a possibilidade de um ministro julgar a constitucionalidade de uma legislação que ele mesmo participou da criação, para além do curioso, deve ser ponto de debates mais aprofundados.

Todo esse panorama alça o caso da aplicabilidade da Lei da Ficha limpa, como já ressaltado, a um símbolo da necessidade de ajustes da atuação do Poder Judiciário nos julgamentos sobre competição eleitoral, principalmente se considerado o fato de que ao longo do presente trabalho, sobretudo nas transcrições dos votos, foi possível perceber que as motivações de decisão dos ministros do TSE e do STF tiveram preponderância extrajurídica, e espelharam, nitidamente, a realização de cálculos políticos para decidir.

E a prova de tal circunstância é que, para a compreensão do posicionamento ou das razões para julgar de determinado magistrado (tanto dentre aqueles que defendiam a aplicabilidade no ano de 2010 quanto entre os que postergavam a eficácia da Lei Complementar nº 135 para o ano de 2012) bastaram os trechos transcritos no presente trabalho, permeados por razões extrajurídicas. Nenhum raciocínio jurídico, nenhuma vinculação direta à Constituição ou à lei: a mais valia da iniciativa popular da lei, a manutenção das regras do jogo eleitoral, a necessidade de depuração ética no cenário político-partidário, o julgamento casuísta; essa a pauta do TSE e do STF nos julgamentos da aplicabilidade da Ficha Limpa. Os princípios

constitucionais foram igualmente invocados de parte a parte, em fundamentações contrapostas.

E, como pano de fundo, uma questão principal claramente mal resolvida entre os ocupantes dos mais altos postos do Poder Judiciário: qual o papel do Poder Judiciário no sistema de democracia representativa? Natureza contra majoritária? Caixa de ressonância da vontade da maioria? Ao final dos julgamentos, prevaleceram: 1) de um lado, a posição de defesa das minorias, por seis votos contra cinco no Supremo Tribunal Federal, obstando a aplicação imediata da lei e, de outro 2) a aplicação imediata de uma lei com apoio majoritário, no Tribunal Superior Eleitoral, no maquiado escore oficial de seis a um (quatro contra três, números verdadeiros).

Resta aguardar o desenrolar de futuras disputas pelo voto, que talvez permitam verificar se o julgamento da aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa se trata da inauguração de uma nova fase no Poder Judiciário brasileiro ao julgar competição eleitoral – na qual predominam os argumentos extrajurídicos e a dissonância da cúpula em relação ao seu próprio papel na arena democrática – ou se se tratou de uma ocorrência isolada.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Thais Florencio de. A judicialização da política ou o rearranjo da democracia. **Ponto e vírgula**. São Paulo, n. 2, 2º sem, 2007. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/ponto-e-virgula/n2/pdf/11-thais.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2011.

_____. **O problema da legitimação do sistema judicial de controle das eleições brasileiro**. Trabalho apresentado no I Fórum brasileiro de Pós-Graduação em Ciência Política, realizado de 21 a 23 out. 2009, em Belo Horizonte.

ALMEIDA, Frederico de. As elites e jurídicas e a administração da justiça no Brasil. **Anais do 33º encontro nacional da ANPOCS**, GT 18 - Elites e instituições políticas, Caxambu, 2009. Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

ANDRADE NETO, João. Jurisdição eleitoral: judicialização da política? **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 12, n. 96, fev./maio 2010. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/revistajuridica>>. Acesso em: 20 dez. 2010.

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e política no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 1997.

ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a justiça e a política. In: AVELAR, Lucia; CINTRA, Antonio Octavio (Org.). **Sistema político brasileiro: uma introdução**. 2 ed. Rio de Janeiro; São Paulo: F Konrad Adenauer; UNESP, 2007. p. 81-115.

ARANTES, Rogério Bastos; KERCHÉ, Fábio. **Judiciário e democracia no Brasil**. Novos Estudos CEBRAP. São Paulo, n. 54, p. 11-26, jul. 1999.

