

Populus

Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

número 11 | dezembro 2021



ISSN 2446-9319



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

REVISTA POPULUS

ISSN 2446-9319 (meio físico)

ISSN 2675-195X (meio eletrônico)

REVISTA POPULUS
2021.2

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a autorização expressa dos autores

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA
ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA
1ª Avenida do Centro Administrativo da Bahia, nº 150, CEP 41.745-901 –
Salvador-BA Tel.: (071) 3373-7445/7188/7156/7376

Presidente

Roberto Maynard Frank

Vice-Presidente e Corregedor

Mário Alberto Simões Hirs

Membros do Tribunal

Freddy Carvalho Pitta Lima

Henrique Gonçalves Trindade

Ávio Mozar José Ferraz de Novaes

Zandra Anunciação Alvarez Parada

Vicente Oliva Buratto

Procurador Regional Eleitoral

Fernando Túlio da Silva

Diretor da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Ávio Mozar José Ferraz de Novaes

Coordenadora da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Amanda Bretas Machado

As ideias e as opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista Populus / Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, Escola Judiciária Eleitoral - nº 11, 2021.2

- Salvador: Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, 2021 –

Semestral

ISSN 2446-9319 (meio físico)

ISNN 2675-195X (meio eletrônico)

1. Direito Eleitoral – Periódico. 2. Direito Constitucional. 3. Ciência Política. 4. Filosofia Política. 5. Sociologia Política.

I. Bahia. Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. Escola Judiciária Eleitoral.



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA

REVISTA POPULUS



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

Salvador

n. 11, 2021.2, Dezembro 2021

REVISTA POPULUS

ISSN 2446-9319 (meio físico). INSS 2675-195X (meio eletrônico)

Publicação semestral (Dezembro)

Linha editorial: Propiciar permanente reflexão acadêmica na seara do Direito Eleitoral e nas áreas do conhecimento que o circundam, como a Ciência Política (linha institucional) a Filosofia Política e a Sociologia Política, mediante a divulgação de artigos de juristas, cientistas sociais, filósofos e operadores do direito sobre temas que vicejam no cenário político-eleitoral.

EDITORES RESPONSÁVEIS

Dr. Jaime Barreiros Neto

M.ª Marta Cristina Jesus Santiago

CONSELHO EDITORIAL

Dra. Ana Carolina Fernandes Mascarenhas (BA)	Ma. Marta Cristina Jesus Santiago (BA)
Dra. Ana Cláudia Santano (PR)	Ma. Patrícia Cerqueira Kertzman Szporer (BA)
Dr. Carlos Rátis (BA)	Dr. Paulo Fábio Dantas Neto (BA)
Dr. Dirley da Cunha Júnior (BA)	Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado (CE)
Dr. Dieter Nohlen (Alemanha)	Dr. Ricardo Maurício Freire Soares (BA)
Me. Fernando Leal (BA)	Dr. Rodolfo Viana Pereira (MG)
Dr. Florian Grotz (Alemanha)	Dra. Suzana Maria C. L.T. da Silva (Portugal)
Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (RS)	Dr. Sérgio Silveira Banhos (DF)
Dr. Jaime Barreiros Neto (BA)	Dr. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (DF)
Dr. Jairo Nicolau (RJ)	Dr. Vitalino José F. Prova Canas (Portugal)
Dr. Jorge Miranda (Portugal)	Dr. Wilson Alves da Souza (BA)
Dr. José Ricardo Ferreira Cunha (RJ)	
Dra. Maria Benedita Urbano (Portugal)	
Dra Marilda de Paula Silveira (MG)	

PARECERISTAS

Dra. Ana Cláudia Santano (PR)	Dr. Gabriel Marques da Cruz (BA)
Me. Bruno Cezar Andrade de Souza (DF)	Me. Maira de Barros Domingues (PA)
Dr. Cláudio André de Souza (BA)	Dr. Júlio César de Sá da Rocha (BA)
Me. Cláudio Alberto Gusmão Cunha (BA)	Ma. Lara Marina Ferreira (MG)
Dr. Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis (DF)	Dra. Maria Benedita Urbano (Portugal)
Dr. Daniel Oitaven Pamponet Miguel (BA)	Dr. Marcelo Weick Pogliese (PB)
Me. Diogo Assis Cardoso Guanabara (BA)	Dr. Maurício Requião (BA)
Dra. Elaine Harzeim Macedo (RS)	Ma. Michelle Pimentel Duarte (PI)
Dra. Eleonora Schettini Martins Cunha (MG)	Dra. Roberta Maia Gresta (MG)
Dr. Fábio Periandro de Almeida Hirsch (BA)	Me. Rogério Carlos Born (PR)
Dra. Fernanda Ravazzano (BA)	Dr. Rodolfo Viana Pereira (MG)
Dr. Frederico Franco Alvim (SP)	Dra. Suzana Maria C. L. T. da Silva (Portugal)
Me. Josafá da Silva Coelho (BA)	Me. Volgane Oliveira Carvalho (PI)

Capa

Felisberto da Silva Bulcão Filho

Editoração e projeto gráfico

Camila Guerra de Araújo e França

Revisão e normalização técnica

Andrea Fabiana de Medeiros Pereira

Jonas Fernandes Pereira

Tiragem deste número em meio físico: 50

SUMÁRIO

Adwaldo Lins Peixoto Neto

QUANDO PUNIR OS PRESIDENTES? Uma resposta à teoria constitucional do *impeachment* a partir das contribuições do modelo doutrinário axiológico garantista de Luigi Ferrajoli..... 13

Carla Conchita Pacheco Bouças Hirsch

Fábio Periandro de Almeida Hirsch

Larissa Amaral da Silva

O FOMENTO INCLUSIVO CIVILIZATÓRIO ADVINDO COM O NOVO CÓDIGO ELEITORAL BRASILEIRO.....65

Cristian Patric de Sousa Santos

DEMOCRACIA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: A Constituição Federal como processo público aberto e as minorias....85

Diogo Rais

Eduardo Manhoso

Mateus Luiz Weber

CALADOS EM NOME DA LEI: O uso de normas penais para calar o discurso político..... 107

Janiere Portela Leite Paes

Marcia Pereira Lopes Oliveira

ANÁLISE SOBRE A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS DAS MULHERES NO BRASIL: Perspectivas histórica, cultural e legislativa..... 127

Marcia Pereira Lopes Oliveira

Mirtes Mota Teixeira Oliveira

NOTÍCIAS SOBRE SEGURANÇA DA URNA ELETRÔNICA E VOTO IMPRESSO: Análise crítica do discurso..... 147

Ruy Nestor Bastos Mello

O ATIVISMO JUDICIAL DO STF EM FACE DO LEGISLATIVO: Identificação de limites da jurisdição constitucional e análise crítica de decisões sobre a reforma política..... 167

CAPÍTULO II
ARTIGOS NÃO-INÉDITOS

Dieter Nohlen

PRIMERA PARTE: ELECCIONES Y DEMOCRACIA EN AMÉRICA
LATINA : El desafío autoritario-populista.....259

CAPÍTULO III
MEMÓRIA

Oliveira Viana

ORGANIZAÇÃO DA DEMOCRACIA E O PROBLEMA DO
SUFRÁGIO.....311

APRESENTAÇÃO

Neste 11º número da Revista Populus, a Escola Judiciária Eleitoral da Bahia tem a honra de oferecer ao público, mais uma vez, artigos de alta qualidade e relevância para os estudos do Direito Eleitoral e Político.

Como primeiro tema para debate e reflexão proposto neste volume, Adwaldo Peixoto, Mestre em Direito pela UniFG, brinda-nos com artigo sobre a teoria constitucional do *impeachment*, a partir do modelo garantista de Luigi Ferrajoli, lançando diversos questionamentos instigantes.

Seguindo a linha dos estudos constitucionais sobre o funcionamento e a interação entre os poderes, Ruy Nestor Bastos Mello, Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa, desenvolve estudo aprofundado sobre o ativismo judicial em face do Poder Legislativo, buscando identificar os limites da jurisdição constitucional e promovendo uma análise crítica de decisões sobre a reforma política realizadas no âmbito do Poder Judiciário, temática, sem dúvida, de grande relevância e atualidade.

Em fomento ao estudo sobre a hermenêutica constitucional e sua relação com a democracia, Cristian Patric de Sousa Santos, Mestre em Direito pela UFBA e servidor deste Tribunal, aborda o tema “Democracia e interpretação constitucional: a Constituição Federal como processo público aberto e as minorias”.

Já Fábio Periandro de Almeida Hirsch, Carla Conchita Pacheco Bouças Hirsch e Larissa Amaral da Silva, Professor Doutor em Direito e graduandas pela UFBA respectivamente, abordam o tema “O fomento inclusivo civilizatório advindo com o Novo Código Eleitoral Brasileiro”, trabalhando, assim, as perspectivas para a democracia e o Direito Eleitoral brasileiro a serem observadas pelo futuro Código Eleitoral, ainda em debate no Congresso Nacional.

Aprofundando o debate sobre os desafios que circundam os avanços e eventuais retrocessos civilizatórios da legislação eleitoral brasileira, Janiere Portela Leite Paes e Marcia Pereira Lopes Oliveira, Mestrandas pela UFBA e servidoras deste Tribunal, apresentam uma análise sobre a evolução dos direitos políticos das mulheres no Brasil, a partir de perspectivas histórica, cultural e legislativa.

Analisando, por outro lado, a questão do exercício e da manipulação do discurso político, dois trabalhos relevantes são apresentados neste volume. O primeiro deles escrito por Diogo Rais, Eduardo Manhoso e Mateus Luiz Weber, Professor Doutor e Mestrando em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie respectivamente, discorrendo sobre o uso de normas penais para “calar o discurso político”. O segundo, desenvolvido por Marcia Pereira Lopes Oliveira e por Mirtes Mota Teixeira Oliveira, Mestranda pela UFBA e servidoras deste Tribunal, voltado ao tema da análise crítica do discurso político acerca da segurança da urna eletrônica e da proposta do voto impresso.

Em continuidade à proposta editorial de internacionalização da revista, o Professor Doutor da Universidade de Heidelberg, o alemão Dieter Nohlen, um dos cientistas políticos mais reverenciados do mundo, disponibilizou-nos estudo publicado na Venezuela, em obra coletiva em sua homenagem coordenada pelo Prof. Allan Brewer-Carias, sobre eleições e democracia na América Latina a partir dos finais dos anos 70. O trabalho, publicado em espanhol, é fruto de projetos de investigação do autor nas últimas décadas com apoio de muitos especialistas na matéria.

Finalmente, na seção memória, resgata-se texto quase centenário do jurista, sociólogo e historiador brasileiro Oliveira Vianna (1883-1951), com uma análise, importante na perspectiva histórica, sobre a organização da democracia e o problema do sufrágio, desenvolvida ainda em um período da nossa história em que a ideia de sufrágio universal era abominada por muitos intelectuais e por grande parte da elite política.

Cumpré, assim, mais uma vez, a Escola Judiciária Eleitoral da Bahia a sua missão institucional de promoção de estudos elevados acerca do direito, da história, da sociologia e da filosofia política, publicando mais um número desta já tradicional revista jurídica.

Des. Roberto Maynard Frank
Presidente do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia

Des. Ávio Mozar José Ferraz de Novaes
Diretor da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Populus



Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Artigos Inéditos

EJE

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

**QUANDO PUNIR OS PRESIDENTES?
UMA RESPOSTA À TEORIA CONSTITUCIONAL DO
IMPEACHMENT A PARTIR DAS CONTRIBUIÇÕES DO
MODELO DOUTRINÁRIO AXIOLÓGICO GARANTISTA
DE LUIGI FERRAJOLI**

**WHEN TO PUNISH PRESIDENTS?
A RESPONSE TO THE CONSTITUTIONAL THEORY
OF IMPEACHMENT FROM THE CONTRIBUTIONS
OF LUIGI FERRAJOLI'S AXIOLOGICAL GARANTIST
DOCTRINAL MODEL**

Adwaldo Lins Peixoto Neto * *

RESUMO

Esta pesquisa ocupou-se em realizar um estudo do modelo doutrinário axiológico garantista proposto pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, a fim de constatar possíveis contribuições dessa abordagem doutrinária à teoria do *impeachment* no presidencialismo brasileiro. Para tanto, realizou-se um estudo histórico do instituto, a fim de se identificar quais seriam as principais características distintivas desse instituto jurídico do voto de desconfiança e do recall ou revocatória de mandato. Uma vez observados tais elementos, buscou-se responder aos seguintes questionamentos: qual a natureza jurídica do *impeachment* no presidencialismo brasileiro? O presidencialismo brasileiro admite que um *impeachment* seja manejado sem a prática de um crime de responsabilidade? Ex-presidentes que não estejam mais no exercício da função podem ser responsabilizados por crimes de responsabilidades exercidos

* Mestre em Direito pelo Centro Universitário FG (UniFG); Professor de Direito Constitucional e Administrativo do Curso de Direito da Faculdade Independente do Nordeste (FAINOR) e do Centro Universitário Maurício de Nassau (UNINASSAU) em Vitória da Conquista – BA. Membro do colégio de professores da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Advogado. Presidente da comissão de ensino jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil subseção Vitória da Conquista - BA. E-mail: adwaldopeixoto@gmail.com

** Esse artigo é fruto da pesquisa desenvolvida junto ao grupo de pesquisa Direito Eleitoral e Democracia da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia (EJE-BA) em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

quando ocupavam o cargo? Quando os presidentes devem ser punidos pelos seus atos?

Palavras-chave: *impeachment*; presidencialismo; presidente da república; teoria garantista do direito.

ABSTRACT

This study centred in developing a research of the axiological garantistic theoretical model proposed by Italian legal professor Luigi Ferrajoli, aiming to verify which possible contributions this theory could provide to *impeachment* theory in Brazilian presidentialism. Therefore, it accomplished a historical study of the *impeachment* institution, longing for the main differences between this institution and the motion of no confidence and presidential recall. Once these elements were observed, this study aimed to answer the following questions: what is the juridical nature of *impeachment* in Brazilian presidentialism? Does Brazilian presidentialism admit that an *impeachment* be charged against a president who has not committed a high crime or misdemeanors? Ex-presidents who are no longer in the office can be charged by crimes or misdemeanors he has committed while in office? When must presidents be punished for their acts?

Keywords: *impeachment*; presidencialism; president; legal garantism theory.

1 INTRODUÇÃO

Em termos genéricos, o *impeachment* consiste no processo de responsabilização de uma autoridade pública pela prática de crime político, denominados crimes de responsabilidade no constitucionalismo brasileiro.

No Brasil, admite-se o manejo desse instituto não somente contra o Presidente da República, mas também contra os Ministros de Estado, os Comandantes das Forças Armadas, o Advogado Geral da União, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República, membros do Conselho Nacional

de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público.³ Este trabalho, em decorrência da profundidade de investigação de seu objeto esperada de uma pesquisa científica, limitar-se-á a analisar apenas o processo de *impeachment* presidencial.

Ademais, necessário ressaltar, de início, que partilhamos do entendimento de Brossard, para quem o processo de *impeachment* consiste no processamento do Presidente da República perante o Senado Federal pela prática de crimes de responsabilidade, após autorização deliberada por $\frac{2}{3}$ da Câmara dos Deputados.⁴ Não consideramos como *impeachment* o juízo de admissibilidade da Câmara dos Deputados, tampouco o julgamento dos crimes comuns praticados pelo Presidente da República pelo Supremo Tribunal Federal. Ao nosso juízo, o processo perante o Supremo Tribunal Federal consiste numa Ação Penal, e o processo perante a Câmara dos Deputados consiste em *autorização*, sendo em verdade uma *condição de procedibilidade* tanto para a abertura do processo de *impeachment* quanto pelo processamento criminal do Presidente da República pela Suprema Corte brasileira.⁵

Posto isso, as considerações aqui tracejadas centram-se na questão da responsabilidade política do Presidente da República nos sistemas presidencialistas, mais especificamente, no impasse de quando responsabilizar os Presidentes pelas condutas por eles cometidas. Para tanto, a pesquisa deve enfrentar os seguintes questionamentos: o processo de *impeachment*, ainda que tenha seu desenho institucional variado nas diversas constituições presidencialistas, tem natureza eminentemente política? Um Presidente da República pode ser removido do seu cargo apenas por impopularidade? Um Presidente da República que cometa uma conduta ilícita - seja crime de responsabilidade ou crime comum - deve ser destituído do cargo, em que pese seu bom desempenho econômico ou político?

3 GALUPPO, Marcelo Campos. *Impeachment: o que é, como se processa e por que se faz*. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2016. p. 76.

4 BROSSARD, Paulo. *O impeachment*. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 7.

5 Merece menção o posicionamento contrário do professor Marcelo Galuppo, que na obra citada alhures, faz uso do termo *impeachment* para se referir tanto ao julgamento do Presidente da República no Senado Federal por crimes de responsabilidade quanto no STF pela prática de crimes comuns (Cf. GALUPPO, Marcelo Campos. *Impeachment: o que é, como se processa e por que se faz*. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2016. p. 29-30).

As indagações acima listadas tem sua resposta, como proposto por essa pesquisa, na teoria constitucional comparada e na política comparada. Nesse sentido, este texto busca não só salientar e debater as questões acima levantadas, mas também respondê-las. Sua estrutura é composta de 5 seções, além desta introdução.

Na 1ª seção faz-se uma revisão de literatura sobre a teoria constitucional do *impeachment*, com recorte temático para o desenho institucional distintivo deste instituto político-jurídico punitivo na constituição norte-americana para a moção de desconfiança do parlamentarismo. Na seção seguinte, realiza-se uma análise comparativa entre o desenho institucional do instituto do *impeachment* das constituições presidencialistas sul-americanas, no tocante às regras de cabimento do *impeachment* e sua aludida facultatividade política enquanto instituto de responsabilização presidencial.

A 3ª seção ocupa-se do estudo da teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli, apontando-a como uma teoria do direito e da democracia e ressaltando a sua interpretação equivocadamente restritiva no Brasil, onde muitos sustentam-na como uma teoria apenas penal. Ademais, essa seção centra-se num dos pilares da vertente penalista do garantismo, o modelo doutrinário axiológico garantista do autor, que responde ao questionamento do “*quando punir*”, sendo esse um seccionamento metodológico necessário em virtude da amplitude dos aspectos da teoria, a qual esse trabalho não daria conta de analisar por completo. Em seguida, a 4ª seção aponta as contribuições que esta teoria, mais especificamente seu modelo doutrinário justificador do “*quando punir*”, trariam para a teoria constitucional do *impeachment* e o timing da responsabilização política dos presidentes. As considerações finais são apresentadas no fechamento do artigo.

2 QUEM DEVE GOVERNAR? A JORNADA RUMO AO SISTEMA PRESIDENCIALISTA

A história do presidencialismo se confunde com a própria história dos Estados Unidos, sendo fruto do anseio dessa nação de se posicionar de maneira onipotente como uma forma de organização política republicana e de sedistinguir institucionalmente da coroa britânica que a explorava. Os Estados Unidos da América

pretenderam nascer um Estado, desde já, intolerante com o abuso do poder político.⁶

Os desdobramentos que levaram a independência das 13 colônias e o surgimento dos Estados Unidos são culminados com a construção da Constituição norte-americana (1775-1791). Entretanto, como todo processo histórico, os desdobramentos não resultaram de uma ação consciente ou articulada, não tendo sido o caminho da independência deliberadamente perseguido pelos colonos, mas fruto de um desenrolar de fatos e consequências políticas.⁷

O sistema presidencialista de governo estabelecido pela Constituição dos EUA foi engendrado para se contrapor ao parlamentarismo e ao regime monárquico, sendo mais do que um desdobramento histórico consciente decorrente da experiência constitucional britânica: foi uma decisão institucional. A relação conflituosa com o monarca e a reprovação da sua atuação enquanto se encontravam submissos à coroa britânica, somadas aos ideais iluministas, sobretudo da teoria da separação de poderes de Montesquieu, e conceitos democráticos de liberdade, igualdade dos indivíduos e soberania popular são apontados pela literatura como os fatores que determinaram que os *founding fathers* concebessem um mecanismo de governo que fugisse da centralização do poder, o que levou a criação do sistema de freios e contrapesos. Isso consiste no arranjo institucional de funções dinâmicas cujos poderes estariam repartidos e equilibrados entre vários organismos soberanos, de modo que não fosse possível que algum deles lograsse êxito em extrapolar os limites legais que lhe fossem impostos sem que fosse controlado ou contido pelos outros poderes.⁸

Em que pese genéricos na literatura, os apontamentos acima quanto à separação de poderes como traço marcante do presidencialismo norte-americano⁹, bem como a afirmação de que o presi-

6 PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. *Democracia e julgamento político: análise da governabilidade no presidencialismo brasileiro a partir dos impeachments dos presidentes Fernando Collor de Mello e Dilma Rousseff*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de pós-graduação em direito do Centro Universitário Guanambi (UniFG). Guanambi, Bahia, 2018. p. 76.

7 PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília / Finatec, 2011. p. 131.

8 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Traducción y estudio de la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1975. p. 131-133.

9 Ibidem, p. 131.

dencialismo teria sido concebido enquanto oposição à supremacia do parlamento britânico, que abusava das leis tributárias pesadas sobre a colônia, o que gerava desconfiança do Parlamento em Westminster¹⁰, algumas considerações sobre essas questões merecem ser pontuadas a fim de serem analisadas sob outro prisma.