ARGUELLES, Diego Werneck. **Deuses pragmáticos, mortais formalistas a justificação consequencialista das decisões judiciais**. Dissertação (Mestrado) do Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 12, n. 96, fev./maio 2010. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/revista_juridica>. Acesso em: 20 dez. 2010.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

_____. **Manual de ciência política**. Rio de Janeiro: Campus, 2000a.

_____. **Teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Campus, 2000b.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas linguísticas**. O que falar quer dizer. São Paulo: Edusp, 1996.

_____. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

_____. **Razões práticas sobre a teoria da ação**. Rio de Janeiro: Papyrus, 1996.

BRASIL. Articulação Brasileira Contra a Corrupção e Impunidade. Disponível em: <www.abracci.org.br>. Acesso em: 04 out. 2011.

BRASIL. Consultor Jurídico. Disponível em: <www.conjur.com.br/.../camara-deputados-aprova-projeto-lei-ficha-limpa-412votos>. Acesso em: 14 maio 2011.

BRASIL. Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral no Brasil. Disponível em: <www.mcce.org.br>. Acesso em: 02 out. 2011.

BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <www.senadofederal.com.br/diarios_votacao/plenaria>. Acesso em: 12 maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115824>>. Acesso em: 12 set. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <www.tse.gov.br>. Acesso em: 14 jul. 2011.

CALDEIRA, Cesar. Regras da disputa eleitoral: quem decide o quê, quando e como. **Anais do 34º encontro nacional da ANPOCS**, ST 17 - Judiciário, ativismo e política, Caxambu, 2009. Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e a democracia no Brasil. **Revista USP**. São Paulo, n. 21, p. 116-125.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

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

_____. Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política. **Análise Social**. Lisboa, n. 44, 2º trim. 2009.

CASTRO, Marcos Faro de. O supremo tribunal federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. ANPOCS. São Paulo, v. 12, n. 34, jul. 1997.

CHAVEZ, Rebecca Bill. **The rule of law in nascent democracies**: judicial politics in Argentina. Stanford: Stanford University Press, 2004b.

CHIARAMONTE, José Carlos. **Nación y estado em Iberoamérica**: el lenguaje político em tempo de las independências. Buenos Aires: Sudamérica, 2004.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000.

DA ROS, Luciano. **Tribunais como árbitros ou como instrumentos da oposição?** Trabalho apresentado no primeiro Congresso Uruguaio de Ciência Política. Mesa temática estado, governo y reformas em América latina. Montevideo, 2006.

DAHL, Robert. **Democracy and its critics**. New Haven: Yale University Press, 1989.

_____. **Poliarquia participação e oposição**. São Paulo: Edusp, 1997.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2008.

FEREJOHN, John. Independent judges, dependent judiciary: explaining judicial independence. **Southern California Law Review**, n. 72, 1999. Disponível em: <<http://www-bcf.usc.edu/~uscirev/pdf/072303.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2011.

_____. Judicializing politics, politicizing law. **Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, 2002. Disponível em: <<http://www.law.duke.edu/shell/cite>>. Acesso em: 06 mar. 2011.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1994.

FIGUEIREDO, Angelina; LIMONGI, Fernando. **Executivo e legislativo na nova ordem constitucional**. São Paulo: FGV, 1999.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. **Texas Law Review**, n. 84, p. 257-267. Disponível em: <<http://www.utexas.edu/law/journals/tlr/abstracts/84/84friedman.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2011.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HOBSBAWM, Eric. **A era das revoluções**. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

IORIO FILHO, Rafael Mario; DUARTE, Fernanda. Por uma gramática das decisões judiciais. **Anais do 34º encontro nacional da ANPOCS**, ST 17. S1 - Judiciário, ativismo e política, Caxambu, 2009. Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

LAMY, Marcelo. Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: **Lições de Direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIJPHART, Arend. **As democracias contemporâneas**. Lisboa: Gradiva, 1989.