O primeiro ponto que merece destaque é o rechaço dos colonos ao governo de gabinete, composto por ministros indicados pelo parlamento, consequência da desconfiança dos colonos em relação ao poder executivo.¹¹ O conflito entre colonos e a coroa britânica se intensificou com o imposto de selo criado pela *Stamp Act* em 1765. Essa medida causou repulsa dos colonos, que argumentavam estar sofrendo uma imposição fiscal sem representação, uma vez que o tributo era imposto por lei, aprovado pelo parlamento britânico, no qual não havia representantes da colônia.^{12,13}

A reflexão sobre a ausência de representatividade a partir da máxima *no taxation without representation* levou ao questionamento dos colonos sobre a corrupção sistemática no funcionamento do governo no sistema parlamentarista. Como relatado por Bailyn, alguns panfletos (*pamphlets*) - manifestos escritos por figuras importantes da vida política local da época - afirmavam haver um “quarto poder” o qual a constituição britânica não previa e que arbitrariamente controlava a Câmara dos Lordes, a Câmara dos Comuns e o próprio rei. Esse poder era composto dos “ministros e dos favoritos do rei”, que aprovavam as leis que quisessem ao barganhar a autoridade legislativa sob o seu comando.¹⁴ A dinâmica do funcionamento do governo de gabinete parlamentar britânico implica uma distinção entre o poder legislativo, conjunto de representantes eleitos para apresentar, deliberar e aprovar as leis; e o governo propriamente

10 Cf. CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao Direito Constitucional Ocidental*. Tradução de Alexandre Vaz Pereira, Coordenação de Antônio Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 196.

11 PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília / Finatec, 2011. p. 134-135.

12 CAENEGEM, R. C. Van., op. cit., p. 187-189.

13 BAILYN, Bernard. *The ideological origins of the American revolution*. Enl. ed. Cambridge, Massachusetts: Belknap press of Harvard University Press, 1992. p. 187-189. Disponível em: <http://tcpbckup1.yolasite.com/resources/The%20Ideological%20Origins%20of%20the%20American%20Revolution%20By%20Bernard%20Bailyn.pdf>. Acesso em: 27 out. 2021. p. 130 et seq.

14 BAILYN, Bernard. *The ideological origins of the American revolution*. Enl. ed. Cambridge, Massachusetts: Belknap press of Harvard University Press, 1992. p. 187-189. Disponível em: <http://tcpbckup1.yolasite.com/resources/The%20Ideological%20Origins%20of%20the%20American%20Revolution%20By%20Bernard%20Bailyn.pdf>. Acesso em: 27 out. 2021. p. 125.

dito, composto pelo primeiro ministro e seu gabinete, integrado por outros ministros indicados pelos membros do Parlamento, liderado pelo chefe de um partido.¹⁵

A insatisfação social com as medidas tomadas pelo governo britânico (até então, leia-se, o gabinete ministerial) ocupava as discussões na vida social da colônia. Vários panfletos disseminavam as agruras da população atrelados aos ideais libertários expostos em linhas anteriores.¹⁶ O debate também se fazia presente nos sermões religiosos da colônia. Um deles, escrito pelo Pastor Samuel Sherwood, de Connecticut, intitulado *Instruções das escrituras aos governantes civis e a todos os sujeitos nascidos livres*, tornou-se um dos mais famosos sermões da guerra revolucionária. O original apresentava um *Apêndice* de aproximadamente 40 páginas escrito pelo Reverendo Ebenezer Baldwin, Pastor em Danbury e voz influente no sentido da revolução.¹⁷

Sobre o funcionamento do governo de gabinete britânico no contexto do Stamp Act que antecedeu a revolução americana, Baldwin assevera:

Permita-me ir um pouco mais longe enquanto eu me esforço em apontar a razão pela qual nós devemos temer as consequências que essa medida trará. Se nós olharmos a conduta do Ministério e do parlamento em sua inteireza, eu não vejo como alguém pode duvidar da existência de um plano de *escravizar* as colônias, ou submetê-las a um governo arbitrário, e em verdade também a nação. O parlamento atual (considerando todos) nunca foi tão fiel aos interesses do Ministério, do que jamais um parlamento talvez já tenha sido. Agora, não obstante a excelência da Constituição britânica, se o Ministério pode assegurar uma maioria no parlamento, que será feita de todos os meios, esse votará de acordo com o que o primeiro pode lhe oferecer; eles devem governar

15 PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília / Finatec, 2011. p. 134-135.

16 Sobre os *pamphlets* que viabilizavam os debates e as discussões políticas da época e marcaram a revolução (Cf. BAILYN, Bernard; GARRET, Jane N. (ed.). *Pamphlets of the American Revolution, 1750–1776, Volume I: 1750-1765*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1965. Cf. WOOD, Gordon Stewart (ed.). *The American Revolution writings from the pamphlet debate I: 1764-1772*. New York: Literary Classics of the United States, inc./ The Library of America, 2015. E-book. Cf. WOOD, Gordon Stewart (ed.). *The American Revolution writings from the pamphlet debate II: 1773-1776*. New York: Literary Classics of the United States, inc./ The Library of America, 2015. E-book.).

17 SHERWOOD, Samuel. *Scriptural Instructions to Civil Rulers*. Fairfield, Connecticut: [s.n.], 1774. Disponível em: <https://www.consource.org/document/scriptural-instructions-to-civil-rulers-by-samuel-sherwood-1774-8-31/>. Acesso em: 17 out. 2021.

assim como eles fazem na França ou Espanha; de fato como na Turquia ou Índia: e isso parece ser o plano atual para assegurar a maioria do parlamento, e desse modo escravizar a nação com o seu próprio consentimento. Quanto mais cargos ou pensões o Ministério tem em seu poder; mais facilmente ele consegue subornar a maioria do parlamento, oferecendo esses cargos aos membros do parlamento ou a seus amigos. Isso os faz criar tantos novos e desnecessários cargos na América, ainda assim como tragar o orçamento inteiro. O rei de forma alguma é o mais valioso desses cargos. Mas então ofertando esses cargos - cargos de considerável lucro e nenhum trabalho, a seus filhos ou amigos, ou dependentes dos membros do parlamento, o Ministério consegue assegurar o parlamento sob seus interesses. Isto sem sombra de dúvidas é a maior coisa que na qual o Ministério está se lançando, estabelecer um governo arbitrário com o consentimento do parlamento: e para manter o povo da Inglaterra calmo, os primeiros empenhos desse poder destinam-se às colônias. Se o parlamento insistir no direito de taxar as colônias ao seu bel-prazer, o mínimo que podemos esperar é sermos taxados o máximo que possamos aguentar, e ainda sustentar nossas vidas; como os membros do parlamento não sentem o peso dos encargos que eles nos lançam, e não estão sob o risco de perder seus cargos ao nos taxar, conquanto eles possam convencer o povo da Inglaterra de que eles estão aliviando seu fardo dessa maneira; eles não tem motivo ou interesse em se abster de nos sobretaxar com tributos tão pesados quanto nós possivelmente possamos suportar. Não há dúvidas de que eles serão cautelosos o suficiente em introduzir esses tributos pesados gradualmente, ao menos que eles provoquem uma grande comoção nessa nação: mas deixem que o direito seja instituído e estabelecido; será muito fácil de continuar acrescentando tributo a tributo, até que a carga tributária esteja tão pesada e tão comprometedora, que nós jamais conseguiremos nos livrar dela. Nada além do princípio de justiça pode mantê-los longe disso, e o que nós podemos esperar dessa região, quando em clara resistência à constituição *inglesa*, eles invocarem o direito de nos taxar, e então nos privar dos nossos caros privilégios? (tradução nossa) (grifos no original)¹⁸⁻¹⁹⁻²⁰

18 BALDWIN, Ebenezer. "An Appendix, Stating the Heavy Grievances the Colonies Labour under from Several Late Acts of the British Parliament, and Shewing What We Have Just Reason to Expect the Consequences of These Measures Will Be." From Samuel Sherwood, A Sermon, Containing, Scriptural Instructions to Civil Rulers, and All Free-Born Subjects. New Haven, 1774. In: WOOD, Gordon Stewart (ed.). *The American Revolution writings from the pamphlet debate II: 1773-1776*. New York: Literary Classics of the United States, inc./ The Library of America, 2015. p. 415. E-book.
19 BAILY, Bernard. op. cit., p. 129.

20 É imperioso ressaltar que essa descrição do funcionamento do governo de gabinete pelo Reverendo Baldwin em 1774 se assemelha a certas disfuncionalidades apresentadas pelo presidencialismo de coalizão em algumas oportunidades da terceira República brasileira. Essa disfuncionalidade faz, sob influência dos trabalhos de, dentre outros, Juan Linz (LINZ, Juan J. The perils of presidentialism. *Journal of Democracy*, Volume 1, Number 1, Winter 1990, pp. 51-69; LINZ, Juan J.

A relação entre colonos e a coroa tornou-se insustentável a partir da postura antiamericana do monarca Jorge III, que se recusou a receber a petição do II Congresso Continental²¹, o que levou Thomas Paine, em 10 de janeiro de 1776, a escrever o panfleto *Common Sense*, com ataques diretos ao rei e à monarquia britânica.²² *Common Sense* foi um dos eventos editoriais mais notáveis do século 18, chegando a vender mais de 100.000 cópias no primeiro ano de sua publicação, em que pese tratar-se de números aproximados, desconsiderando-se vendas após 1776 e a tradução francesa, lançada posteriormente.²³

No II Congresso Continental a consequência imediata proposta por Adams era a de que todas as colônias aprovassem novas constituições em seus respectivos territórios. Já no início de 1777, 12 das antigas colônias já tinham suas cartas constitucionais.²⁴ En-

Presidential or parliamentary democracy: does it make a difference? In: LINZ, Juan J.; VALENZUELA, Arturo (Orgs.) *The failure of presidential democracy: the case of Latin America*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1994. 2 v.) e Bolívar Lamounier (LAMOUNIER, Bolívar. *Brazil at an impasse*. *Journal of Democracy*, v. 5, p. 72-87, 1994; LAMOUNIER, Bolívar. *Brazil: Toward Parliamentarism?* In: LINZ, Juan J.; VALENZUELA, Arturo (Orgs.) *The failure of presidential democracy: the case of Latin America*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1994. 4v), com que se sustente no Brasil, vez por outra, a mudança do sistema de governo para o Parlamentarismo ou Semi-presidencialismo. Em virtude desse debate ter voltado à tona em decorrência da atual crise política enfrentada entre o relacionamento dos três poderes no Brasil (Cf. AZEDO, Luis Carlos. Com apoio, frente pelo semipresidencialismo no Brasil avança no Congresso. *Correio Braziliense*, Brasília, DF. 12 jul. 2021. Poder. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2021/07/4936965-com-apoio-frente-pelo-semipresidencialismo-no-brasil-avanca-no-congresso.html>. Acesso em: 27 out. 2021. Cf. D'AGOSTINO, Rosanne. Barroso defende implantação do 'semipresidencialismo' em 2026. *G1*, Brasília, 05 jul. 2021. Política. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/07/05/barroso-defende-debate-para-implantar-semipresidencialismo-no-pais-em-2026.ghtml>. Acesso em: 08 nov. 2021. Cf. BEÇAK, Rubens. Semipresidencialismo: considerações e oportunidade de adoção no Brasil. *Conjur*, São Paulo, 09 ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-09/direito-eleitoral-semipresidencialismo-consideracoes-oportunidade-adocao>. Acesso em: 27 out. 2021.), faz-se necessário destacar que este autor não sustenta a mudança do sistema de governo como solução para a atual crise político-institucional brasileira, compartilhando, dentre vários outros argumentos, a visão de Cheibub e Limongi (CHEIBUB, José Antônio; LIMONGI, Fernando. *Democratic institutions and regime survival: parliamentary and presidential democracies reconsidered*. *Annual Review of Political Science*, v. 5, p. 151-179, 2002.), que apontam a indefinição de qual seriam os elementos responsáveis por essa fragilidade do sistema presidencialista. Em virtude da limitação do objeto de análise desse artigo, essa discussão será abordada, com a adição de outras evidências, noutra oportunidade.

21 PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília / Finatec, 2011. p. 133.

22 CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao Direito Constitucional Ocidental*. Tradução de Alexandre Vaz Pereira, Coordenação de Antônio Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 189.

23 FRUSCHTMAN JR., Jack. *Common Sense*. In: GREENE, J.; POLE, J. R. (ed.). *A companion to the American revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 2000. p. 254.

24 LUTZ, Donald S. *State constitution-making, through 1781*. In: GREENE, J.; POLE, J. R. (ed.). *A companion to the American revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 2000. p. 270.

tretanto, o II Congresso não resultou no modelo político de Estado conhecido hoje; em verdade, a unificação das colônias em torno de uma única organização política estatal sequer foi debatida. O caminho que, até ali, parecia natural, seria a de 13 Estados soberanos independentes, como consequência da cultura robusta de autonomia dessas unidades durante a fase colonial; a ausência de uma autoridade central com atribuições governamentais; sentimento anti-imperialista generalizado, intensificado pela literatura panfletária, que disseminou a visão tirânica do governo de gabinete, como já abordado. O Congresso, que continuou a funcionar após a declaração de independência, aprovou em 1777 os Artigos da Confederação, que concediam a maior parcela do poder político aos Estados independentes, restringindo poucas matérias à apreciação do Congresso, como as atinentes à defesa, guerra e paz, celebração de tratados e mediação de disputas entre as unidades Estatais.²⁵

A despeito de se tratar de um documento político importante, os Artigos da Confederação tiveram tímido impacto na vida política dos Estados após a independência. Um dos fatores dessa debilidade institucional era a exigência de que seu texto fosse ratificado por todos os Estados, o que só aconteceu em 1781, quatro anos após a sua elaboração, período no qual os Estados já enfrentavam problemas de toda ordem: o Congresso enfrentava dificuldade em honrar seus compromissos; uma guerra fiscal consequente dos empréstimos contraídos pelos Estados durante a Revolução; a onda inflacionária que acabou por derreter o poder de compra da moeda e o fracasso das medidas internas para tentar estabilizar a crise econômica; ameaça de invasão nas fronteiras por parte da Espanha e França, bem como insurgências locais fruto de insatisfação popular com as medidas tomadas pelos Estados para tentar conter a crise econômica.^{26/27} Essa conjuntura acabou por desvelar a fragilidade do conteúdo dos Artigos da Confederação: seu texto era em demasia sintético e omisso quanto à previsão de mecanismos

25 PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília / Finatec, 2011. p. 137.

26 *Ibidem*, p. 137-139.

27 KAPLANOFF, Mark D. The Federal Convention and the Constitution. In: GREENE, J.; POLE, J. R. (ed.). *A companion to the American revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 2000. p. 471.

aptos a solucionar conflitos de ordem interna e externa.²⁸ A omissão dos Artigos da Confederação era seu traço mais distintivo.²⁹

Esse período conflituoso interno que se sucedeu após a declaração de independência em 1776 e a elaboração dos Artigos da Confederação e sua implementação nos anos de 1780 evidenciaram a necessidade da elaboração de um vínculo político mais sólido entre os Estados, união essa que fosse estabelecida por meio de uma constituição. Então, a Convenção Federal se reuniu na Filadélfia entre 25 de maio a 17 de setembro de 1787, por meio de 55 delegados representando 12 estados das antigas 13 colônias (Rhode Island não enviou seus representantes), a fim de elaborar o documento político que organizaria os Estados Unidos da América. Dos debates da convenção constitucional, 3 (três) são considerados os mais importantes pelos historiadores:

i) a representação equitativa dos Estados no Senado Federal em julho; ii) o problema da escravidão e do comércio de escravos que, em virtude do impasse, restou estabelecido que a União não interferiria no comércio internacional de escravos em agosto; e iii) a Presidência dos Estados Unidos e seu complexo processo eleitoral, em setembro.³⁰

Em virtude dos 2 primeiros temas não serem objeto de análise dessa pesquisa, seguiremos no estudo apenas do 3º debate.

Como decorrência da experiência pessoal dos delegados nas circunstâncias políticas locais (muitos deles participaram da literatura panfletária, dos 2 Congressos Continentais, da declaração de independência e da elaboração dos Artigos da Confederação), era consenso entre eles que os poderes do governo nacional necessitavam ser substancialmente aumentados. Em meados do fim de agosto as questões mais importantes ainda não resolvidas resumiam-se no poder executivo. Desde o início era claro que a temática presidencial seria um problema particular na convenção. Os revolucionários tinham justificadas suspeitas quanto ao poder executivo, mas não havia propostas de um modelo de executivo nacional. Havia um grupo comprometido com uma presidência forte e ativa, composto por James Wilson, Gouverneur Morris e Alexan-

28 RAKOVER, Jack N. The articles of Confederation - 1775-1783. In: GREENE, J.; POLE, J. R. (ed.). *A companion to the American revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 2000. p. 285.

29 PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. Op. cit., p. 139.

30 KAPLANOFF, Mark D. The Federal Convention and the Constitution. In: GREENE, J.; POLE, J. R. (ed.). *A companion to the American revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 2000. p. 470.

der Hamilton, todos aliados de Robert Morris no período em que esse gerenciou as finanças nacionais na crise pós-independência, o que os levou a concluir que os Estados Unidos precisavam de uma administração mais efetiva.³¹

Os embates com a forma monárquica de governo influenciaram a opção institucional, quando da fundação do novo Estado, de um sistema de governo distinto daquele que fazia parte da coroa. O rechaço à forma monárquica, somadas às experiências expostas alhures e aos ideais iluministas e libertários moldaram a busca dos colonos que prescindisse a monarquia, mas que, concomitantemente, obstasse a ascensão de déspotas autoritários e demagogos por meio das eleições.³²

Quanto à forma de eleição do Presidente, os embates foram intensificados. Os estados menores rechaçavam a ideia de eleição por voto popular, os sulistas insistiam em levar em consideração o número de escravos, o que levava a oposição ao voto popular, e os estados periféricos não viam com bons olhos um corpo de eleitores assumindo um lugar central. Outros problemas recaíram sobre os debates acerca da duração do mandato presidencial. No fim, decidiu-se em 4 de setembro que o Presidente exerceria um mandato de 4 anos, sem limite de reeleição. O chefe do Executivo seria eleito por meio dos eleitores votando em seus respectivos estados (assegurando a participação dos estados periféricos) que, por sua vez, poderiam escolher seus eleitores e sua legislação eleitoral (possibilitando a participação popular), e cada Estado teria direito a um número de eleitores equivalente a sua representação em ambas as casas do Congresso (equilibrando a discrepância entre os menos populosos e os mais populosos na Câmara dos Representantes com a participação equitativa no Senado). Caso nenhum dos candidatos recebesse a maioria, a eleição seria feita pela Câmara dos Representantes, tendo cada Estado 1 voto.³³

Em relação aos poderes presidenciais, foram concedidos ao presidente poderes substancialmente independentes: o presidente chefia as forças armadas, conduz a diplomacia, celebra tratados e

31 Ibidem, p. 470-471.

32 MAFEI, Rafael. *Como remover um presidente: teoria, história e prática do impeachment no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2021. p. 39.

33 KAPLANOFF, Mark D. The Federal Convention and the Constitution. In: GREENE, J.; POLE, J. R. (ed.). *A companion to the American revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 2000. p. 476-477.

indica juízes e embaixadores (com o aval do Senado), faz recomendações ao Congresso quanto a medidas legislativas (o presidente norte-americano não tem poderes de iniciativa legislativa), e tem o poder de veto, que somente será derrubado por $\frac{2}{3}$ de cada casa congressional.³⁴

Como era uma preocupação dos Estados Unidos evitar a concentração de poder, o resultado da estrutura institucional consistiu num conjunto de dispositivos a fim de frear ou equilibrar os poderes presidenciais. Esses dispositivos que estabeleciam controles recíprocos entre as organizações e as funções dos poderes não consistiam numa separação de poderes em si, mas sim num aprimorado sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), o que se revelou conveniente para o equilíbrio do federalismo dual entre União e Estados, quanto para a otimização da engenharia institucional no âmbito federal.³⁵

Uma vez desenhada a presidência institucional norte-americana, os *framers* passaram ao segundo dilema do poder executivo: como regular a sua responsabilização, a fim de evitar um executivo com aspectos monárquicos, onde prevalece a irresponsabilidade política do presidente, bem como assegurar certa independência e estabilidade ao governo, evitando que esse se torne o governo de gabinete rechaçado pelos ex-colonos, cuja destituição é facilmente manejada pelo voto de desconfiança?

Os debates sobre a responsabilidade política do presidente serão analisados na seção seguinte.

3 O DILEMA DA RESPONSABILIDADE POLÍTICA NO SISTEMA PRESIDENCIALISTA E O DESENHO INSTITUCIONAL DO IMPEACHMENT NAS CONSTITUIÇÕES SUL-AMERICANAS

Uma vez delineados os contornos da presidência dos Estados Unidos, a preocupação dos delegados na convenção federal se concentrou na principal engrenagem do sistema de *checks and balances*: como evitar o abuso do poder por parte do Presidente? Ainda que outros recursos contivessem o chefe de estado, não

³⁴ Ibidem, p. 477.

³⁵ DRY, Murray. The debate over the ratification of the Constitution. In: GREENE, J.; POLE, J. R. (ed.). *A companion to the American revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 2000. p. 489-491; 493.

se poderia evitar que algum dia pessoas ruins ou líderes incompetentes ocupassem o cargo. O escopo dos poderes do chefe do executivo e a sua independência dos demais poderes dependeria da existência de instrumento capaz de removê-lo do cargo, incluindo a competência e o procedimento para tanto. Esse recurso deveria ser delicadamente engendrado, sob pena de se obter instrumento que controlasse a presidência, e não de removê-la sem cerimônias.³⁶ Após longos e calorosos debates, os *framers* concluíram pela importação - e adaptação - do *impeachment*, instrumento de responsabilidade criminal do antigo direito inglês.³⁷

Mister salientar que, inicialmente, o *impeachment* foi incorporado às ordens jurídicas estaduais, de início nas Constituições da Virgínia e de Massachussets, e só posteriormente fora incorporado na Constituição dos Estados Unidos de 1787.³⁸

A intenção dos *framers* de buscar uma organização política em sua constituição que se distinguisse de maneira antagônica dos britânicos é nitidamente perceptível nos dizeres de Hamilton, um dos *founding fathers* da Constituição Americana, que no ensaio de nº 69 do *The Federalists* assevera:

O presidente dos Estados Unidos está sujeito a ser acusado, processado e, havendo convicção de traição, suborno ou outros crimes graves ou contravenções, removido do cargo; e posteriormente, sujeito a ser processado e punido nas esferas jurídicas competentes. A pessoa do rei da Grã Bretanha é sagrada e inviolável: não há nenhum tribunal constitucional perante o qual ele seja responsabilizado; nenhuma punição à qual ele possa se sujeitar, sem envolver a crise de uma revolução nacional. [...] (tradução nossa).³⁹

A preocupação dos Estados Unidos em responsabilizar até as mais altas autoridades dos seus 3 (três) poderes é uma característica pulsante do sistema de *checks and balances*, que não impede, pelo contrário, viabiliza um mecanismo de responsabili-

36 TRIBE, Laurence; MATZ, Joshua. *To end a presidency: the power of impeachment*. New York: Basic Books, 2018. p. 1-2.

37 Ibidem, p. 1-24.

38 CUNHA, Fernando Whitaker. O Poder Legislativo e o Impeachment. *Revista de Informação Legislativa*, ano 29, n. 116, out/dez, p. 36, 1992.

39 HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. The Gideon edition. Edited by George W. Carey and James McClellan. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p. 356.

zação dos agentes públicos e, até mesmo com a “importação” do *impeachment*, acaba por se verter um instituto jurídico de natureza diversa do inglês, compartilhando apenas seu vocábulo.^{40,41}

Em que pese tratar-se de uma constituição sintética, comparada com a Constituição brasileira, por exemplo, a forma como o *impeachment* foi pensado e desenhado na Constituição americana é importantíssima para compreender não só a distinção intencional e proposital desse instituto para o voto de desconfiança no parlamentarismo, mas também para a reflexão sobre o eventual uso equívocado ou abusivo do instituto.

A primeira distinção nítida é a delimitação de quais seriam os atos, assim como quem seriam os sujeitos passíveis de responsabilização pelo *Impeachment*, ao contrário do direito inglês, que não trazia limitações nem quanto às condutas tampouco quanto aos indivíduos sujeitos à responsabilização perante o Parlamento.⁴² Nesse esteio de distinção, os *framers* deram ao *impeachment* no direito estadunidense um aspecto diverso daquele instituto de direito penal na Inglaterra onde teve origem. Nesse diapasão, uma vez mais fazem-se oportunas as palavras de Alexander Hamilton, no ensaio de nº 65 do *The Federalist*:

Um tribunal adequadamente constituído para o julgamento do Impeachment é algo a ser desejado, não mais do que difícil de ser obtido num governo inteiramente eletivo. São sujeitas à sua jurisdição aquelas ofensas que procedem da má conduta dos homens públicos ou, em outras palavras, do abuso ou violação à confiança pública. Elas são por natureza o que com propriedade se denominam infrações políticas, já que elas se relacionam principalmente a danos que atingem diretamente a própria sociedade. [...] (tradução nossa).⁴³

Debatendo essa questão, Hamilton indaga qual seria a corte adequada para instrumentalizar o julgamento do *impeachment* e, analisando o procedimento que era adotado na Inglaterra, onde a decisão por proceder ou não a acusação cabia à *House of Com-*

40 GALINDO, Bruno. *Impeachment à luz do constitucionalismo contemporâneo*: incluindo análises dos casos Collor e Dilma. Curitiba: Juruá, 2016. p. 25-26.

41 BROSSARD, Paulo. *O impeachment*. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 21-33.

42 GERHARDT, Michael J. The lessons of Impeachment History. *University of North Carolina School of Law*, North Carolina, v. 67, n. 603, 1999. p. 2. Disponível em: https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?r1&article=1077&context=faculty_publications. Acesso em: 05 nov. 2021.

43 HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. The Gideon edition. Edited by George W. Carey and James McClellan. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p. 338.

mons, enquanto competia à *House of Lords* julgar o *Impeachment*, o *framer* ressalta que esse desenho teria sido adotado por diversas constituições dos Estados americanos. Nessa perspectiva, Hamilton defende ser a casa legislativa o órgão ideal para se confiar a prerrogativa de estabelecer limites aos agentes do executivo (reforçando a lógica do sistema de freios e contrapesos), concluindo ser o Senado americano o melhor tribunal “suficientemente digno” e “suficientemente independente” para instrumentalizar a necessária imparcialidade entre o indivíduo acusado e os representantes do povo, então no papel de acusadores.⁴⁴

Já que a proposta dos *founding fathers* era estabelecer um instituto de responsabilização presidencial inteiramente distinto de seu correspondente britânico, os aspectos da discricionariedade da *motion of no confidence* do sistema parlamentarista de gabinete são amplamente rejeitados no *Impeachment* americano.⁴⁵ Por essa razão, chegou a ser debatido, mas fora rejeitada, a inclusão do termo *maladministration* como conduta que ensejasse a abertura de *Impeachment*, justamente em virtude da vagueza do termo, o que poderia levar a constantes questionamentos da legitimidade do mandato do presidente, que permaneceria no cargo segundo a vontade do Senado, tornando o instituto norte-americano uma moção de desconfiança.⁴⁶ Mesmo com a substituição do termo *maladministration* pela expressão *other high crimes and misdemeanors* (outros grandes crimes e delitos), a vagueza das definições das condutas dos crimes políticos ainda permanece, tendo sido muito bem observada por Alexis de Tocqueville:

Nada mais assustador do que a vagueza das leis americanas, quando definem os crimes políticos propriamente ditos. “Os crimes que motivarão a condenação do presidente (diz a constituição dos Estados Unidos, seção IV, art. 1) são a alta traição, a corrupção ou outros grandes crimes e delitos.” A maioria das constituições dos Estados são muito mais obscuras ainda.⁴⁷

44 HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. The Gideon edition. Edited by George W. Carey and James McClellan. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p. 339.

45 GALINDO, Bruno. *Impeachment à luz do constitucionalismo contemporâneo*: incluindo análises dos casos Collor e Dilma. Curitiba: Juruá, 2016. p. 27.

46 UNITED STATES OF AMERICA. *Impeachment grounds part 2: Selected Constitutional Convention Materials*. National Congress - Congressional Research Service: Washington D. C., 1988. p. 2. Disponível em: <https://www.senate.gov/CRSPubs/27014603-8d4e-4ee2-b5cc-19b81e252abd.pdf>. Acesso em: 18 out. 2021.

47 TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América*: leis e costumes de certas leis e certos costu-

Esse sempre foi um aspecto muito perigoso e problemático do *impeachment*: a vagueza das condutas tipificadas, e isso pode resultar uma arma apontada para o presidente, podendo ser utilizada sem a devida cautela ante um ingrediente presente em processos de *impeachment*: a reprovação popular do governo.⁴⁸ Deve-se destacar que, como sustenta Antônio Cheibub:

O chefe de governo pode ou não ser escolhido pela casa legislativa, mas uma vez escolhido ele cumprirá um mandato fixo no cargo: nos sistemas presidencialistas, o chefe de governo não pode ser removido do cargo ainda que ele favoreça políticas opostas pela maioria legislativa. (tradução nossa)⁴⁹

Destarte, considerar o governo ruim ou desaprovar as políticas desempenhadas podem ensejar o manejo da moção de desconfiança e destituição do chefe do Executivo (primeiro-ministro) pelo Legislativo (parlamento) no parlamentarismo, mas essa dinâmica é inconcebível num sistema que se pretenda presidencialista, já que este prima pela igualdade, harmonia e separação dos poderes.⁵⁰

Nos Estados Unidos da América, que adota o sistema jurídico do *common law*, essa fragilidade pode não apresentar intensidade suficiente para trazer insegurança jurídica ao instituto do *impeachment*. O mesmo não pode ser dito da América Latina, região na qual o sistema presidencialista se difundiu, mas que adota, em sua maioria, o sistema jurídico do *civil law*, consistindo na lei escrita a fonte primária do direito, o que demanda que a aplicação de penalidade, seja essa administrativa, criminal ou política dependa de uma tipificação estrita da conduta. Entretanto, a vagueza apontada

mes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 125.

48 O cientista político e Professor da Universidade de Notre-Dame, Aníbal Pérez-Liñán analisou o *impeachment* presidencial e a instabilidade política do continente latino-americano. Em sua pesquisa empírica, Pérez-Liñán constatou alguns fatores, dentre eles a reprovação popular que acabam por definir a estabilidade governamental do presidente e que podem, se conjugados, levar a uma provável destituição presidencial. São eles: crise econômica, escândalo político, reprovação popular do governo e perda de apoio legislativo (Cf. PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Presidential Impeachment and the new political instability in Latin America*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007.).

49 CHEIBUB, José Antônio. *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy*. Cambridge, Massachusetts: Cambridge University Press, 2007, p. 1.

50 TRIBE, Laurence; MATZ, Joshua. *To end a presidency: the power of impeachment*. New York: Basic Books, 2018. p. 153-154.

na Constituição Americana por Tocqueville nem se aproxima do nível de abstratividade de alguns dispositivos constitucionais na América do Sul.⁵¹

Como primeiro exemplo tem-se a constituição peruana, que não se ocupa a realizar a capitulação das condutas passíveis de pedido de *impeachment* de forma estrita, não apresentando sequer um rol exemplificativo, como a quase totalidade das cartas constitucionais de seus vizinhos. O art. 113 item dois da carta constitucional peruana permite a destituição do Presidente por sua “[...] permanente incapacidade moral ou física, declarada pelo Congresso.” (tradução nossa).⁵² Não por acaso, o Peru passou por uma crise de sucessão presidencial jamais vista na América do Sul, chegando o cargo da Presidência ser ocupado por três sujeitos em menos de uma semana. Essa instabilidade se deve, em parte, à facilidade de se manejar um *impeachment* contra o Presidente peruano, começando pela subjetividade interpretativa do que poderia ser considerada uma incapacidade moral.⁵³

A constituição colombiana prevê a competência do senado para julgar o Presidente por delitos cometidos no exercício das funções ou por má-conduta (art. 175.2), reservando a essa casa legislativa apenas a competência de apreciar o seguimento ou óbice das condutas quando se tratar de “delitos comuns” (art. 175.3)⁵⁴, colocando o Presidente, nesse último caso, à disposição da Suprema Corte. Os arts. 175.2 e 175.3 nos levam a entender que os primeiros delitos referidos pela Carta constitucional da Colômbia referem-se a infrações político-administrativas, sendo igualmente vaga quanto à definição de má-conduta.

A Constituição do Chile outorga à Câmara dos Deputados a atribuição de declarar o cabimento ou não das acusações contra

51 A despeito do Presidencialismo não estar adstrito apenas à América do Sul, a impossibilidade empírica de analisar todos os sistemas presidencialistas neste artigo impunha um recorte metodológico. Então, em decorrência da similitude cultural e da proximidade físico-geográfica, foram objeto de investigação apenas os países da América do Sul que compartilham a origem linguística latina.

52 PERU. *Constitución política del Perú* (1993). Comentários, reformas, índice analítico de César Landa Arroyo. 2ª ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019.

53 PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins; COSTA, Thaianie Dutra Luz; NERI, Larissa Pereira Macedo. *Impeachment presidencial, crise institucional no Peru e a influência da engenharia constitucional na estabilidade governamental do presidencialismo*. In: COLÓQUIO JURÍDICO INTERINSTITUCIONAL DA PÓS SRTICTO SENSU - UNIFG E UCS, 1. *Anais* [...]. Guanambi-BA/Caxias do Sul-RS, 26 nov. 2020. No prelo.

54 COLOMBIA. *Constitución política de Colombia, 1991*. Edición actualizada. Bogotá: Editorial Atenea Ltda, 2017.

“O Presidente da República por atos da sua administração que tenham comprometido gravemente a honra ou a segurança da nação, ou infringindo abertamente a Constituição ou as leis. [...]” (art. 52, 2, a) (tradução nossa).⁵⁵ No Uruguai, a redação da constituição se assemelha muito ao texto norte americano, competindo à Câmara dos Representantes a competência de acusar perante a Câmara dos Senadores o Presidente da República por violação à Constituição e outros delitos graves (art. 93).⁵⁶ A carta chilena apresenta também um cabimento vago de *impeachment* ao possibilitar a acusação contra o presidente por atos que atinjam a honra da nação, mas segue a obviedade de um *impeachment* ao prever, assim como a constituição uruguaia, o seu cabimento em caso de violação à constituição e as leis do país.

As constituições da Argentina (art. 53)⁵⁷ e do Paraguai (art. 225)⁵⁸ ao nosso sentir, juntamente com a constituição peruana, são as constituições sul-americanas que apresentam a maior vagueza na previsão do cabimento de *impeachment*, permitindo que suas respectivas Câmaras dos Deputados acusem o Presidente perante o Senado pela conduta vaga e subjetiva de “mau desempenho de suas funções”.

Em contrapartida, a Constituição Federal brasileira (1988) apresenta a maior segurança jurídica na capitulação das infrações político-administrativas presidenciais em comparação com os vizinhos da América do Sul, elencando em seu art. 85⁵⁹ um rol de condutas presidenciais definidas como crimes de responsabilidade, genericamente proibindo no *caput* atentar contra a Constituição, especificando em sete incisos instituições e organizações protegidas contra investidas presidenciais. Essas condutas ensejadoras de *impeachment* são regulamentadas em legislação específica,

55 CHILE. *Constitución política de la República de Chile*. Decreto Supremo nº 100. Texto refundido coordinado y sistematizado de la constitución política de la República de Chile..Nueva Edición. Santiago: Lexnova Ediciones, 2017.

56 URUGUAY. *Constitución de la República Oriental del Uruguay, 1967*. Edición actualizada con las enmiendas aprobadas por los plebiscitos del 26/11/89, 27/11/94, 08/12/96 y 30/10/04. Montevideo: Tradinco, 2014.

57 ARGENTINA. *Constitución de la nación argentina*. Texto oficial de 1853 com las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 e 1994. 1ª ed. 2ª reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: El Ateneo, 2017.

58 PARAGUAY. *Constitución de la República* (1992). Asuncion, 20 de junio de 1992.

59 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte. Diário Oficial da União - Seção 1 – 5 de out. de 1988. Página 1 (Publicação Original).

atualmente, a Lei 1.079/50.⁶⁰⁶¹ Ainda assim, a normativa do *impeachment* também apresenta fragilidades no constitucionalismo brasileiro.⁶²

Os aludidos dispositivos jurídicos das constituições dos países sul americanos acima relatados acabam por fragilizar uma característica marcante do *impeachment*, que é a exigência de uma infração político-administrativa para o seu cabimento, ao que afirmamos *nullum impeachment sine crimen*. Esses artigos abrem espaço para uma margem de discricionariedade interpretativa das condutas presidenciais, colocando a estabilidade do mandato em cheque, o que pode acabar por abrir margem para destituições presidenciais abruptas, como o *impeachment* do presidente Paraguai Fernando Lugo em 2012⁶³, o que acaba por aproximar o *impeachment*, na prática, do voto de desconfiança parlamentar.

Faz-se necessária estabelecer uma distinção entre o *impeachment* e o *recall* ou referendo revogatório de mandato. Enquanto o *impeachment* é um processo de acusação formal do presidente, o *recall* consiste num instrumento de revogação do mandato, possibilitando o seu engendramento por insatisfação popular com o governo⁶⁴, dispensando-se a prática de qualquer infração político-administrativa. Na América do Sul o instituto é chamado de *revocatoria del mandato*, e foi adotado, com diferentes desenhos, nas constituições da Colômbia, Venezuela, Bolívia e Equador.⁶⁵⁶⁶

A vagueza no estabelecimento de parâmetros mínimos na previsão de condutas ensejadoras de *impeachment* no texto das Constituições da América do Sul acaba por sedimentar a tese de que

60 BRASIL. *Lei 1.079 de 10 de abril de 1950*. Lei de Crimes de Responsabilidade. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 10 de abril de 1950.

61 O estudo comparado do direito constitucional e do desenho institucional engendrado nas constituições sul-americanas após o período de redemocratização mostra-se fundamental para a análise da influência desse elemento na estabilidade do sistema presidencial mas, em virtude das limitações deste artigo, a fim de não deixá-lo extenso em demasia, essa vertente da pesquisa relativa à vagueza das tipificações das infrações político-administrativas do sistema presidencialista em perspectiva comparada foi continuada noutro artigo, submetido a periódico diverso.

62 PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. Da (i)legitimidade do processo de *impeachment* no presidencialismo brasileiro. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 5, n. 02, p. 248-268, 12 mar. 2019.

63 PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. Op. cit., p. 105 et. seq.

64 GALINDO, Bruno. *Impeachment à luz do constitucionalismo contemporâneo*: incluindo análises dos casos Collor e Dilma. Curitiba: Juruá, 2016. p. 38-39.

65 BARREIROS NETO, Jaime. *Os sistemas de governo e a controvérsia "parlamentarismo versus presidencialismo"*. Salvador: Juspodivm, 2019.

66 Em decorrência da limitação do objeto dessa pesquisa, ocuparemos apenas em traçar essa breve distinção entre os 2 (dois) institutos.

na região observa-se um fenômeno denominado de parlamentarização dos sistemas presidencialistas. Santana e Nakamura sustentam a ocorrência desse fenômeno a partir da consulta pública realizada em 2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos após a provocação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a partir dos casos de Honduras, Paraguai e Brasil. Os autores chamam a atenção para o fato de que uma agenda impopular do presidente e que não atenda os interesses da coalizão não abre espaço para que o governante seja responsabilizado por *impeachment*, e que o uso eminentemente político do instituto violaria os direitos políticos do mandatário, com fundamento no art. 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos e do art. XX da Declaração Americana de Direitos Humanos.⁶⁷ A mesma tese é sustentada por Maria Ramos, ao analisar o desenho institucional do presidencialismo na constituição peruana.⁶⁸

Uma vez analisados os elementos basilares de um processo de *impeachment*, bem como os detalhes da engenharia institucional deste instituto jurídico, questionam-se quais seriam os instrumentos hábeis a dar-lhe maior estabilidade e efetividade? Para alcançar essa resposta, propomos uma análise do modelo doutrinário axiológico da Teoria do Garantismo de Luigi Ferrajoli, que pode nos fornecer substratos para robustecer a segurança jurídica desse poderoso instrumento constitucional.

4 O MODELO DOUTRINÁRIO DE JUSTIFICAÇÃO GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI: CONSIDERAÇÕES SOBRE A QUESTÃO DO “POR QUE PUNIR?”

Equivocadamente entendida como uma teoria eminentemente do direito penal^{69,70}, em verdade a teoria do garantismo elaborada pelo professor italiano Luigi Ferrajoli consiste numa genuína

67 SANTANO, Ana Claudia; NAKAMURA, Luis Antonio Corona. La parlamentarización de los sistemas presidencialistas y los derechos políticos de presidentes democráticamente elegidos: una visión desde los derechos humanos. *Revista Estudios Constitucionales*, v. 18, n. 2, 2020. p. 335-361.

68 RAMOS, Maria Milagros Socorro Campos. La parlamentarización del presidencialismo peruano. In: ARROYO, César Landa (org.). *Derechos Fundamentales: actas de las V Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales*. LIMA: Palestra Editores, 2020. p. 20-22.

69 TRINDADE, André Karam. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. *Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*. v. 5, n. 1, (2012).

70 COPPETI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional sob o olhar do garantismo jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 19.

teoria do Direito, representando “a outra face do constitucionalismo contemporâneo”.⁷¹ A teoria garantista do professor Italiano foi sistematizada na obra *Principia Iuris: Teoria del diritto e della democrazia*⁷², não traduzida para o Português – e talvez por essa razão, geralmente desconhecida no Brasil, onde a teoria jurídica do garantismo é formulada nas bases do constitucionalismo contemporâneo, ao reconhecer como condições necessárias à implementação do paradigma democrático os direitos fundamentais e as suas respectivas garantias.⁷³

Em virtude dos equívocos compreensivos sobre a teoria do garantismo de Ferrajoli que ainda ressoam no Brasil, sobretudo na sua vertente penal onde o seu modelo garantista vem sendo relacionado a diversas teorias abolicionistas⁷⁴, necessária se faz a ressalva do professor Alfredo Coppeti Neto:

Uma leitura mais atenta a respeito do pensamento do autor italiano poria por terra qualquer das alternativas acima citadas. Aliás, dizer que Ferrajoli defende a abolição do sistema penal, por exemplo, é *antitético* ao seu próprio modelo de direito, pois já no final da segunda parte do livro *Diritto e Ragione* ele aponta críticas às doutrinas abolicionistas. Não bastasse isto, é importante salientar que Luigi Ferrajoli, diante de sua formação positivista crítica, para não criar (ainda mais) confusão a respeito do termo, desenvolve seu raciocínio jurídico tomando por base pensadores como Hans Kelsen, Herbert A. L. Hart, Alf Ross e Norberto Bobbio, cujas obras enaltecem o direito como mecanismo idôneo à promoção da paz. Portanto, é importante que se diga: Ferrajoli segue esta linha, ou seja, acredita no direito e na democracia.⁷⁵⁻⁷⁶ (grifos no original).

Feita essa ressalva imperiosa, é a partir desse paradigma da teoria garantista de Ferrajoli, uma teoria positivista analítica elaborada por um teórico positivista analítico do direito, que a pesquisa seguirá desenvolvida.

71 Ibidem, p. 23.

72 FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. teoría del derecho y de la democracia*: 1. Teoría del derecho. Colección estructuras y procesos. Serie derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

73 COPPETI NETO, Alfredo. Op. cit., p. 24.

74 Cf. SOUZA, Leonardo Giardin. Luigi Ferrajoli destruiu o direito brasileiro. *Burke Instituto Conservervador*. 31 de agosto de 2018. Criminalidade, Direito. Disponível em: <https://www.burkeinstituto.com/blog/direito/luigi-ferrajoli-destruiu-o-direito-brasileiro/>. Acesso em: 20 out. 2021.