_____. **Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UNB, 1980.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**. São Paulo, n. 57, p. 113-133.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Porto Alegre: L&PM, 2009.

MARCHETTI JUNIOR, Vítor. **Poder judiciário e competição política no Brasil: uma análise das decisões do TSE e do STF sobre as regras eleitorais**. Tese (Doutorado em Ciências Sociais: Política), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008.

MARCHETTI JUNIOR, Vítor; CORTEZ, Rafael. A competição política vai aos tribunais: a atuação do TSE no registro e cassação de mandato. **Anais do 33º encontro nacional da ANPOCS**, GT 06 – Controles democráticos e instituições políticas, Caxambu, 2009. Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

MARENCO DOS SANTOS, André; DA ROS, Luciano. Caminhos que levam à corte: Carreiras e padrões de recrutamento dos ministros dos órgãos de cúpula do poder judiciário brasileiro (1829-2006). **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba: Universidade Federal do Paraná, v. 16, n. 30, jun. 2008, p. 131-149. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=23811709009>>. Acesso em: 24 set. 2010.

MELO, André Luís Alves de. A judicialização do estado brasileiro, um caminho antidemocrático e monopolista. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp>>. Acesso em: 16 jan. 2011.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Presidencialismo**. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINOLA, Angela Araujo da Silveira. O Poder judiciário na encruzilhada entre direito e política: novas práticas judiciárias e a necessidade de democratização da atuação jurisdicional. **Anais do 34º encontro nacional da ANPOCS**, ST 17 – Judiciário, ativismo e política, Caxambu, 2010. Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/>>. Acesso em: 21 abr.2001.

NEWTON, Carlos Judiciário. **Garante a impunidade dos corruptos e ainda exige aumento acima da inflação**. Disponível em: <<http://andradetalis.wordpress.com/2011/09/06/>>. Acesso em: 15 out. 2011.

OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de; SOUZA, Draiton Gonzaga de (Orgs.). **Justiça e política**: homenagem a Otfried Höffe. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

PASTOR, Robert A. The role of electoral administration in democratic transitions: implications for policy and research. **Democratization**, v. 6, n. 4, p. 1-27. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books=fnd&p=Pastor+Robert+The+role+of++electoral+administration>>. Acesso em: 16 mar. 2011.

PEREZ CORTI, José Maria (Org). **Reforma política y voto electrónico**. Córdoba: Ciencia, Derecho y Sociedad, 2005.

PIVA, Otavio. **Presidencialismo sem coalizão**: a ruptura do modelo de relacionamento entre poderes no governo Collor. 2010. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

PLATÃO. **A república**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROMANELLI, Sandro Luís Tomás Ballande. Para reatar Uisses – a judicialização da política como mastro garantidor dos pré-compromissos constitucionais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 1, jan./jun. 2011. p. 219-243. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/viewFile/1203/1135>>. Acesso em: 24 jul. 2011.

SADEK, Maria Teresa. **A justiça eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil**. São Paulo: Konrad, 1995.

SUTIL, Jorge C. Judicial reform in Latin America: good news for the underprivileged? In: **The (un)rule of law & the underprivileged in Latin America**, p. 255-277.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power**: the Judicialization of politics. New York: New York University, 1995.

TAYLOR, M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Dados**, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v50n2/a01v50n2.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1962.

VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. In: **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

VIANNA, Luís et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WAY, Frank. **A liberdade e a justiça**. Rio de Janeiro: Presença, 1964.

WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

WHITTINGTON, Keith E. legislative sanctions and the environment of judicial review. **International Journal of Constitutional Law**, n. 1, 2003. Disponível em: <http://www.princeton.edu/~kewhitt/strategic_context.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2011.

WILSON, Woodrow. **Governo constitucional dos Estados Unidos**. São Paulo: IBRASA, 1963.