75 COPPETI NETO, Alfredo. Op. cit., p. 20.

76 Cf. PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Garantismo penal: Ferrajoli por Ferrajoli, colocando os pingos nos is. *Conjur*, São Paulo, 29 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/ana-claudia-pinho-garantismo-penal-ferrajoli-ferrajoli>. Acesso em: 20 out. 2021.

Bobbio, no prefácio à 1ª edição italiana do *Direito e Razão*, ressalta a intenção ambiciosa de Ferrajoli em conceber um sistema geral de garantismo ou, nas suas palavras, “[...] a construção das vigas-mestras do Estado de direito que tem por fundamento e por escopo a tutela da liberdade do indivíduo contra várias formas de exercício arbitrário do poder, particularmente odioso no direito penal.”⁷⁷ Destaca ainda os problemas advindos, na Itália, da dualidade entre a formulação de teorias sem controles empíricos e da prática do direito sem princípios.⁷⁸

Bobbio chama a atenção para a formação filosófica de Ferrajoli, posicionando-o como um teórico geral do direito na família dos juspositivistas, seguindo a tradição de Kelsen e Hart, e do juspositivismo da Itália no final do século, mas destaca ser Ferrajoli um juspositivista crítico, que distingue efetividade de normatividade, e salienta, o que é relevante para essa pesquisa, destacando que na última parte da obra Ferrajoli aplica os resultados obtidos no modelo garantista do direito penal na construção dos marcos de um modelo ideal de Estado de direito, liberal na proteção das liberdades, e efetivador dos direitos sociais. Em suma: pretende um positivismo crítico contraposto ao juspositivismo dogmático.⁷⁹

Ferrajoli, então, ao apresentar sua teoria do garantismo penal, esclarece que o vocábulo “razão” que consta no título da obra é compreendido em 3 (três) acepções, correspondendo a 3 (três) ordens de fundamento do direito penal, as quais abordará no decorrer do seu trabalho: razão *no* direito, razão *do* direito e razão *de* direito penal.⁸⁰

Em se tratando da análise da razão *no* direito, Ferrajoli aborda razão num aspecto teórico, intrínseco, relativo à epistemologia do direito, especificamente à racionalidade das decisões penais. Já quanto à segunda abordagem, a razão *do* direito, agora um sentido axiológico e político, o termo razão significa a justiça penal, tema próprio da filosofia do direito, centrando-se a investigar as justificações ético-políticas da qualidade, da quantidade e da necessidade

77 BOBBIO, Norberto. Prefácio à 1ª edição italiana. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p 7.

78 Ibidem. p. 7.

79 BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 10-11.

80 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p 15.

das penas e das proibições, dos critérios e das formas das decisões judiciais. Por fim, no termo *razão de direito* o signo *razão* denota a teoria geral do direito e à dogmática penal de cada ordenamento, é dizer, a ciência penal, mais especificamente, a análise de sua validade, de sua coerência lógica interna dentro de seu ordenamento. Faz-se imperioso destacar que, para Ferrajoli, o segundo sentido é conexo ao primeiro, para quem os princípios da estrita legalidade e estrita jurisdicionalidade concebem, a partir da filosofia jurídica iluminista, a técnica punitiva racionalmente idônea⁸¹, buscando evitar decisionismos e reduzir a discricionariedade, aumentando a segurança jurídica do direito penal.

O que Ferrajoli propõe, a partir dessas 3 (três) acepções da palavra *razão*, é revisar a teoria do modelo garantista de legalidade penal e processual traçados pelo iluminismo, buscando assegurar-lhe um grau satisfatório de efetividade. Dentro da trilogia pretendida por Ferrajoli, o segundo pressuposto, analisado na segunda parte do livro, propondo-se a repensar os fundamentos axiológicos externos ao direito penal, fundado num quarteto de interrogações relativo à pena, ao crime e ao processo: *se, por que, quando e como “punir”*; *se, por que, quando e como “proibir”*; *se, por que, quando e como julgar*. O autor enfrenta os problemas do *se* e *por que* na segunda parte do livro, criticando tanto as doutrinas abolicionistas quanto as justificadoras do direito penal, bem como as que propõem um utilitarismo penal. Os dilemas do *quando* e *como* são abordados pelo autor na terceira parte do livro. São especificamente os problemas do *por que punir* e do *quando punir* que servem aos objetivos desta pesquisa.⁸²

Ferrajoli ressalta que o problema do *quando punir* é, à primeira vista, o mais simples de todos dentro da problemática da legitimidade do direito penal. Para o autor, essa resposta parte do pensamento jurídico-filosófico da máxima *nulla poena sine crimine*, sendo a aplicação da pena decorrência do *princípio da retribuição* ou consequência do delito, punindo o sujeito quando esse comete um delito, que consiste na causa ou condição necessária da punição, que por sua vez se considera o efeito ou consequência jurídica.

81 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 16-17.

82 Embora as demais não lhes sejam inúteis, apenas não serão abordadas aqui em decorrência das limitações do artigo.

O ilícito, para Ferrajoli, em consonância com a dogmática penal, é uma condição normativa necessária, mas não suficiente, para a aplicação da pena. Diz-se não suficiente porque o ordenamento pode exigir outras condições para a punição do agente, como regra de punibilidade e procedibilidade.⁸³

O autor italiano traça ainda concepções formalistas e substancialistas do princípio retributivo da pena. Para ele, tanto o aspecto externo quanto o aspecto interno do *quando punir* ou princípio retributivo da pena desaguam consequentemente nas condições de uso e aplicabilidade do conceito de “delito”, ou seja, na definição de delito. Ferrajoli considera como formalista a concepção que delinea o delito como - e somente - aqueles com previsão em uma lei válida como pressupostos de uma pena; enquanto seria substancialista a que, ao definir um delito, leva em consideração elementos extrajurídicos de cunho social, natural, moral e, em qualquer caso, ontológico. Em suma, os critérios formalistas, que se referem à legitimação interna, descrevem um critério de *validade*, enquanto os critérios substancialistas, relativos à legitimação externa, prescrevem critérios de *justiça*.⁸⁴

Para Ferrajoli, concepções substancialistas, em virtude de sua abstração, não devem ser utilizadas para a definição de delito, mas apenas para motivar o Estado a proibir ou não determinadas condutas, ou seja, para exercer o *quando proibir*. Nas palavras do autor:

Está claro que somente as definições formalistas podem servir como definições jurídicas do delito e como respostas pertinentes, ainda que seja somente desde o ponto de vista interno, à questão “quando punir”. As segundas, pelo contrário, além de inúteis como definições jurídicas do delito, são respostas bastante frágeis - e, em muitos casos, como veremos, amplamente discutíveis - ao único problema da legitimação externa do “quando proibir”. Por outro lado, uma vez reconhecido que o princípio da legalidade penal incorporado ao direito positivo moderno como critério de legitimação interna é em todo caso uma garantia irrenunciável contra o arbítrio punitivo e como tal tem também o valor de um fundamental princípio de justiça, o problema da legitimação do “quando castigar” desloca-se inteiramente àquele outro, do qual iremos tratar no capítulo VIII, do “quando proibir”,

83 FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 338-339.

84 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 340-342.

ou dos elementos constitutivos ou das razões substanciais que justificam a proibição legal de um fato como delito.⁸⁵

Já na análise do *por que punir?* Ferrajoli estrutura a axiologia do direito penal, as suas razões, objetivos, justificação externa e legitimação interna, destacando a separação iluminista entre direito e moral e a confusão pós-iluminista entre direito e moral. Em seguida, visita as ideologias penais: as doutrinas abolicionistas, as justificações retributivistas, as justificações utilitaristas e as prevenções geral e especial. No fim, propõe objetivo e limites críticos para a dogmática penal, o que denominou de utilitarismo penal reformado.⁸⁶

Ferrajoli propõe que o questionamento do *por que punir?* seja observado sobre 2 (dois) sentidos diversos: por que *existe* a pena, ou seja, se pune; e por que *deve* existir a pena, isto é, se deve punir. Para ele, o primeiro problema é *científico*, cujas respostas são passíveis de verificação e falseabilidade, enquanto o segundo é de cunho *filosófico*, mais precisamente moral ou político, que comporta respostas *normativas*, nem verdadeiras nem falsas, mas aceitáveis (ou não) enquanto *justas* ou *injustas*.⁸⁷

Quanto ao problema científico do porquê *existe* a pena (científico), Ferrajoli assevera que esse problema, por sua vez, pode ser examinado em 2 (dois) sentidos diversos: a) *por que existe o fenômeno da pena*, assim dizendo, de fato se pune, o que consiste num problema sociológico ou histórico, cuja verificação e falseabilidade são obtidas a partir do comportamento humano; b) *por que existe o dever jurídico da pena*, quer dizer, de direito se pune, esse consistindo num problema jurídico cuja verificação e falseabilidade são obtidas a partir das prescrições das normas do direito positivado.⁸⁸

Buscando evitar confusões, Ferrajoli propõe então o uso de 3 (três) vocábulos distintos para designar os 3 (três) significados do termo “por que” correspondentes às visões do direito: a) *função*, para designar os usos descritivos de cunho sociológico ou histórico; b) *motivação*, para apontar os usos descritivos de tipo jurídico; c)

85 Ibidem, p. 343.

86 FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 195-319.

87 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 299.

88 Ibidem, p. 299.

finalidade, para indicar os usos normativos de cunho *axiológico*. A partir dessa tripartição, Ferrajoli afirma serem *teorias* ou *explicações*, quer jurídica quer sociológicas, as respostas quanto à função desenvolvidas pelas penas ou suas motivações jurídicas (a explicação jurídica ou social para a existência das penas); enquanto denomina *doutrinas* axiológicas ou *de justificação* as respostas atinentes aos argumentos ético-filosóficos da finalidade(s) que o direito penal e as penas devem perquirir. Ferrajoli destaca, a partir dessa explicação, que há um vício metodológico às respostas dadas ao questionamento “por que punir?” em virtude da confusão feita entre a função ou motivação (do ser, de fato ou de direito) e o dever ser (axiológico) da pena.⁸⁹

A partir de tais observações, Ferrajoli propõe um novo modelo de justificação da pena que satisfaça todas as condições de adequação ética e de consistência lógica exigidas no plano metaético. Inicialmente, direciona o direito penal para a prevenção negativa ou intimidatória, negando a mistura do direito penal com a moral. Em segundo lugar, impõe às proibições e às penas 2 (duas) finalidades diversas, quais sejam: o máximo bem-estar possível dos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário dos desviantes. Essas finalidades são alcançadas dentro do objetivo geral da máxima proteção dos direitos de todos, da contenção dos arbítrios e da redução da violência social. O que se busca, segundo o autor, é “[...] oferecer critérios de justificação e, ao mesmo tempo, de orientação, do poder proibitivo enquanto instrumento de seleção dos interesses a serem protegidos e de disciplina das relações às suas ofensas”.⁹⁰

Em terceiro lugar, a proposta de Ferrajoli busca reduzir as lesões (ou maximizar a proteção), seja dos direitos dos desviantes, seja dos direitos dos não desviantes, reconhecendo que, em virtude do caráter aflitivo e coercitivo da pena, essa é um mal que de nada serve dar-lhe um discurso filantrópico de cunho educativo ou ressocializante e, de fato, mais aflitivo. Para o autor, a pena somente se justifica se o condenado por meio dela obtém o benefício de ser poupado de punições informais desproporcionais, incontroláveis e imprevisíveis. Com isso, propõe como quarto pilar de seu modelo

89 FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 299.

90 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 312-313.

teórico evitar penas excessivas ou arbitrárias⁹¹, do que se extrai a defesa de penas proporcionais e legítimas.

Por fim, o modelo de justificação das penas ferrajoliano propõe uma resposta persuasiva às doutrinas normativas abolicionistas. Seu modelo:

[...] evidencia os custos, de um mesmo tipo mas virtualmente mais elevados, que podem advir não apenas para as pessoas em geral, mas, inclusive para os réus, da anarquia punitiva consequente à ausência do direito penal. Estes custos, como dissemos no parágrafo 18.3, são de dois tipos e não necessariamente se excluem entre si, quais sejam aquele do abandono do sistema social ao *bellum omnium* e às reações selvagens e desregradadas às ofensas, com inevitável prevalência do mais forte em dano da segurança geral, e aquele da regulamentação disciplinar da sociedade, em condições de prevenir as ofensas e as reações às ofensas com meios diversos e talvez mais eficazes que as penas, mas seguramente, mais onerosos para a liberdade de todos. [...]⁹²

A esse modelo de doutrinário axiológico ou de *justificação* à resposta das questões ético-filosóficas sobre a(s) finalidade(s) do direito penal e das penas, Ferrajoli dá o nome de direito penal mínimo, porque esse deve sim punir (contrariando as teorias abolicionistas bem como às críticas infundadas que recebe por ser afeto ao abolicionismo), mas punindo dentro baseado nesses pilares acima relatados, imposições de um estado que se apresenta, ou ao menos se pretende, democrático de direito.

Exposta, em apertada síntese, a teoria ferrajoliana do garantismo, bem como sua doutrina axiológica da pena, passaremos a verificar a sua compatibilidade, bem como refletir sobre suas possíveis contribuições à teoria do *impeachment* no sistema presidencialista.

5 TO IMPEACH OR NOT TO IMPEACH? CONTRIBUIÇÕES DO MODELO DOUTRINÁRIO AXIOLÓGICO GARANTISTA FERRAJOLIANO À TEORIA DO *IMPEACHMENT*: UMA REFLEXÃO SOBRE QUANDO PUNIR OS PRESIDENTES

Uma das maiores controvérsias na teoria constitucional do *impeachment* recai sobre a natureza jurídica do instituto: se seria

91 Ibidem., p. 313.

92 FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 314.

um instrumento de cunho eminentemente político⁹³⁹⁴, ou híbrido, apresentando um viés jurídico criminal atrelado ao primeiro⁹⁵, ou se seria apenas jurídico⁹⁶⁹⁷, havendo ainda quem sustente ser um processo político-administrativo.⁹⁸ Parece ser a posição majoritária a que sustenta ter o processo de *impeachment* natureza híbrida, quer dizer, jurídico-política (ou político-criminal).

Para aqueles que sustentam a natureza política, pautam-se na liberdade e discricionariedade do Poder Legislativo de controlar o poder executivo, como fruto da doutrina do *checks and balances* americana. Clássicas são as palavras de Brossard, influenciado pelas ideias de Hamilton, defendendo essa natureza do instituto:

Entre nós, porém, como no direito norte-americano e argentino, o *impeachment* tem feição política, não se origina senão de causas políticas, objetiva resultados políticos, é instaurado sob considerações de ordem política e julgado segundo critérios políticos - julgamento que não exclui, antes supõe, é óbvio, a adoção de critérios jurídicos; Isto ocorre mesmo quando o fato que o motive possua iniludível colorido penal e possa, a seu tempo, sujeitar a autoridade por ele responsável a sanções criminais, estas, porém, aplicáveis exclusivamente pelo Poder Judiciário.⁹⁹

De outro lado, a doutrina que defende a natureza híbrida ou mista o faz alertando para os perigos de conceder ao Congresso o juízo eminentemente político sobre a conduta presidencial. Alinhan-

93 Cf. BROSSARD, Paulo. *O impeachment*. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 75. Cf. BORJA, Sérgio. *Impeachment*. Porto Alegre: Editora Ortiz, 1992. p. 12-13. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 161. Cf. TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 169-170.

94 BORJA, Sérgio. *Impeachment*. Porto Alegre: Editora Ortiz, 1992. p. 12-13.

95 Cf. GALINDO, Bruno. *Impeachment à luz do constitucionalismo contemporâneo*: incluindo análises dos casos Collor e Dilma. Curitiba: Juruá, 2016. p. 64. Cf. GALUPPO, Marcelo Campos. *Impeachment: o que é, como se processa e por que se faz*. Belo Horizonte: editora D'plácido, 2016. p. 36. Cf. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *O impeachment e o Supremo Tribunal Federal: história e teoria constitucional brasileira*. 2ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 30.

96 PEIXINHO, Manoel Messias. *Os fundamentos constitucionais e legais que regulam o processo de impeachment do Presidente da República no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Gramma, 2018. p. 16.

97 Dentre os que defendem a natureza essencialmente jurídica do instituto, a posição mais radical é a de Pontes de Miranda, para que o instituto apresenta feição estritamente penal, dado que a Constituição faz uso da expressão "crimes de responsabilidade" e lhes comina penas (Cf. MIRANDA, Pontes de. *Comentários a Constituição de 1967 com a EC 1/69*. Tomo III. São Paulo: Editora RT, 1971. p. 355.).

98 CRETELLA JR, José. *Do impeachment no direito brasileiro*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 18.

99 BROSSARD, Paulo. Op. cit., p. 75.

do o debate sobre a natureza do *impeachment* com as características do presidencialismo, bem ressaltam Bahia, Silva e Oliveira:

O processo de crime de responsabilidade não pode atender ao interesse privatizado de um/alguns, uma vez que aquele que é acusado também possui a legitimidade advinda do voto popular. De igual forma, há que se lembrar de um princípio próprio ao sistema presidencialista, o da “impossibilidade de censura legislativa do Presidente da República”, segundo o qual, no regime presidencialista, o Presidente - assim como o Governador e o Prefeito - não são responsabilizáveis ante o Parlamento, mas tão somente perante o público de cidadãos, pelo não cumprimento de planos/projetos de campanha ou pelo insucesso de políticas/ações tomadas, se essas não configurarem crime - comum ou de responsabilidade. Assim é que crises econômicas ou aumento do desemprego, por exemplo, não são causas constitucionais de retirada do Presidente de seu cargo. O *Impeachment*, assim, não é meio de eternização da disputa eleitoral e nem deve ser usado como substituto da crítica parlamentar sobre os atos do Poder Executivo. (grifos no original)¹⁰⁰

Destaque-se que até na doutrina norte americana os debates sobre na natureza do *impeachment* - se política ou jurídica - abrem grande divergência, sobretudo quanto à consequência lógica quanto à natureza do instituto: há quanto ao legislativo uma faculdade ou um dever de instaurar o processo contra Presidente da República?

Quanto à discricionariedade ou vinculação do legislativo no tocante à abertura do processo de *impeachment* no presidencialismo estadunidense, observam Tribe e Matz:

Imponentes analogias com o júri, entretanto, são equivocadas quando se trata de *impeachment*. Faltando um dever afirmativo em impeachmar, a Câmara nunca é obrigada a tomar o drástico passo ao menos que conclua que fazer isso é o interesse maior da nação. Isso requer de longe um julgamento muito mais sensível do que se espera que qualquer grande júri faça. E por uma boa razão: acusar o presidente de “graves crimes e outras contravenções” é um ato extraordinário nos próprios direitos da Câmara. Como alertou o Senador Byrd, o *impeachment* é “a maior censura, a maior condenação, que a Câmara pode infligir a qualquer Presidente”. Mais além, um julgamento no Senado de qualquer chefe do executivo é tanto custoso quando divisivo. A Câmara não pode responsabilmente impor essa carga à nação baseado simplesmente in suspeitas de transgres-

100 BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Op. cit., p. 32.

sões. Pelo contrário, membros da Câmara devem votar o *impeachment* somente se eles genuinamente acreditarem que as acusações são bem fundadas e garantam a imediata remoção do presidente do cargo. Devemos então rejeitar grandes analogias com o júri, as quais são constantemente mobilizadas para aliviar a responsabilidade da Câmara de sua mais importante decisão. (tradução nossa)¹⁰¹

Entretanto, deve-se frisar que esse é o entendimento da doutrina norte-americana, ressalte-se, também divergente, em decorrência de sua constituição ser sintética e omissa quanto a maiores peculiaridades quanto ao instituto. No Brasil, a Lei de Crimes de Responsabilidade - Lei 1.079/50 é anterior à Constituição Federal de 1988 e, naturalmente, a consequência da teoria dos fenômenos constitucionais intertemporais, mais especificamente, a relação entre lei anterior a uma constituição e essa constituição é a leitura da lei a partir dos dispositivos da Constituição vigente (filtragem constitucional).

Como exemplo, Streck analisa o estabelecimento do Estado Democrático de Direito pela Constituição:

XXVII. Como o mundo só “existe”, como mundo, na medida em que for compreendido/interpretado, é possível dizer que, se a Constituição Federal estabelece que o Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, colocando à disposição dos juristas os instrumentos para a sua implementação, é dizer, a função social do Estado; e se ela, a Constituição Federal, não é aplicada, então não há função social do Estado.¹⁰²

Nesse diapasão, se a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu, a partir da decisão institucional constituinte, que o Brasil seria um sistema presidencialista, decisão essa ratificada no Plebiscito sobre o sistema de governo realizado em 1993¹⁰³, todos os dispositivos constitucionais devem ser interpretados em unidade a fim de preservar e viabilizar esse sistema de governo, bem como a legislação infraconstitucional ser

101 TRIBE, Laurence; MATZ, Joshua. *To end a presidency: the power of impeachment*. New York: Basic Books, 2018. p. 78-79.

102 STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 368.

103 BARREIROS NETO, Jaime. *Os sistemas de governo e a controvérsia “parlamentarismo versus presidencialismo”*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 50.

interpretada a partir dessa determinação, seja pré-constitucional ou pós-constitucional.¹⁰⁴

O *impeachment*, então, no ordenamento constitucional brasileiro atual, tem sua feição jurídico-política por imposição da força normativa da Constituição Federal de 1988, que comporta a decisão institucional do presidencialismo enquanto sistema de governo. Negar a feição jurídica ao *impeachment* - ou defender a sua natureza essencialmente política - é transformá-lo num voto de desconfiança, instrumento incompatível com o sistema presidencialista, ou num *recall*, medida revocatória de mandato que deve ser expressamente adotada por uma constituição presidencialista.¹⁰⁵

Sintetizando a função do *impeachment* no sistema presidencialista, Tavares destaca que “O mecanismo de *impeachment* constitui um reforço do próprio Presidencialismo, não podendo ser utilizado como opção livre do Congresso Nacional ou como moeda política para barganhas parlamentares, sem que, ao assim se proceder, resulte nítida violação à harmonia entre os poderes”.¹⁰⁶

Sustentando a natureza política do *impeachment* no Brasil, Temer:

Neste tema, convém anotar que o julgamento do Senado Federal é de natureza política. É juízo de conveniência e oportunidade. Não nos parece que, tipificada a hipótese de responsabilização, o Senado haja de, necessariamente, impor penas. Pode ocorrer que o Senado Federal considere mais conveniente a manutenção do Presidente no seu cargo. Para evitar, por exemplo, a deflagração de um conflito civil; para impedir agitação interna. Para impedir desentendimentos internos, o Senado, diante da circunstância, por exemplo, de o Presidente achar-se em final de mandato, pode entender que não deva responsabilizá-lo.¹⁰⁷

104 Em que pese tratar-se de uma análise da crise de legitimidade constitucional do direito penal no estado democrático de direito brasileiro, os mesmos argumentos utilizados por Pinho e Albuquerque podem ser transpostos para essa análise da sistemática do *impeachment* na Lei 1.079/50 (Cf. PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. *Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistência ao poder de punir*. São Paulo: Empório do Direito, 2019. p. 64 et seq.).

105 Cf. PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. *Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistência ao poder de punir*. São Paulo: Empório do Direito, 2019. p. 71-72. Cf. GALINDO, Bruno. *Impeachment à luz do constitucionalismo contemporâneo: incluindo análises dos casos Collor e Dilma*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 64.

106 TAVARES, André Ramos. *Parecer jurídico*. Parecer sobre a eventual possibilidade de abertura de processo de *impeachment* contra a presidente da República, Dilma Rousseff. São Paulo, 12 de outubro de 2015. p. 1. Disponível em: https://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/10/Parecer_Andre_Ramos_Tavares.pdf. Acesso em: 23 out. 2021.

107 TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 169-170.

Não nos parece ser essa a interpretação compatível com a Constituição Federal de 1988. Além da natureza eminentemente política do instituto ser incompatível com os moldes do presidencialismo estabelecido na Constituição, como já demonstrado acima, a própria Constituição tem instrumentos para combater situações de conflitos civis, agitações internas e/ou grave perturbação da ordem pública, como a intervenção federal (art. 34, III), o estado de defesa (art. 136 *caput*) e o estado de sítio (art. 137, I).¹⁰⁸

Nesses termos, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determina a imprescindibilidade da prática de um crime de responsabilidade para que seja deflagrada a abertura de um *impeachment* contra o Presidente da República (arts. 85 e 86).¹⁰⁹ O delito, por sua vez, necessariamente deve estar tipificado na Lei 1.079/50, que regulamenta, tipifica e minudencia o rol exemplificativo do art. 85 da CRFB/88. Sem a tipificação, volta-se ao desvirtuamento do *impeachment*, consistindo num voto de desconfiança ou *recall* ilegítimo, conforme exposto anteriormente.

Reverberam esse entendimento Bahia, Silva e Oliveira:

Muito embora o julgamento ainda não tenha sido realizado pelo Senado Federal, é preciso repetir que a existência de crime de responsabilidade depende de tipificação legal, sem o que o impedimento se transformaria em uma mera moção de desconfiança, própria dos regimes parlamentaristas. As instituições republicanas precisam agir dentro da conformidade do projeto constitucional, sob pena de vivenciarmos um “estado de exceção”.¹¹⁰

Sobre a necessidade de tipificação dos crimes de responsabilidade para cabimento de *impeachment* - ainda que uma tipificação mais flexível - bem como o seu manejo apenas quando houver previsão legal, Bastos assevera:

O crime de responsabilidade guarda de característica própria da jurisdição a circunstância de ser apenas cabível dentro das hipóteses legais, se bem que os fatos delituosos, no impedimento, não estejam sujeitos a uma tipicidade tão

108 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte. Diário Oficial da União - Seção 1 - 5 de out. de 1988. Página 1 (Publicação Original). 109 Ibidem.

110 BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Impeachment no constitucionalismo brasileiro: revistando as instituições democráticas em busca da legitimidade constitucional*. In: LEITE; George Salomão; STRECK, Lenio; NERY JR., Nelson (Coord.). *Crise dos poderes da República: judiciário, legislativo e executivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 1.083.

rigorosa como aquela existente no direito penal. No mais, quanto aos seus objetivos, os do impedimento transcendem aos da repressão ao crime. Eles encontram assento no próprio sistema de freios e contrapesos, segundo o qual nenhum dos poderes é por si só soberano. A medida grave e extremada do impedimento, dentro do sistema de separação de poderes do presidencialismo, radica-se na necessidade de dispor-se de medida eficaz voltada a pôr cobro a uma eventual situação de afronta e violência à Constituição.¹¹¹

Nesse sentido, para que haja um *impeachment* presidencial é necessário que tenha havido um crime de responsabilidade. *Impeachment* sem crime de responsabilidade reveste-se, em verdade, num golpe de estado, em virtude da ausência de legitimidade no processo destituente. E é nesse ponto que no Brasil - em sentido oposto a *political question doctrine* do direito norte-americano, que não admite *political review* das questões atinentes ao *impeachment* - admite-se controle judicial do *impeachment*. Naturalmente o mérito da decisão não é sindicável ao judiciário, mas as questões atinentes à legalidade e constitucionalidade do procedimento são passíveis de apreciação judicial.

A controvérsia sobre essa possibilidade foi levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal quando do *impeachment* do ex-presidente Fernando Collor de Mello, no Mandado de Segurança nº 21.564. No que tange a essa questão, a diretiva foi traçada pelo Min. Ilmar Galvão, em seu voto que, em razão da importância política, democrática e constitucional, faz-se imperiosa a transcrição:

No presente caso, portanto, o que se põe fora do alcance de apreciação do Supremo Tribunal Federal, por tratar-se de matéria discricionária, de natureza política, é o poder, que cabe à Câmara dos Deputados, de autorizar, ou de não autorizar, a instalação de processo contra o Presidente da República. Os requisitos de validade da denúncia, o modo como é ela recebida, sua leitura, a nomeação de Comissão Especial e a decisão do Plenário, são formalidades que podem estar previstas na Constituição em leis ou no Regimento Interno. Se a Constituição, a lei ou o Regimento Interno, no espaço que lhes está reservado pela Constituição, estabelece um procedimento a ser atendido, não fica a critério da autoridade, do órgão, ou do Poder, observá-lo. Entendimento

111 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 674.

em sentido contrário valeria pela negação do Estado de Direito e pela instauração do regime do arbítrio.¹¹²

Uma vez observada a prática de crime de responsabilidade - não a sua suspeita, mas a sua prática comprovada - não concordamos como a tese sustentada pela corrente doutrinária (a exemplo de Temer) que, sustentando o juízo político do instituto, defendem poder o Senado deixar de aplicar a pena ao Presidente de República¹¹³. No nosso sentir, responsabilizar Presidentes que tenham cometido crime de responsabilidade é republicano. Compartilhamos o entendimento de Rui Barbosa, para quem a responsabilidade dos Presidentes é inato à República:

Não sabemos acaso que, no espírito das maiorias, que, numa e noutra casa do Congresso, aceleraram a passagem desse ato legislativo, atuava, acima, até, dos princípios gerais que fazem da responsabilidade presidencial uma das condições elementares do sistema republicano, o pensamento dominante de contrapor diques à corrente inconstitucional do poder executivo naquele tempo, cominando ao presidente insubmisso a penalidade legal?¹¹⁴

Mister salientar que a discricionariedade punitiva é típica dos regimes autoritários. Ferrajoli, estabelecendo as bases do garantismo, conforme já analisados, observa:

Num Estado absoluto no qual o *quod principi placuit* não só tem vigência como também validade, o direito positivo não está em condições de dar outra resposta que não a meramente formal – “quando e como” queira o soberano - aos problemas da legitimação. Fora disso, remete a critérios que são integralmente de justificação externa ou de justiça material. Ao contrário, num Estado de direito, o direito penal torna explícitas suas condições substanciais de justificação, subministrando muitas respostas desde dentro - geralmente por meio de normas constitucionais - às perguntas acerca do “quando” e do “como” das proibições, das penas e dos processos. Dependendo do número e do caráter mais ou menos complexo e vinculante destas respostas, um sistema

112 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança 21.564*. Voto do Ministro Ilmar Galvão. Rel. p/ acórdão Carlos Velloso, j. 23.09.1992, DJ.27.08.93. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobrestfconhecastfjulgamentohistorico/anexo/ms21564.pdf>. Acesso em: 23 out. 2021.

113 BROSSARD, Paulo, *Op. Cit.* p. 133-148; TEMER, Michel. *Op. Cit.* p. 169-170,

114 BARBOSA, Rui. Ainda a denúncia. In: _____. Obras completas de Rui Barbosa, vol. XX, tomo II. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1949, p. 34. Disponível em: <http://docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=obrascompletasruibarbosa&pagfis=17119>. Acesso em: 23 out. 2021.

penal será mais ou menos garantista, mais ou menos limitado, mais ou menos justificado, mais ou menos “de direito”.¹¹⁵

Destarte, a responsabilização de Presidentes que tenham cometido crimes de responsabilidade não pode ficar adstrita à simples discricionariedade do poder legislativo, funcionando esse como o soberano como descrito por Ferrajoli, decidindo “quando e como” responsabilizá-lo. Essa discricionariedade pode gerar impunidade, violando o Estado democrático de Direito, a segurança jurídica e os critérios de justiça, bem como a independência e igualdade entre os poderes, dado que o Legislativo pode utilizar dessa “prerrogativa” para barganhar com o poder Executivo.

No Brasil, essa discricionariedade é exercida de maneira exacerbada pelo Presidente da Câmara dos Deputados em diferentes momentos, sobretudo Eduardo Cunha (de 01/02/2015 07/07/2016, quando renunciou), Rodrigo Maia (2019/2020) e Arthur Lira (2021-atualmente). O regimento interno da Câmara determina que o Presidente da Câmara despache a denúncia à comissão especial nos termos do art. 218, §1º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, uma vez feito um juízo preliminar de admissibilidade formal (cognição rasa). Caso seja rejeitada, cabe recurso para o plenário da Câmara, nos termos do art. 218 §3º do mesmo regimento.¹¹⁶ Ocorre que os presidentes da Câmara anteriormente relatados se omitem na função de apreciar os pedidos, não havendo uma decisão quer procedente quer improcedente quanto aos pedidos de *impeachment* que lhes foram submetidos à apreciação. Como ressalta Mafei, Eduardo Cunha instaurou esse costume, o que o autor chama de “voluntarismo discricionário”.¹¹⁷

No julgamento dos Mandados de Injunção nº 7.362 e nº 7.372, a Min. Cármen Lúcia, relatora de ambos *mandamus*, julgou improcedente a questão, por entender ser juízo discricionário do poder legislativo tal decisão, configurando um ato *interna corporis* que, caso apreciado pelo judiciário, violaria a separação de poderes. No MI nº 7.362 asseverou a ministra:

115 FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 334.

116 BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Resolução nº 17, de 1989*. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1989. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescad/1989/resolucaodacamaradosdeputados-17-21-setembro-1989-320110-normaatualizada-pl.html>. Acesso em: 10 nov. 2021.

117 MAFEI, Rafael. *Como remover um presidente: teoria, história e prática do impeachment no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2021. p. 209.

A inexistência de fixação de prazo específico para análise da denúncia na Lei n. 1.079/50 e no § 2º do art. 218 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados demonstra caber à Casa Legislativa a avaliação de petições que ali chegam. O Presidente daquela Casa exerce juízo específico de plausibilidade da peça que ali chega e da oportunidade e conveniência, em juízo qualificado como político por este Supremo Tribunal, no julgamento acima mencionado. Compete a ele analisar, nos termos da legislação vigente, os dados jurídicos e políticos que propiciam, ou não, início de processamento válido do pleito apresentado.

5. A imposição de prazo, pelo Poder Judiciário, para a realização do ato pretendido (análise das denúncias apresentadas para apuração de responsabilidade do Presidente da República), macularia o princípio da separação dos poderes, assegurado no art. 2º da Constituição da República.¹¹⁸

Há ainda a controvérsia sobre a possibilidade de responsabilização do Presidente da República por crimes de responsabilidade quando este não ocupa mais o cargo, ao que chamamos de *timing do impeachment*. A controvérsia se estabelece em virtude da redação do art. 15 da Lei 1.079/50, que estabelece: “Art. 15. A denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo”.¹¹⁹

A controvérsia se estabeleceu quando o Presidente Fernando Collor renunciou ao cargo no dia 29 de dezembro de 1992, no início de sua sessão de julgamento, buscando evitar a condenação. O Senado suspendeu a sessão de julgamento, declarou o cargo vago e convocou o Congresso Nacional para tomar ciência da renúncia. O Congresso Nacional empossou o então vice-presidente Itamar Franco e, ainda no mesmo dia, o Senado retoma o julgamento, condenando Collor por 76 votos a 3 à inabilitação para o exercício de qualquer cargo, emprego ou função pública por até 8 anos.¹²⁰

Da decisão a defesa de Collor impetrou um novo mandado de segurança, o MS 21.689, cuja relatoria coube ao Min. Carlos Velloso, sustentando que a pena de inabilitação política seria acessória à pena de perda de cargo, o que faria com que a renúncia obstasse

118 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção 7.362*. Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe-076, divulg. 22/04/2021, public. 23/04/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1191233/false>. Acesso em: 23 out. 2021.

119 BRASIL. *Lei 1.079 de 10 de abril de 1950*. Lei de Crimes de Responsabilidade. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 10 de abril de 1950.

120 ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 145-146.

a aplicação de ambas, ressaltando que STF já havia firmado entendimento similar anteriormente com relação aos prefeitos, com base no Decreto-Lei 201/67, decidindo que os chefes do executivo local somente seriam processados enquanto exercessem o cargo, podendo ser processados por crimes comuns posteriormente caso já tivessem deixado o posto.¹²¹

Em sua decisão o Min. Carlos Veloso acaba por entender que, em virtude de Collor ter renunciado após a denúncia na Câmara dos Deputados, o ato não teria mais o condão de obstar o prosseguimento do feito. Ademais, ressaltou que a Lei 1.079/50, não exige a permanência do mandatário no cargo de Presidente para a aplicação da pena. Por fim, asseverou a redação constitucional do art. 52, parágrafo único, faz uso do elemento de conexão *com*, e não da conjunção *e*, o que leva a entender que as penas a serem aplicadas no caso de *impeachment* seriam independentes.¹²²

Situação semelhante aconteceu nos Estados Unidos da América em 2021 com o ex-Presidente Donald Trump, no episódio da invasão ao Capitólio, quando Trump incitou a violência civil contra o Governo dos Estados Unidos que se reunia em sessão conjunta, em obediência à 12ª Emenda, para confirmar o resultado das eleições presidenciais por meio dos votos do colégio eleitoral. Então, a House of Representatives aprovou, em 13 de janeiro de 2021, um artigo de *impeachment* por incitação à insurreição, com base no art. 3º da 14ª Emenda à Constituição.¹²³ Ocorre que Trump deixou a presidência dos Estados Unidos em 20 de janeiro de 2020, antes, portanto, da instauração do processo de *impeachment*, argumento utilizado por sua defesa para que o processo fosse encerrado.

A comissão especial (*House of Representatives Managers*), ao apreciar a questão, entendeu pelo prosseguimento do *impeachment*, dentre outras razões, levando-se em consideração a impunidade e a prevenção negativa analisada alhures. Para os *Representative Managers*:

É particularmente óbvio que o Senado tem jurisdição aqui porque o Presidente Trump estava no cargo no momento em

121 PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. Op. cit., p. 145.

122 Ibidem, p. 145.

123 CONGRESS OF UNITED STATES OF AMERICA. House of Representatives. *House Resolution 24: Articles of impeachment against Donald Trump*. Washington: House of Representatives, January 13, 2021. Disponível em: <https://www.congress.gov/117/bills/hres24/BILLS-117hres24ih.pdf>. Acesso em: 23 out. 2021.

que ele foi impichado. Não pode haver dúvidas que a *House* teve autoridade para impichá-lo naquele momento. Então, a questão não é se um antigo agente pode ser impichado pela *House* – embora, como explicaremos, isso é deveras autorizado. A única questão em verdade apresentada é se o Senado tem jurisdição para conduzir o julgamento *deste impeachment*. E o Artigo I, Seção 3, Cláusula 6 prevê uma resposta direta a essa questão: “O Senado tem o Poder de julgar *todos os impeachments*” (ênfase adicionada). Como o Professor Michael McConnell, um antigo juiz da Corte de Apelação, indicado pelo Presidente George W. Bush, explica “A palavra chave é “todo”. Essa cláusula não contém nenhuma reserva ou limite. Ela não diz ‘o Senado tem poder para julgar *impeachments* contra agentes em exercício. Dado que o *impeachment* do Sr. Trump foi legítimo, o texto deixa claro que o Senado tem o poder de julgar esse *impeachment*” (tradução nossa).¹²⁴

Faz-se imperioso ressaltar que diversas constituições de países sul-americanos, em que pese à redação vaga quanto às infrações presidenciais sujeitas a julgamento por *impeachment*, permitem expressamente que esse processo seja manejado contra ex-presidentes, como as constituições da Colômbia (art. 174)¹²⁵, Chile (art. 52, 2, a)¹²⁶ e Uruguai (art. 172)¹²⁷, exigindo as 2 (duas) últimas que a denúncia seja feita no interregno de até 6 meses do fim do mandato.

Outra controvérsia, dessa vez no constitucionalismo brasileiro, diz respeito à possibilidade de responsabilização do Presidente da República por atos cometidos no mandato anterior. Para Galuppo, o processo de *impeachment* deve ser proposto durante o mandato no qual os crimes foram praticados, em virtude da imunidade de responsabilização por atos estranhos à função. Para o professor, os mandatos não se comunicam, sendo um cargo novo num mandato novo.¹²⁸ Já para Mafei, não há óbice para que se alcance num

124 CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE. The Impeachment and Trial of a Former President 1-2 (jan. 15, 2021). In: CONGRESS OF UNITED STATES OF AMERICA. *Trial memorandum of the United States House of Representatives in the impeachment trial of president Donald J. Trump*. Senate. 117th Congress, 1st Session. p. 75-76.

125 COLOMBIA. *Constitución política de Colombia, 1991*. Edición actualizada. Bogotá: Editorial Atenea Ltda, 2017.

126 CHILE. *Constitución política de la República de Chile*. Decreto Supremo nº 100. Texto refundido coordinado y sistematizado de la constitución política de la República de Chile..Nueva Edición. Santiago: Lexnova Ediciones, 2017.

127 URUGUAY. *Constitución de la República Oriental del Uruguay, 1967*. Edición actualizada con las enmiendas aprobadas por los plebiscitos del 26/11/89, 27/11/94, 08/12/96 y 30/10/04. Montevideo: Tradinco, 2014.

128 GALUPPO, Marcelo Campos. *Impeachment: o que é, como se processa e por que se faz*. Belo

segundo mandato atos cometidos no primeiro, sobretudo quando as condutas tenham sido praticadas no período de fim de mandato. O autor ressalta que, caso houvesse esse óbice, isso acabaria por liberar os Presidentes de cometerem crimes de responsabilidade quando seu mandato estivesse próximo de expirar.¹²⁹

Todas essas controvérsias teóricas quanto às condições de possibilidade de responsabilização dos Presidentes da República por meio de *impeachment* no sistema presidencialista, sobretudo no constitucionalismo brasileiro, acabam por desaguar em percalços para a concretização do princípio republicano. Sobre a responsabilização do Presidente no presidencialismo brasileiro, observou Rui Barbosa que “o presidencialismo brasileiro não é senão a ditadura em estado crônico, a irresponsabilidade geral, a irresponsabilidade consolidada, a irresponsabilidade sistemática do Poder Executivo”.¹³⁰ Em que pese essa constatação, em menos de 30 anos de democracia na terceira república, o Brasil teve 2 (dois) presidentes destituídos, o que nos leva a questionar se tem havido realmente um fortalecimento da democracia.¹³¹

Postos estes problemas, questiona-se, quais as contribuições que o modelo doutrinário axiológico garantista ferrajoliano pode oferecer à teoria do *impeachment*?

Como destacou Bobbio no Prefácio à 1ª edição italiana de *Direito e Razão*, a teoria garantista faz uma crítica aos fundamentos gnosiológicos e éticos do direito penal, em um extremo, e a crítica da prática judiciária em nosso país, em outro extremo, refugindo dos vícios opostos da teoria sem controles empíricos e da prática sem princípios.¹³²

O modelo doutrinário axiológico garantista de Ferrajoli aplicado à teoria do *impeachment* viabiliza, inicialmente, a certeza do direito - resguardando o arbítrio punitivo, evitando a incorporação de “(...) *potestades* discricionárias na pré determinação e/ou di-

Horizonte: Editora D'plácido, 2016. p. 51.

129 MAFEI, Rafael. *Como remover um presidente: teoria, história e prática do impeachment no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2021. p. 208.

130 BARBOSA, Rui. *Novos discursos e conferências*. Rio de Janeiro, 2010. p. 350.

131 PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins; COELHO, Cláudio Carneiro Bezerra Pinto. Duas destituições presidenciais em 30 anos da Constituição de 1988: Avanço ou retrocesso da democracia? In: GUERRA, Sidney César Silva; GUERRA, Caio Grande. (Org.). *Discussões atuais do Direito Constitucional brasileiro*. Curitiba: Instituto Memória, 2018. p. 150 et seq.

132 BOBBIO, Norberto. Prefácio à 1ª edição italiana. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 7.

retamente na determinação dos requisitos da pena (...)”¹³³, bem como a proteção de valores que se posicionam incondicionalmente sob a proteção da pena. Ferrajoli propõe a limitação de valores ou critérios valorativos de punibilidade, quando a lei dispõe as condições necessárias para integrar a conduta prevista como delito, determinando-os como condições suficientes, além da previsão do fato como delito.¹³⁴

Quanto ao princípio retributivo, considera a pena uma sanção *antegressi delicti*, ou *propter delicti* ou *ab malum actionis*, quer dizer, a determinação de que o delito seja causa ou condição necessária da pena, do qual se torna efeito ou consequência jurídica. Noutras palavras, a pena somente é aplicável quando se tenha cometido um delito.¹³⁵ Em que pese seja característica do *impeachment* a exigência da prática do crime de responsabilidade, foi possível observar que esse pressuposto vem sendo constantemente desrespeitado.

Por fim, o modelo doutrinário axiológico garantista de Ferrajoli contribui à teoria do *impeachment* justamente uma proposta axiológica, proposta essa que possibilita às instâncias sistêmicas concretizarem a estabilidade institucional. Ao propor respostas à pergunta “por que punir?” - que pode ser completada com o questionamento “por que punir *os presidentes?*”, o modelo doutrinário garantista nos permite afastar os usos descritivos de tipo histórico ou sociológico (que respondem ao questionamento da *função* do *impeachment*) e os usos descritivos de tipo jurídico (que responde ao questionamento da *motivação* do *impeachment*), para que nos concentremos no uso normativo de tipo axiológico, que responde ao questionamento da *finalidade* do *impeachment*.¹³⁶

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa se propôs a, a partir da análise do modelo doutrinário axiológico garantista de Luigi Ferrajoli, observar a possibilidade (ou não) de se propor uma resposta à teoria constitucional do *impeachment* no sistema presidencialista, contestando o dilema de quando punir os presidentes.

133 FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 335 (Grifos no original).

134 Ibidem, p. 335.

135 Ibidem, p. 339.

136 Ibidem, p. 299.

Durante a pesquisa, foi possível verificar que, em que pese divergências na literatura, no presidencialismo brasileiro o *impeachment* não consiste num processo de juízo eminentemente político, apresentando natureza híbrida, quer dizer, jurídico-política (ou jurídico-penal), em virtude de o texto constitucional prever crimes de responsabilidade do Presidente da República.

Do texto constitucional também se extrai a exigência da prática de crime de responsabilidade como pressuposto para a abertura do processo de *impeachment*, bem como a responsabilização do mandatário. Essa exigência é o traço distintivo desse instrumento jurídico para a *motion of no confidence* do sistema parlamentarista e do *recall* ou revocatória de mandato dos sistemas presidencialistas que expressamente o adotam.

Como consequência da exigência de crime de responsabilidade para o manejo de *impeachment*, essa pesquisa evidencia que mau desempenho econômico ou reprovação popular do governo não são causas de destituição presidencial por meio de *impeachment*.

Ademais, em decorrência de sua natureza jurídico-penal, o princípio da estrita legalidade deve ser aplicado à sistemática do *impeachment* tanto na tipificação das condutas descritas como crimes de responsabilidade quanto no estabelecimento do procedimento. Esse aspecto visa afastar a insegurança e a incerteza jurídica no uso do instituto, bem como rechaçar a subjetividade e valores extrajurídicos na interpretação e aplicação do instituto.

Como fruto da força normativa da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e dos princípios nela expressos, entendeu essa pesquisa que as questões jurídicas procedimentais do processo de *impeachment* são sindicáveis ao poder judiciário, sendo permitido pelo ordenamento constitucional brasileiro o controle judicial do *impeachment*, exceto no tocante ao mérito da decisão, não tendo adotado a *political question doctrine* do direito norte-americano, que não admite *political review* das questões atinentes ao *impeachment*.

Ante tais constatações, entendemos que, uma vez praticado - e provado o crime de responsabilidade pelo Presidente da República, deve o *impeachment* ser instaurado pelo poder legislativo e deve o governante responder pelos seus atos, ainda que goze de

bom desempenho econômico ou social. Ademais, ex-presidentes também devem responder por crimes de responsabilidades praticados enquanto exerciam a presidência, ainda que não estejam mais no cargo quando da abertura do processo, tenha sido por renúncia ou por advento do termo do mandato.

Quanto aos tipos históricos/sociológicos e jurídicos do *impeachment*, observa-se que presidentes são punidos ou inocentados de acordo com a conveniência política e sem observância às regras que regulam os processos de *impeachment*. Entretanto, a maior contribuição que a teoria do garantismo tem a oferecer à teoria constitucional do *impeachment* é o seu modelo doutrinário axiológico: uma doutrina axiológica ou de justificação que seja apta a responder às questões ético-filosóficas sobre a finalidade do *impeachment* enquanto instrumento de responsabilização presidencial. Em outras palavras, fornecer um modelo teórico hábil a responder *como e por que* os presidentes devem ser punidos?

A esse questionamento a presente pesquisa pode constatar: que os presidentes devem ser responsabilizados pela prática de crimes de responsabilidade, ainda que fora do cargo (ex-presidentes); que o direito deve prever *estritamente* quais condutas presidenciais se consideram crimes de responsabilidade; que o direito estabeleça, *previamente*, os procedimentos de *impeachment*, suas regras e condições de procedibilidade; que a possibilidade de responsabilização presidencial por meio de o *impeachment* viabilizar o princípio retributivo da pena (prevenção negativa), impede a anarquia, viabiliza a estabilidade institucional, preserva o Estado Democrático de Direito e concretiza o princípio republicano.

O problema de se responsabilizar os Presidentes vai muito além do simples fato de puni-los, e esse ato não deve ser praticado por razões de vingança política. Responsabilizar Presidentes é concretizar o Estado democrático de direito mas, para tanto, é necessário que esse viabilize regras e procedimentos que materializem a segurança jurídica, principalmente no tocante às suas tipificações de condutas entendidas como crimes de responsabilidade por um determinado ordenamento presidencialista. Responsabilizar os presidentes é, dentro das regras do Estado democrático de direito, antes de mais nada, a realização do princípio republicano.

7 REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ARGENTINA. *Constitución de la nación argentina*. Texto oficial de 1853 com las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 e 1994. 1ª ed. 2ª reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: El Ateneo, 2017.

AZEDO, Luis Carlos. Com apoio, frente pelo semipresidencialismo no Brasil avança no Congresso. *Correio Braziliense*, Brasília, DF. 12 jul. 2021. Poder. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2021/07/4936965-com-apoio-frente-pelo-semipresidencialismo-no-brasil-avanca-no-congresso.html>. Acesso em: 27 out. 2021.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Impeachment no constitucionalismo brasileiro: revistando as instituições democráticas em busca da legitimidade constitucional*. In: LEITE; George Salomão; STRECK, Lenio; NERY JR., Nelson (Coord.). *Crise dos poderes da República: judiciário, legislativo e executivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *O impeachment e o Supremo Tribunal Federal: história e teoria constitucional brasileira*. 2ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BAILYN, Bernard; GARRET, Jane N. (ed.). *Pamphlets of the American Revolution, 1750–1776, Volume I: 1750-1765*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1965.

BAILYN, Bernard. *The ideological origins of the American revolution*. Enl. ed. Cambridge, Massachusetts: Belknap press of Harvard University Press, 1992. p. 187-189. Disponível em: <http://tcpbckup1.yolasite.com/resources/The%20Ideological%20Origins%20of%20the%20American%20Revolution%20By%20Bernard%20Bailyn.pdf>. Acesso em: 27 out. 2021.

BALDWIN, Ebenezer. "An Appendix, Stating the Heavy Grievances the Colonies Labour under from Several Late Acts of the British Parliament, and Shewing What We Have Just Reason to Expect the Consequences of These Measures Will Be." From Samuel Sherwood, A Sermon, Containing, Scriptural Instructions to Civil Rulers, and All Free-Born Subjects. New Haven, 1774. In: WOOD, Gordon Stewart (ed.). *The American Revolution writings from the pamphlet debate II: 1773-1776*. New York: Literary Classics of the United States, inc./ The Library of America, 2015. E-book.

BARBOSA, Rui. *Novos discursos e conferências*. Rio de Janeiro, 2010.

BARBOSA, Rui. Ainda a denúncia. In: _____. *Obras completas de Rui Barbosa, vol. XX, tomo II*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1949, p. 45. Disponível em: <http://docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=obrascompletasruibarbo-sa&pagfis=17119>. Acesso em: 23 out. 2021.

BARREIROS NETO, Jaime. *Os sistemas de governo e a controvérsia "parlamentarismo versus presidencialismo"*. Salvador: Juspodivm, 2019.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BEÇAK, Rubens. Semipresidencialismo: considerações e oportunidade de adoção no Brasil. *Conjur*, São Paulo, 09 ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-09/direito-eleitoral-semipresidencialismo-consideracoes-oportunidade-adocao>. Acesso em: 27 out. 2021.

BOBBIO, Norberto. Prefácio à 1ª edição italiana. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BORJA, Sérgio. *Impeachment*. Porto Alegre: Editora Ortiz, 1992.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Resolução nº 17, de 1989*. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1989. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescad/1989/resolucaodacamaradosdeputados-17-21-setembro-1989-320110-normaatualizada-pl.html>. Acesso em: 10 nov. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte. Diário Oficial da União - Seção 1 – 5 de out. de 1988. Página 1 (Publicação Original).

_____. *Lei 1.079 de 10 de abril de 1950*. Lei de Crimes de Responsabilidade. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 10 de abril de 1950.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção 7.362*. Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe-076, divulg. 22/04/2021, public. 23/04/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1191233/false>. Acesso em: 23 out. 2021.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança 21.564*. Voto do Ministro Ilmar Galvão. Rel. p/ acórdão Carlos Velloso, j. 23.09.1992, DJ.27.08.93. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobrestfconhecastfjulgamentohistorico/anexo/ms21564.pdf>. Acesso em: 23 out. 2021.

BROSSARD, Paulo. *O impeachment*. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1992.

CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao Direito Constitucional Ocidental*. Tradução de Alexandre Vaz Pereira, Coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

CHEIBUB, José Antônio. *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy*. Cambridge, Massachusetts: Cambridge University Press, 2007.

CHEIBUB, José Antônio; LIMONGI, Fernando. Democratic institutions and regime survival: parliamentary and presidential democracies reconsidered. *Annual Review of Political Science*, v. 5, p. 151-179, 2002.

CHILE. *Constitución política de la República de Chile*. Decreto Supremo nº 100. Texto refundido coordinado y sistematizado de la constitución política de la República de Chile.. Nueva Edición. Santiago: Lexnova Ediciones, 2017.

COLOMBIA. *Constitución política de Colombia, 1991*. Edición actualizada. Bogotá: Editorial Atenea Ltda, 2017.

CONGRESS OF UNITED STATES OF AMERICA. House of Representatives. *House Resolution 24: Articles of impeachment against Donald Trump*. Washington: House of Representatives, January 13, 2021. Disponível em: <https://www.congress.gov/117/bills/hres24/BILLS-117hres24ih.pdf>. Acesso em: 23 out. 2021.

CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE. The Impeachment and Trial of a Former President 1-2 (jan. 15, 2021). In: CONGRESS OF UNITED STATES OF AMERICA. *Trial memorandum of the United States House of Representatives in the impeachment trial of president Donald J. Trump*. Senate. 117th Congress, 1st Session.

COPPETI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional sob o olhar do garantismo jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

CRETELLA JR, José. *Do impeachment no direito brasileiro*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1992.

CUNHA, Fernando Whitaker. O Poder Legislativo e o Impeachment. *Revista de Informação Legislativa*, ano 29, n. 116, out/dez, p. 31-38, 1992.

D'AGOSTINO, Rosanne. Barroso defende implantação do 'semipresidencialismo' em 2026. *G1*, Brasília, 05 jul. 2021. Política. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/07/05/barroso-defende-debate-para-implantar-semipresidencialismo-no-pais-em-2026.ghtml>. Acesso em: 08 nov. 2021.

DRY, Murray. The debate over the ratification of the Constitution. In: GREENE, J.; POLE, J. R. (ed.). *A companion to the American revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4^a ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. teoría del derecho y de la democracia: 1. Teoría del derecho*. Colección estructuras y procesos. Serie derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRUSCHTMAN JR., Jack. Common Sense. In: GREENE, J.; POLE, J. R. (ed.). *A companion to the American revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 2000.

GALINDO, Bruno. *Impeachment à luz do constitucionalismo contemporâneo: incluindo análises dos casos Collor e Dilma*. Curitiba: Juruá, 2016.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Impeachment: o que é, como se processa e por que se faz*. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2016.

GERHARDT, Michael J. The lessons of Impeachment History. *University of North Carolina School of Law*, North Carolina, v. 67, n. 603, 1999. Disponível em: https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?r1&article=1077&context=faculty_publications. Acesso em: 05 nov. 2021.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. The Gideon edition. Edited by George W. Carey and James McClellan. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.

KAPLANOFF, Mark D. The Federal Convention and the Constitution. In: GREENE, J.; POLE, J. R. (ed.). *A companion to the American revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 2000.

LAMOUNIER, Bolívar. Brazil at an impasse. *Journal of Democracy*, v. 5, p. 72-87, 1994.

LAMOUNIER, Bolívar. Brazil: Toward Parliamentarism? In: LINZ, Juan J.; VALENZUELA, Arturo (Orgs.) *The failure of presidential democracy: the case of Latin America*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1994. 4v

LINZ, Juan J. The perils of presidentialism. *Journal of Democracy*, Volume 1, Number 1, Winter 1990, pp. 51-69

LINZ, Juan J. Presidential or parliamentary democracy: does it make a difference? In: LINZ, Juan J.; VALENZUELA, Arturo (Orgs.) *The failure of presidential democracy: the case of Latin America*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1994. 2 v.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Traducción y estudio de la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1975.

LUTZ, Donald S. State constitution-making, through 1781. In: GREENE, J.; POLE, J. R. (ed.). *A companion to the American revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 2000.

MAFEI, Rafael. *Como remover um presidente: teoria, história e prática do impeachment no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários a Constituição de 1967 com a EC 1/69*. Tomo III. São Paulo: Editora RT, 1971.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília / Finatec, 2011.

PARAGUAY. *Constitución de la República (1992)*. Asuncion, 20 de junio de 1992.

PEIXINHO, Manoel Messias. *Os fundamentos constitucionais e legais que regulam o processo de impeachment do Presidente da República no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Gramma, 2018.

PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins; COSTA, Thaianne Dutra Luz; NERI, Larissa Pereira Macedo. Impeachment presidencial, crise institucional no Peru e a influência da engenharia constitucional na estabilidade governamental do presidencialismo. *In: COLÓQUIO JURÍDICO INTERINSTITUCIONAL DA PÓS SRTICTO SENSU - UNIFG E UCS, 1. Anais [...]*. Guanambi-BA/Caxias do Sul-RS, 26 nov. 2020. No prelo.

PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. Da (i)legitimidade do processo de *impeachment* no presidencialismo brasileiro. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 5, n. 02, p. 248-268, 12 mar. 2019.

PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. *Democracia e julgamento político: análise da governabilidade no presidencialismo brasileiro a partir dos impeachments dos presidentes Fernando Collor de Mello e Dilma Rousseff*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de pós-graduação em direito do Centro Universitário Guanambi (UniFG). Guanambi, Bahia, 2018.

PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins; COELHO, Cláudio Carneiro Bezerra Pinto. Duas destituições presidenciais em 30 anos da Constituição de 1988: Avanço ou retrocesso da democracia? *In: GUERRA, Sidney César Silva; GUERRA, Caio Grande. (Org.). Discussões atuais do Direito Constitucional brasileiro*. Curitiba: Instituto Memória, 2018.

PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Presidential Impeachment and the new political instability in Latin America*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007.

PERU. *Constitución política del Perú* (1993). Comentários, reformas, índice analítico de César Landa Arroyo. 2ª ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Peru, Fondo Editorial, 2019.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. *Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistência ao poder de punir*. São Paulo: Empório do Direito, 2019.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Garantismo penal: Ferrajoli por Ferrajoli, colocando os pingos nos is. *Conjur*, São Paulo, 29 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/ana-claudia-pinho-garantismo-penal-ferrajoli-ferrajoli>. Acesso em: 08 out. 2021.

RAKOVER, Jack N. The articles of Confederation - 1775-1783. In: GREENE, J.; POLE, J. R. (ed.). *A companion to the American revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 2000.

RAMOS, Maria Milagros Socorro Campos. La parlamentarización del presidencialismo peruano. In: ARROYO, César Landa (org.). *Derechos Fundamentales: actas de las V Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales*. LIMA: Palestra Editores, 2020.

SANTANO, Ana Claudia; NAKAMURA, Luis Antonio Corona. La parlamentarización de los sistemas presidencialistas y los derechos políticos de presidentes democráticamente elegidos: una visión desde los derechos humanos. *Revista Estudios Constitucionales*, v. 18, n. 2, 2020, p. 335-361.

SHERWOOD, Samuel. *Scriptural Instructions to Civil Rulers*. Fairfield, Connecticut: [s.n.], 1774. Disponível em: <https://www.consource.org/document/scriptural-instructions-to-civil-rulers-by-samuel-sherwood-1774-8-31/>. Acesso em: 17 out. 2021.

SOUZA, Leonardo Giardin. Luigi Ferrajoli destruiu o direito brasileiro. *Burke Instituto Conservador*. 31 de agosto de 2018. Criminalidade, Direito. Disponível em: <https://www.burkeinstituto.com/blog/direito/luigi-ferrajoli-destruiu-o-direito-brasileiro/>. Acesso em: 20 out. 2021.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TAVARES, André Ramos. *Parecer jurídico*. Parecer sobre a eventual possibilidade de abertura de processo de *impeachment* contra a presidente da República, Dilma Rousseff. São Paulo, 12 de outubro de 2015. Disponível em: https://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/10/Parecer_Andre_Ramos_Tavares.pdf. Acesso em: 23 out. 2021.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TRIBE, Laurence; MATZ, Joshua. *To end a presidency: the power of impeachment*. New York: Basic Books, 2018.

TRINDADE, André Karam. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. *Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*. v. 5, n. 1, (2012).

UNITED STATES OF AMERICA. *Impeachment grounds part 2: Selected Constitutional Convention Materials*. National Congress - Congressional Research Service: Washington D. C., 1988. p. 2. Disponível em: <https://www.senate.gov/CRSPubs/27014603-8d4e-4ee2-b5cc-19b81e252abd.pdf>. Acesso em: 18 out. 2021.

URUGUAY. *Constitución de la República Oriental del Uruguay, 1967*. Edición actualizada con las enmiendas aprobadas por los plebiscitos del 26/11/89, 27/11/94, 08/12/96 y 30/10/04. Montevideo: Tradinco, 2014.

WOOD, Gordon Stewart (ed.). *The American Revolution writings from the pamphlet debate I: 1764-1772*. New York: Literary Classics of the United States, inc./ The Library of America, 2015. E-book.

WOOD, Gordon Stewart (ed.). *The American Revolution writings from the pamphlet debate II: 1773-1776*. New York: Literary Classics of the United States, inc./ The Library of America, 2015. E-book.

O FOMENTO INCLUSIVO CIVILIZATÓRIO ADVINDO COM O NOVO CÓDIGO ELEITORAL BRASILEIRO

INCLUSIVE CIVILIZATION PROCESSING WITH THE NEW BRAZILIAN ELECTORAL CODE

*Carla Conchita Pacheco Bouças Hirsch **

*Fábio Periandro de Almeida Hirsch **

*Larissa Amaral da Silva **

RESUMO

O Projeto de Lei Complementar nº 112/2021 consiste em um projeto que visa revogar o código de 1965 e modernizar as normas eleitorais e as normas processuais eleitorais brasileiras. O texto base, ainda em tramitação, levanta pautas socialmente relevantes e fundamentais para o fortalecimento do estado democrático de direito, mediante a promoção da equidade de gênero e raça no sistema político, diante de um cenário onde a sub representação ainda é a regra. Deste modo, o objetivo deste artigo consiste em analisar o projeto de lei apontando para as disposições que demonstram o fomento a inclusão e apontar a relevância dessas ações no processo de redução da disparidade política no país. Para tanto, utilizou-se revisão bibliográfica baseada na análise da legislação brasileira, da doutrina e a análise quantitativa da representação política no país. A conclusão aponta que o novo código é um potencial instrumento de transformação política ao prever ações afirmativas e impor responsabilizações em razão da sua violação.

Palavras-chave: Inclusão social. Código eleitoral. Igualdade racial. Igualdade de gênero. Ações Afirmativas.

* Graduanda em Direito pela Faculdade Batista Brasileira (FBB). Membro do Grupo de Pesquisa em Direitos e Deveres Fundamentais do Brasil.

* Doutor (2012) e Mestre (2007) em Direito Público, ambos com ênfase em Direito Constitucional, pela Universidade Federal da Bahia (PPGD-UFBA). Integrante do Corpo Permanente do PPGD-UFBA. Professor Adjunto de Direito Constitucional na graduação. Coordenador do Serviço de Pesquisa em Direitos e Deveres Fundamentais no Brasil – SPDDF, grupo certificado no DGP do CNPQ. Advogado e Árbitro.

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Membro do Grupo de Pesquisa em Direitos e Deveres Fundamentais do Brasil.

ABSTRACT

The Complementary Law Project nº 112/2021 is a project that aims to revoke the 1965 code and modernize the electoral rules and the electoral procedural rules in Brazil. The basic text, still in progress, raises socially relevant and fundamental guidelines for the strengthening of the democratic rule of law, through the promotion of gender and race equity in the political system, in a scenario where representation is still the rule. Thus, the objective of this article is to analyze the applicable law project according to the provisions that demonstrate the promotion of inclusion and point out a survey of these actions in the process of reducing political disparity in the country. To do so, use a literature review based on the analysis of Brazilian legislation, doctrine and quantitative analysis of political representation in the country. The conclusion points out that the new code is a potential instrument of transformation by providing for affirmative actions and imposing liability for its violation.

Keywords: Social inclusion. Electoral code. Affirmative Actions. Racial equality. Gender equality.

1. INTRODUÇÃO

A sub-representação política consiste em uma realidade que afeta mulheres - brancas e negras - e homens negros. A análise de gênero e raça permite indagar se ainda existem limitações que dificultam o ingresso desses grupos nos espaços formais de poder, tendo em vista que a desigualdade que emerge nessas disputas aparenta estabelecer critérios acerca de quem deve ou não ocupar tais espaços.

Os estudos sobre o tema apontam que as raízes patriarcalistas e racistas que permeiam a história do Brasil reproduzem um quadro de desigualdade que resultam na sub-representação desses grupos. A legislação eleitoral consistiu por muito tempo em um instrumento legitimador da segregação, restringindo direitos políticos das mulheres e dos negros.

Ao longo dos anos, progressos normativos foram identificados, embora a desigualdade de participação desses grupos se

faça cristalinas aos olhos da sociedade. Dessa maneira, dados acerca dos candidatos e eleitos das últimas eleições enfatizam a sub-representação dos grupos e induzem a crença de que a esfera política tem cor e gênero. Ademais, embora diversas pesquisas se debrucem no estudo desses fenômenos sob a ótica do gênero, ainda são escassas as pesquisas cujo objeto seja a compreensão de um maior distanciamento de homens e mulheres negros dos cargos políticos formais.

Com a finalidade de contribuir para o debate, esta investigação, por meio de estudo bibliográfico e análise quantitativa de dados, propõe-se a explorar se as normas jurídicas têm auxiliado o aumento da representatividade de mulheres e negros, demonstrando o esforço eficiente e específico voltado aos grupos minoritários e apontando para o potencial fomento inclusivo que pode surgir a partir da instituição do Código Eleitoral que se encontra em tramitação.

No primeiro capítulo do desenvolvimento deste artigo, investiga-se a evolução normativa eleitoral, evidenciando a exclusão histórica dos grupos minoritários e as evoluções oriundas nos últimos anos. Em seguida, analisa-se os dados do Tribunal Superior Eleitoral que escancaram a realidade de desigualdade na participação política.

Finalmente, no terceiro capítulo, com base no Projeto de Lei Complementar nº 112/2021, são apontadas as diretrizes que tornam o novo código um potencial instrumento de inclusão de mulheres e negros nas esferas políticas. Este trabalho visa promover uma ampla discussão sobre a temática, com foco na análise normativa, apresentando-se como resultado de uma pesquisa qualitativa e quantitativa.

Para substanciar a hipótese levantada, consistente no potencial fomento inclusivo civilizatório do novo código, empregaram-se abordagens analítico-descritivas em torno do projeto de lei, analisando ações afirmativas de inclusão em razão de gênero e raça.

Por fim, as considerações finais apresentam os desafios e as perspectivas para uma agenda de pesquisa voltada para o tema da representação de negros e de mulheres na política brasileira, diante do paradoxo evidente na participação política nas esferas civis e extraparlamentares, em contraste com a sua baixa representação nas estruturas representativas do estado democrático de direito.

2. O PROBLEMA NA HISTÓRIA

O palco político brasileiro é marcado por limitações históricas que afastam grupos minoritários dos espaços de representação. As raízes escravocratas e o machismo institucional demonstram a jovialidade dos direitos políticos para determinados grupos. A Constituição do Império, instituída em 1824, restringia o exercício do direito ao voto no Brasil, sendo vedado o exercício dos direitos políticos das mulheres e dos escravos. Nesse período, regia o sistema restrito do sufrágio, que estabelecia discriminações concernentes à renda, à instrução, à condição social e referente ao gênero.⁴

Pela Constituição de 1824, só podiam ser eleitos para o cargo de senador os homens de saber, cultos e virtuosos, que tivessem, de preferência, prestado serviços à Pátria e que usufríssem uma renda de 800\$000 anuais. O deputado geral, por sua vez, deveria professar a religião do catolicismo, não ser liberto e possuir uma renda anual de 400\$000. As tentativas de eliminar as pessoas negras e de baixa renda dos processos eleitorais eram escancaradas nos textos legais, apresentando um posicionamento discriminatório e amparado juridicamente. As disputas políticas em prol da manutenção do poder fizeram com que outras restrições fossem estabelecidas.

No ano de 1881, uma reforma eleitoral no Império, conhecida como Lei Saraiva, instaurou a vedação ao voto do analfabeto. Defende-se uma possível conexão entre esta lei e a abolição da escravatura, tendo em vista que ao estabelecer essa restrição, grande massa de negros egressos do cativo, no geral, analfabetos, foram excluídos do processo eleitoral, dificultando a tomada do poder dos recém libertos.⁵

Nos debates para a aprovação desta Lei, pouco se falou sobre direitos políticos da mulher e, quando mencionados, tais direitos foram negados, sem qualquer justificativa. Aponta-se que o Senador Vieira da Silva⁶ argumentou que os direitos políticos não pertenciam

4 PAIVA, Maria Arair Pinto. *Direito Político do Sufrágio no Brasil: (1822 – 1982)*. Brasília: The-saurus Editora, 1985. 287 p.

5 SÉRIE Inclusão: antes excluídos, hoje índios e negros participam ativamente do processo eleitoral. *Notícias TSE*, 19 abril 2013. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2013/Abril/serie-inclusao-antes-excluidos-hoje-indios-e-negros-participam-ativamente-do-processo-eleitoral>. Acesso em: 06/10/2021.

6 Luís Antônio Vieira da Silva (Fortaleza, 2 de outubro de 1828 — 3 de novembro de 1889), foi

a todos os indivíduos e que a mulher era incapaz do mínimo direito político, devendo gozar da liberdade de consciência.

A primeira constituição republicana, outorgada em 1891, conservava as antigas restrições e imperiais, limitando o direito de voto às mulheres e aos analfabetos.⁷ Dessa maneira, sob um regime que se pretendia democrático e republicano, se perpetuou a exclusão do processo eleitoral da ampla maioria das pessoas, esse sistema político viciado reproduzia pactos de poder firmados entre oligarquias e mantinha à margem dos poderes decisórios determinados grupos.

Somente com a Revolução de 1930 ocorreu uma reorganização político-jurídica do Brasil, mediante a instauração do primeiro Código Eleitoral Brasileiro de 24 de fevereiro de 1932. A partir de uma atuação legislativa de relativo vanguardismo com relação às democracias ocidentais, o Brasil consagrou o direito ao voto às mulheres, neste texto legal consolidaram-se as aspirações revolucionárias em âmbito eleitoral.⁸ Destaca-se que essa normativa representou um grande avanço, tendo em vista que suprimiu a vedação do exercício dos direitos políticos em razão de gênero e instrução, ampliando a massa das pessoas aptas a votar.

A ordem constitucional inaugurada em 1988 estabeleceu um patamar de direitos políticos integradores, proporcionando aos brasileiros o direito a votar nos seus dirigentes, participar de instrumentos decisórios típicos da democracia direta, como o plebiscito e o referendo. Desde então, os códigos tornaram-se reconhecidos pela tentativa de preservar os ideais democráticos, no entanto, pouco se extrai do Código Eleitoral, até então vigente, no que concerne a inclusão de mulheres e negros.

Ressalta-se que a Lei nº 4.737⁹ não faz nenhuma menção a palavra “negros” ou “pretos” em seu texto normativo, não tendo

um advogado, banqueiro e político brasileiro. Foi deputado provincial, deputado geral, presidente de província, ministro e conselheiro de Estado e senador do Império do Brasil de 1871 a 1889. (SÓCIOS falecidos brasileiros: Luís Antônio Vieira da Silva. *Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, [201-?]. Disponível em: <https://ihgb.org.br/perfil/userprofile/lavieiradas.html>. Acesso em: 06 out. 2021.)

7 PAIVA, Maria Arair Pinto. *Direito Político do Sufrágio no Brasil: (1822 – 1982)*. Brasília: The-saurus Editora, 1985. 287 p.

8 PAIVA, Maria Arair Pinto. *Direito Político do Sufrágio no Brasil: (1822 – 1982)*. Brasília: The-saurus Editora, 1985. 287 p.

9 BRASIL. *Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF: Presidência da República, [201-?]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

sido estabelecida nenhuma deliberação expressa dispendo políticas de proteção desses grupos. A palavra “mulher”, em contrapartida, possui certa incidência no Código Eleitoral de 1965, demonstrando uma pequena preocupação do legislador com a questão de gênero. Apesar dos avanços propiciados pela constituição, os resquícios de um direito eleitoral pouco inclusivo refletem nos índices de participação política no país.

A qualidade da democracia tornou-se pauta dos movimentos feministas, negros e de mulheres negras desde o término da ditadura militar. Em contrapartida, as estratégias políticas implementadas por esses atores e atrizes, no início da redemocratização, foram insuficientes para reverter as disparidades nos espaços políticos institucionais de poder.

Os movimentos lograram ampliar espaços de participação política, a exemplo do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial¹⁰ e o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher¹¹ que se tornaram agentes influentes na formulação de leis e de políticas públicas de equidade racial e de gênero. Contudo, não foram capazes de abalar as estruturas de caráter racial e patriarcal que conformam a democracia representativa brasileira.¹²

O aumento do número de deputadas federais e de senadoras ocorrido após a Constituição de 1988, embora crescente, de 1986 a 1994 não aparentou satisfatório ao legislador da época, motivo pelo qual instaurou-se a cota para os registros de candidaturas às eleições de vereadores, no ano 1995, através da Lei nº 9.100/95, que estabelecia a participação mínima de mulheres em vinte por cento nas eleições municipais. Dois anos depois, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 9.504/1997¹³, apelidada de “Lei das Elei-

10 BRASIL. *Lei nº 10.678, de 23 de maio de 2003*. Cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.678.htm. Acesso em: 06/10/2021

11 BRASIL. *Decreto nº 8.202, de 6 de março de 2014*. Altera o Decreto nº 6.412, de 25 de março de 2008, que dispõe sobre a composição, estruturação, competências e funcionamento do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8202.htm. Acesso em: 06/10/2021.

12 RIOS, Flavia; PEREIRA, Ana Claudia; RANGEL, Patrícia. Paradoxo da igualdade: gênero, raça e democracia. *Cienc. Cult*, São Paulo, v. 69, n. 1, p. 39-44, mar. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21800/2317-66602017000100015>. Acesso em: 13 Set. 2021.

13 BRASIL. *Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Brasília,

ções”, estabelecendo que, para o registro de candidaturas, cada partido deveria reservar o mínimo de 30 por cento e o máximo 70 por cento para cada sexo.

Apesar das iniciativas, a falta de interesse dos partidos políticos em criar e fomentar lideranças femininas, bem como a sua resistência em tornar o ambiente partidário mais plural do ponto de vista do gênero, boicotam a efetividade da norma. Nesse sentido, desde a aprovação da lei supramencionada, as agremiações passaram a apresentar candidaturas de mulheres somente para “cumprir” a cota de candidaturas fixada.¹⁴

Essas candidaturas, consideradas como fictícias, são configuradas quando se apresentam nomes de mulheres filiadas aos partidos somente para essa finalidade, mas que, na verdade, não concorrem às eleições e, em alguns casos, sequer possuem conhecimento de sua candidatura.

No entanto, os esforços para promover a inclusão em razão de gênero se perpetuaram. Reforçando a tentativa de incluir mulheres na política, em 27 de setembro de 2019 foi instituída a Lei nº 13.877, voltada para criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres.

Em consonância com o projeto de inclusão, a jurisprudência também passou a adotar um posicionamento menos segregacionista, na tentativa de promover a igualdade nas eleições. Sendo assim, no ano de 2020, o TSE determinou que os recursos públicos do Fundo Partidário e do FEFC e o tempo de rádio e TV destinados às candidaturas de mulheres deveriam ser repartidos entre mulheres negras e brancas na exata proporção das candidaturas apresentadas pelas agremiações.

Em seguida, os coletivos negros, sabendo da sensibilidade a tais causas por parte do TSE e tendo como principal hipótese da dificuldade da entrada de pessoas negras na política o pouco acesso a recursos para campanha, a ONG Educafro apresentou,

lia, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 20 de set. 2021.

14 SANTANO, Ana Claudia; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. O sistema político brasileiro desde a perspectiva da inclusão. *Transparência Eleitoral Brasil*, [s. l.], p. 1-55, 2021. Disponível em: <https://transparenciaeleitoral.com.br/wp-content/uploads/2021/02/Contexto-do-sistema-politico-brasileiro-em-temas-de-inclusa%CC%83o-NDI-2.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

por meio da Deputada Federal Benedita da Silva (PT) uma consulta para verificar a possibilidade aplicação de incentivos à inserção de pessoas negras nos cargos eletivos através do financiamento público de campanhas.

A base do pedido foi a interpretação dada às mulheres quando o TSE foi questionado sobre o uso destes mesmos recursos públicos para as campanhas femininas. Em resposta a provocação, o TSE reconheceu a existência do chamado racismo estrutural e entendeu como legítima a pretensão da consulta, informando que deveria haver a aplicação dos incentivos às candidaturas de pessoas negras, com a determinação de distribuição proporcional dos recursos do fundo especial de financiamento de campanha e do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão.¹⁵

As informações mapeadas demonstram uma crescente preocupação do sistema eleitoral com a inclusão, tendo em vista as tentativas de incluir normas e jurisprudências que solidificam na luta pela representação política das minorias.

3. CENÁRIO ELEITORAL DO BRASIL

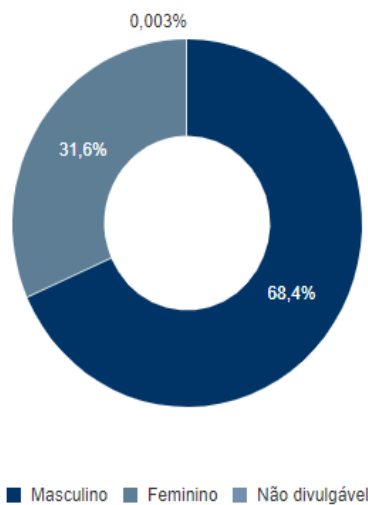
Apesar dos pequenos progressos alcançados ao longo dos anos, pouco se tem avançado. Segundo levantamento realizado pelo Tribunal Regional Eleitoral¹⁶, nas eleições de 2018, ano em que foram pleiteados cargos para deputados federais, senadores e governadores dos estados, apenas 9.204 das candidaturas foram realizadas por mulheres, enquanto 19.880 instituídas por homens.

No que concerne ao quadro de eleitos, a situação torna-se ainda mais problemática, visto que apenas um percentual de 13,5% de mulheres obteve êxito nas candidaturas:

15 SANTANO, Ana Claudia; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. O sistema político brasileiro desde a perspectiva da inclusão. *Transparência Eleitoral Brasil*, [s. l.], p. 1-55, 2021. Disponível em: <https://transparenciaeleitoral.com.br/wp-content/uploads/2021/02/Contexto-do-sistema-politico-brasileiro-em-temas-de-inclusa%CC%83o-NDI-2.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

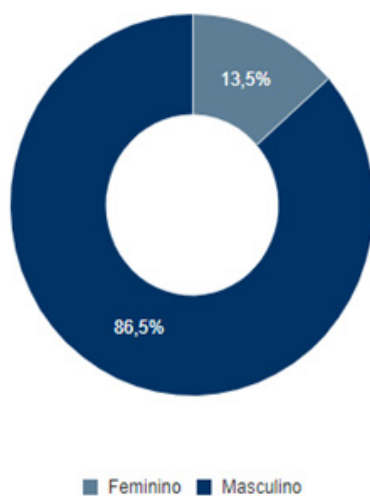
16 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Estatísticas Eleitorais*. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>. Acesso em: 21 set. 2021.

Gráfico 1 – Candidaturas por gênero (2018)



Fonte: TSE

Gráfico 2 – Eleitos por gênero (2018)

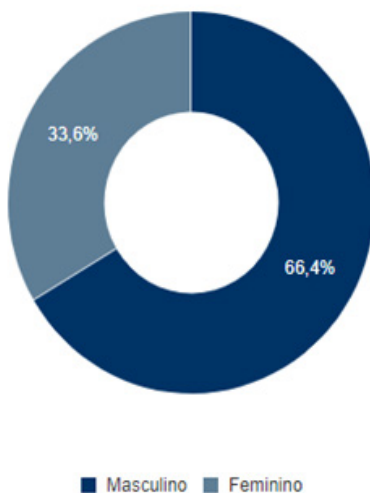


Fonte: TSE

O mesmo se observa nas eleições realizadas em 2020, embora a discrepância em razão do gênero demonstra-se menos densa. Essa redução da desigualdade está potencialmente associada ao tipo de pleito, tendo em vista que no ano supracitado as eleições abarcavam as esferas municipais. Os dados do Tribunal Superior Eleitoral, demonstram que apenas 33,6% das candidaturas foram realizadas por mulheres, dentre as quais 13,5% conseguiram se eleger.

Dessa maneira, o direito ao voto, instaurado em 1932, não foi capaz de assegurar a plena inserção da mulher na política formal, dadas as restrições sociais, econômicas e institucionais que ainda se fazem presentes no Brasil e que são marcadas pelo patriarcalismo, machismo e violência. Estabelece-se uma contraditória relação entre a falta de desenvolvimento dos direitos civis e sociais das mulheres e o pleno exercício de direitos políticos, mesmo elas sendo maioria da população brasileira.¹⁷

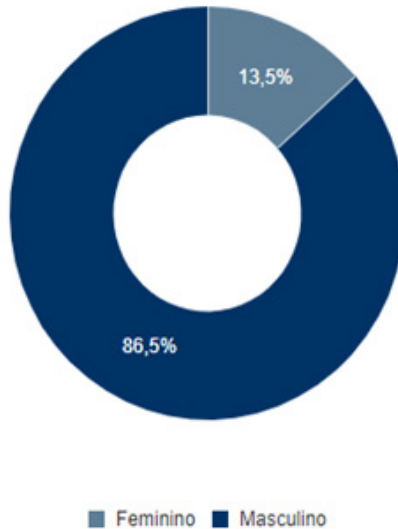
Gráfico 3 – Candidaturas por gênero (2020)



Fonte: TSE

¹⁷ Segundo dados da PNAD Contínua (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua) de 2019, a população brasileira é composta por 48,2% de homens e 51,8% de mulheres. (IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2019*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 21 set. 2021.)

Gráfico 4 – Eleitos por gênero (2020)



Fonte: TSE

Ademais, a representatividade das pessoas negras nas esferas de poder reflete parte desse racismo estrutural que acomete o Brasil. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) realiza estudos da população brasileira com base na autodeclaração, tendo como opções as cores/raças branca, preta, parda, indígena ou amarela. A partir disso, com dados de 2019 da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), 42,7% dos brasileiros se declararam como brancos, 46,8% como pardos, 9,4% como pretos e 1,1% como amarelos ou indígenas.¹⁸

Nesse sentido, segundo a classificação do IBGE, os negros são a soma dos pardos e os pretos, totalizando 56,2% da população brasileira. Contudo, esta forte presença negra não se repete nas instituições políticas. Nas eleições realizadas em 2018, apenas 10,86% dos candidatos se autodeclararam pretos e 35,7% se declararam pardos e 97,69% dos eleitos possuíam cor/raça branca.

¹⁸ IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2019*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html?&t=o-que-e>. Acesso em: 21 set. 2021.

Tabela 1 – Candidaturas por raça (2018)

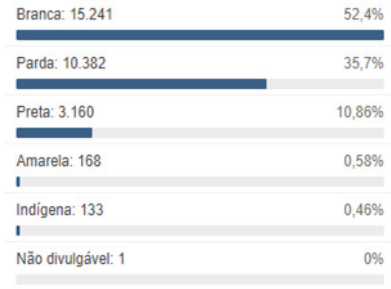


Tabela 2 – Eleitos por raça (2018)

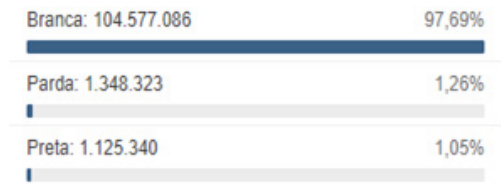


Tabela 3 – Candidaturas por raça (2020)

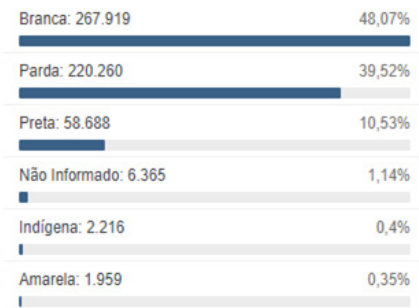
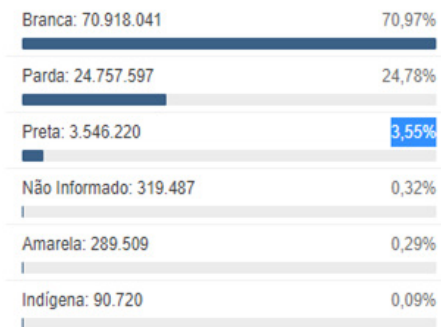


Tabela 4 - Eleitos por raça (2020)



Nas eleições de 2020 esta condição se reproduziu resultando em apenas 28,33% de candidatos eleitos que se autodeclaravam negros, enquanto 70,97% eram brancos. Em contrapartida, observa-se uma incidência de pessoas negras concorrendo aos cargos políticos, totalizando 50,05% das candidaturas.

Os dados demonstram o paradoxo existente em nossa democracia. Apesar de mulheres e negros serem protagonistas na formação e manutenção de organizações e movimentos sociais, instrumentos políticos relevantes para a conformação democrática no país, estes ocupam poucos espaços de representação institucional.

As razões que levam à sub-representação das mulheres – brancas e negras e dos homens negros têm sido objeto de pesquisas acadêmicas.

Da literatura, destacam-se algumas razões importantes para entender os mecanismos e processos que ensejam na sub-representação parlamentar desses grupos sociais. Com relação a desigualdade de gênero, a dupla jornada é apontada como um óbice à mulher para gerenciar suas carreiras com a vida política, visto que passam a estar vinculadas às atividades domésticas que, muitas vezes, impedem a dedicação política similar a dos homens.¹⁹

No caso das mulheres negras e indígenas, outros impasses emergem a partir de estereótipos que estabelecem grupos a certos lugares sociais, reduzindo expectativas das candidatas e dos agentes que fazem os filtros e seleções das candidaturas, excluindo ou mitigando as chances de ocuparem espaços de poder com elevado grau de competitividade.²⁰

A falta de recursos financeiros, por outro lado, consiste em uma problemática que abarca tanto as mulheres – brancas e negras - quanto os homens negros. A compreensão da falta de recursos financeiros, do ponto de vista do gênero, emerge do raciocínio de que as mulheres são menos remuneradas do que os homens. Um estudo feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) demonstra que as mulheres ganham menos do que os homens em diversas ocupações do país. Mesmo com uma queda na

19 MIGUEL, Luiz Felipe; BIROLI, Flávia. *Caleidoscópio convexo: mulheres, política e mídia*. São Paulo: Unesp, 2011.

20 RIOS, Flávia; PEREIRA, Ana Claudia; RANGEL, Patrícia. Paradoxo da igualdade: gênero, raça e democracia. *Cienc. Cult.*, São Paulo, v. 69, n. 1, p. 39-44, mar. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21800/2317-66602017000100015>. Acesso em: 13 Set. 2021.

desigualdade salarial entre 2012 e 2018, as trabalhadoras ganham, em média, 20,5% menos que os homens.²¹

No que concerne a relação racial, existe um baixo capital econômico dos homens negros que se encontram em estratos sociais menos privilegiados, estes enfrentam dificuldades referentes ao capital educacional, conseqüentemente, possuem menos recursos para custear uma campanha.²² Dessa maneira, ingressam em desvantagem desde o início da disputa eleitoral.

4. PROPOSTA ATUAL - CRÍTICAS

Nos últimos anos, o Brasil tem vivenciado um progresso no debate público em torno da valorização dos direitos políticos dos grupos sub representados. A participação feminina e negra na política é uma das questões que têm ganhado destaque. Boa parte dos avanços são provocados pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), um dos protagonistas no assunto, que tem com iniciativa, promover a ampliação da presença das mulheres e negros nos espaços de poder.

O Projeto de Lei nº 112/2021, que se encontra em tramitação²³, pretende revogar o código utilizado há 56 anos no Brasil e aponta grandes novidades para o cenário eleitoral. Toda a repercussão e os acalorados questionamentos envolvidos a propostas se relacionam com as significativas alterações que, se aprovadas, modificarão o processo eleitoral em muitos aspectos como a legalização das candidaturas coletivas, maior controle sobre a atuação da Justiça Eleitoral, estabelecimento de fidelidade partidária para os cargos majoritários, dentre outras relevantes modificações.²⁴

Para uma proposta base tida por modernizadora, se evidenciava ao longo dos 896 artigos a ausência de temas de vanguarda

21 IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2019*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 21 set. 2021.

22 BORBA, Ângela. *Legislando para mulheres*. In: BORBA, Ângela; FARIA, Nalu; GODINHO, Tatu (Org.). *Mulher e política: gênero e feminismo no partido dos trabalhadores*. São Paulo: Perseu Abramo, 1998.

23 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Complementar nº 112 de 2021*. Dispõe sobre as normas eleitorais e as normas processuais eleitorais brasileiras. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2068690&filename=EMP+29+%3D+%3E+PLP+112/2021. Acesso em: 20 set. 2021.

24 *Ibidem*.

e caros ao atual estágio democrático como as políticas de inclusão em razão de raça. A falta de propostas de inserção e participação política efetivas de minorias consistia em um dos grandes problemas do texto base do projeto. Entretanto, no decorrer da tramitação relevantes emendas foram inseridas, promovendo um contexto de maior inclusão, sobretudo racial.

Um dos principais pontos da proposta consiste no potencial fomento inclusivo para as mulheres. O código dispõe que para garantir o exercício dos direitos de participação política, o estado deve resguardar a igualdade de oportunidades e tratamento, não discriminação e equidade no acesso às instâncias de representação política e no exercício de suas funções públicas.

Para tanto, estabelece a abertura de conta bancária específica para as movimentações de recursos do fundo partidário destinados ao programa de promoção e difusão da participação política das mulheres. Além disso, impõe que os documentos de prestação de contas demonstrem a efetiva execução e manutenção dos referidos programas, dentre outros aspectos²⁵. Nesse sentido, diversos dispositivos se debruçam na fiscalização e acompanhamento dos recursos destinados às políticas de inclusão de mulheres, visando evitar a ineficácia do disposto na norma.

O projeto também determina a criação de espaços de visibilidade feminina ao impor aos partidos a necessidade de realizar propagandas que fomentem e divulguem a participação política feminina. Dentro do esforço de promoção da participação política feminina e diante das violências históricas perpetradas contra esse grupo o projeto de lei estabelece um capítulo próprio para a criminalização da violência política²⁶ em razão de gênero.

25 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Complementar nº 112 de 2021*. Dispõe sobre as normas eleitorais e as normas processuais eleitorais brasileiras. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2068690&filename=EMP+29+%3D%3E+PLP+112/2021. Acesso em: 20 set. 2021.

26 Segundo o projeto de lei, considera-se violência política contra mulheres qualquer ação, conduta ou omissão de violência física, sexual, psicológica, moral, econômica ou simbólica, realizada de forma direta ou através de terceiros que, por razão de sexo, represente uma ameaça para a democracia ao causar dano ou sofrimento a uma ou a várias mulheres, com o propósito de restringir sua candidatura ou eleição, impedir ou dificultar o reconhecimento ou exercício de seus direitos político. (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Complementar nº 112 de 2021*. Dispõe sobre as normas eleitorais e as normas processuais eleitorais brasileiras. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2068690&filename=EMP+29+%3D%3E+PLP+112/2021. Acesso em: 20 set. 2021.)

Outrossim, prevê que o valor dos recursos destinado ao custeio das candidaturas de pessoas negras deve ser aplicado no interesse dessas campanhas, sendo ilícito o seu emprego exclusivamente para financiar candidaturas de pessoas não negras. A mesma regra será aplicada no financiamento das candidaturas femininas, sendo vedada a destinação dos recursos para candidaturas masculinas.²⁷

As previsões normativas reforçam a necessidade de ampliar os espaços de pessoas negras, indígenas, mulheres e com deficiências, determinando que os partidos estimulem a participação política desses grupos. Além disso, impõe a destinação de, no mínimo, 30% para aplicação nas campanhas de suas candidatas, observando também a distribuição proporcional às campanhas de candidatas e de candidatos negros. Ressalta-se que ficou mantida a cota mínima de 30% de cada sexo nas candidaturas lançadas pelos partidos.

Uma das mais relevantes inovações presentes no projeto de lei em análise trata-se da contagem em dobro dos mandatos conquistados por mulheres e negros, aplicando-se uma única vez por pleito, considerado o sexo ou a raça. A contagem em dobro valerá até que ocorra paridade política que consiste em ação afirmativa que visa fomentar a inclusão desses grupos.²⁸

Segundo a deputada Lídice da Mata, o financiamento eleitoral é um instrumento fundamental para proporcionar maior paridade na representação política, que segundo ela caminha “a passos de tartaruga”.²⁹ Reitera que a eleição de uma mulher valer duas vezes o fundo eleitoral, como proposto na ação afirmativa, consiste em um progresso revolucionário.

Como retratado, esse debate envolve as relações entre história e sociedade, as mazelas de nosso passado escravocrata, a ideologia da “democracia racial” brasileira, o patriarcalismo insti-

27 Ibidem.

28 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Complementar nº 112 de 2021*. Dispõe sobre as normas eleitorais e as normas processuais eleitorais brasileiras. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2068690&filename=EMP+29+%3D%3E+PLP+112/2021. Acesso em: 20 set. 2021.

29 MULHERES defendem igualdade e culpam partido por desigualdade nas eleições. *Agência Senado*, 28 maio 2021. Política e administração pública. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/766271-mulheres-defendem-paridade-e-culpam-partidos-por-desigualdade-nas-eleicoes/>. Acesso em: 21 set. 2021.

tucional, a discriminação contra negros e mulheres, a distribuição de renda, a necessidade do reconhecimento de todos os grupos sociais como um direito de cidadania e, por último, mas não menos importante, o projeto de nação que privilegia fragmentos sociais, realizando a manutenção do poder.

Os estados podem adotar programas de ação afirmativa ao demonstrar que a instituição teve uma participação, ainda que passiva, num sistema de exclusão praticado por outros atores. Dessa maneira, a ação afirmativa em questão consiste em um potencial instrumento para remediar uma situação indesejável, instituída em razão de um problema social existente.³⁰

Ademais, tal previsão corrobora com a concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial e de gênero ao adotar o pensamento aristotélico, segundo o qual afirma que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, sendo, portanto, legítimas e constitucionais as ações que visem mitigar as desigualdades e reparar violências históricas perpetradas contra determinados grupos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstrado, diversos projetos de leis e entendimentos jurisprudenciais foram implementados na tentativa de reverter o quadro de desigualdade de gênero e raça na política, entretanto, as dificuldades estruturais perpetuam as condições de sub-representação. A lei de cotas, por exemplo, apesar do seu potencial de transformação, abriu uma lacuna para candidaturas laranjas que em nada beneficiam os grupos minoritários.

Os dados levantados corroboram com essa afirmativa, demonstrando que as tentativas de inclusão, por si só, foram ineficientes para garantir a inserção das mulheres e negros nos espaços políticos formais. Nesse sentido, o novo código ao propor uma política afirmativa que prevê a contagem em dobro dos votos aponta para uma nova iniciativa no contexto da política brasileira.

30 MOEHLECKE, Sabrina. Ação Afirmativa: Histórias e debates no Brasil. *Revista Cadernos de Pesquisa*, n. 117, novembro 2002. Disponível em: http://www.redeacaoafirmativa.ceao.ufba.br/uploads/fcc_artigo_2002_SMoehlecke.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

Ademais, o presente trabalho demonstra a necessidade de uma mudança na estrutura partidária com a finalidade estimular o ingresso de mulheres e negros, fazendo com que esta não represente um empecilho, mas, um estímulo à participação na política do Brasil. A experiência da lei de cotas demonstra ainda mais a necessidade de implementar políticas mais efetivas, que possam resguardar tais direitos políticos, pois o jogo de poder está abarcado por artimanhas que burlam os sistemas de cotas, afetando na efetividade normativa.

Apesar dos avanços propostos pelo novo código, as modificações ainda se apresentam tímidas, sendo necessária a perpetuação de tais políticas. Nesse sentido, ressalta-se a importância de os movimentos feministas e negros buscarem avanços que visem uma maior presença desses grupos. Por fim, como ensina João Bosco e Aldir Blanc, através da voz de Elis Regina, “a esperança equilibrista sabe que o show de todo artista tem que continuar”. Portanto, a busca pela instauração de um sistema político inclusivo requer esperança e constante ação, com um intuito de um dia mitigar as desigualdades.

REFERÊNCIAS

BORBA, Ângela. Legislando para mulheres. In: BORBA, Ângela; FARRIA, Nalu; GODINHO, Tatau (Org.). *Mulher e política: gênero e feminismo no partido dos trabalhadores*. São Paulo: Perseu Abramo, 1998.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Complementar nº 112 de 2021*. Dispõe sobre as normas eleitorais e as normas processuais eleitorais brasileiras. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2068690&filename=EMP+29+%3D%3E+PLP+112/2021. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. *Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF: Presidência da República, [201-?]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

_____. *Decreto nº 8.202, de 6 de março de 2014*. Altera o Decreto nº 6.412, de 25 de março de 2008, que dispõe sobre a composição, estruturação, competências e funcionamento do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8202.htm. Acesso em: 06/10/2021.

_____. *Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 20 de set. 2021.

_____. *Lei nº 10.678, de 23 de maio de 2003*. Cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.678.htm. Acesso em: 06/10/2021.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Estatísticas Eleitorais*. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>. Acesso em: 21 set. 2021.

IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2019*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 21 set. 2021.

MIGUEL, Luiz Felipe; BIROLI, Flávia. *Caleidoscópio con- vexo: mulheres, política e mídia*. São Paulo: Unesp, 2011.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação Afirmativa: Histórias e debates no Brasil. *Revista Cadernos de Pesquisa*, n. 117, novembro 2002. Disponível em: http://www.redeacaoafirmativa.ceao.ufba.br/uploads/fcc_artigo_2002_SMoehlecke.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

MULHERES defendem igualdade e culpam partido por desigualdade nas eleições. *Agência Senado*, 28 maio 2021. Política e administração pública. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/766271-mulheres-defendem-paridade-e-culpam-partidos-por-desigualdade-nas-eleicoes/>. Acesso em: 21 set. 2021.

PAIVA, Maria Arair Pinto. *Direito Político do Sufrágio no Brasil: (1822 – 1982)*. Brasília: Thesaurus Editora, 1985. 287 p.

RIOS, Flavia; PEREIRA, Ana Claudia; RANGEL, Patrícia. Paradoxo da igualdade: gênero, raça e democracia. *Cienc. Cult*, São Paulo, v. 69, n. 1, p. 39-44, mar. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21800/2317-66602017000100015>. Acesso em: 13 Set. 2021.

SANTANO, Ana Claudia; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. O sistema político brasileiro desde a perspectiva da inclusão. *Transparência Eleitoral Brasil*, [s. l.], p. 1-55, 2021. Disponível em: <https://transparenciaeleitoral.com.br/wp-content/uploads/2021/02/Contexto-do-sistema-politico-brasileiro-em-temas-de-inclusao%CC%83o-NDI-2.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

SÉRIE Inclusão: antes excluídos, hoje índios e negros participam ativamente do processo eleitoral. *Notícias TSE*, 19 abril 2013. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2013/Abril/serie-inclusao-antes-excluidos-hoje-indios-e-negros-participam-ativamente-do-processo-eleitoral>. Acesso em: 06/10/2021.

SÓCIOS falecidos brasileiros: Luís Antônio Vieira da Silva. *Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, [201-?]. Disponível em: <https://ihgb.org.br/perfil/userprofile/lavieiradas.html>. Acesso em: 06 out. 2021.

DEMOCRACIA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO PROCESSO PÚBLICO ABERTO E AS MINORIAS

DEMOCRACY AND CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: THE FEDERAL CONSTITUTION AS AN OPEN PUBLIC PROCESS AND MINORITIES

*Cristian Patric de Sousa Santos **

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo promover a defesa da ampliação de leituras constitucionais realizadas por grupos minoritários, como instrumento de emancipação social e fortalecimento da democracia. Ao partir da concepção de constituição como processo público aberto, documento, portanto, passível de distintas possibilidades de interpretações, verifica-se a necessidade de construção de narrativas emancipatórias construídas pelo e para os grupos historicamente marginalizados. Parte-se de uma metodologia indutiva e da pesquisa bibliográfica para provocar discussões no âmbito da hermenêutica constitucional, em busca de uma interpretação constitucional aberta e pluralística.

Palavras-chave: Constituição. Processo Público Aberto. Sentidos de Constituição. Narrativas constitucionais emancipatórias.

ABSTRACT

This article aims to promote the defense of the expansion of constitutional readings carried out by minority groups, as an ins-

* Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito. Professor de Direito Constitucional em cursos de graduação e pós-graduação. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia. Orientador do Grupo de Pesquisa em Controle de Constitucionalidade da Liga Acadêmica de Estudos Jurídicos da Bahia – LAEJU-BA. Autor do livro "Cortes Constitucionais como canal de processamento dos direitos das minorias: Propostas de abertura da jurisdição constitucional concentrada brasileira a partir da experiência colombiana". Servidor Público Federal (TRE-BA).

trument of social emancipation and strengthening of democracy. Based on the conception of constitution as an open public process, a document, therefore, subject to different possibilities of interpretation, there is a need to build emancipatory narratives constructed by and for historically marginalized groups. It starts with an inductive methodology and bibliographical research to provoke discussions within the scope of constitutional hermeneutics, in search of an open and pluralistic constitutional interpretation.

Keywords: Constitution. Open Public Proceeding. Sense of Constitution. Emancipatory constitutional narratives.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo defender a ampliação das leituras constitucionais empregadas pelas minorias, grupos historicamente marginalizados, como instrumento de emancipação social e fortalecimento da democracia.

Para tanto, a análise partirá da concepção de constituição como processo público aberto, como documento passível de distintas possibilidades de interpretações, e a forma como a Constituição Federal de 1988 pode ser repensada neste modelo.

Compreender a necessidade de narrativas distintas para o texto constitucional e admitir a disputa de sentidos de constituição nas arenas públicas de debate pode contribuir para avanços democráticos cuja sociedade tanto anseia.

Assim, será feita uma análise eminentemente teórica para, a partir de uma metodologia indutiva e utilizando-se da pesquisa bibliográfica, oferecer provocações no âmbito da hermenêutica constitucional, com os olhos voltados para uma interpretação pluralística e aberta.

2. A CONSTITUIÇÃO COMO PROCESSO PÚBLICO ABERTO

A Constituição, em seu sentido contemporâneo, representa, certamente, um artefato cultural, produto da atividade humana que reflete, em um único objeto, a síntese histórica de um povo, de uma

nação. O substrato semântico que nela reside é fruto de um longo processo construtivo que abarca, em seu texto, os contornos fundamentais de um projeto de vida em sociedade. A trajetória de sua formação nutre valores éticos e morais e carrega dois elementos dignos de uma leitura kantiana: como fundamento, o bem comum; como fim, o homem².

As suas inscrições dotadas de carga axiológica, porém, não devem ser unívocas. As inúmeras leituras e possibilidades de construção de narrativas ao seu redor são tão mais extensas quanto mais plural for o seu povo. Qualquer tentativa de reducionismo de um texto constitucional a um sentido único, especialmente em um contexto de sociedades complexas como as que hoje se apresentam, corre o risco de insucesso. A falta de sucesso frustra quereres. E sobre frustrações, não se ergue a cidadania.

A Constituição é, ainda, projeto inacabado. Se suas normas são dotadas de polissemia, pois distantes de um sentido unívoco, o seu preenchimento demandará análise do sujeito cognoscente. O homem, assim, imprime ao texto a sua própria valoração e preenche seu espectro normativo partindo de uma pré-compreensão³, que varia de acordo com suas vivências, suas experiências pessoais. O objeto cognoscível ganhará, então, as feições do sujeito cognoscente. Os sentidos da Constituição irão variar de acordo com

2 “[...] o ser humano, e em geral todo ser racional, *existe* como finalidade em si mesmo, e *não* como um *mero meio* de uso arbitrário para essa ou aquela vontade; e em todas as suas ações, inclusive naquelas dirigidas a si mesmo e também a outros seres racionais, a todo momento, o ser humano precisa ser considerado *ao mesmo tempo como finalidade*. [...] se existir um princípio prático supremo e, em relação ao ser humano, um imperativo categórico, ele deve ser tal que, a partir da ideia do que é necessariamente uma finalidade para todos, porque é uma *finalidade em si mesma*, ele deve constituir um princípio *objetivo* da vontade, e portanto, servir como uma lei prática universal. O fundamento desse princípio é: *a natureza racional existe como uma finalidade em si mesma*. Assim, o ser humano necessariamente imagina sua própria existência, portanto, esse também é um princípio *subjetivo* das ações humanas. Mas é assim também que qualquer outro ser racional imagina sua existência, em função do mesmo fundamento racional que vale para mim; portanto, este é ao mesmo tempo um princípio *objetivo*, do qual, como de um fundamento prático supremo, devem poder derivar todas as leis da vontade. Então, o imperativo prático será o seguinte: *Aja de modo a usar a humanidade, tanto na sua pessoa quanto na pessoa de outrem, a todo instante e ao mesmo tempo como um fim, mas jamais como um meio.*” (KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Editora Martin ClaretLtda, 2018. Trad. Inês A. Lohbauer, p. 70-71, grifos no original).

3 J. J. Gomes Canotilho reconhece como fundamental uma pré-compreensão da Constituição em todo processo construtivo do direito constitucional e aduz que tal pré-compreensão “[...] não significa mero apelo a um conceito em moda. Pretende-se tomar claro que o investigador não pode se furtar a um conjunto de influências jurídicas e extrajurídicas, políticas e sociais, decisivamente condicionadoras da orientação do trabalho” (*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra Editora, 1994, p. 12).

as distintas leituras empregadas pelo homem, especialmente pelo fato de que as Constituições do pós-guerra estabelecem, ao lado das regras, os princípios, normas de elevado valor semântico que permeiam os discursos interpretativos dos aplicadores do direito⁴.

Aqui, estabelece-se a relação entre intérprete e texto. A atividade hermenêutica ganha, com isso, relevância. Diante da abertura das inscrições postas na Constituição são demandadas análises e interpretações para a construção de um sentido normativo que privilegie, assim, o acoplamento entre o texto e o contexto. Neste sentido, Friedrich Müller explica que o processo de extração de uma norma a partir do texto constitucional exige, primeiro, a interpretação do texto, considerada a “ponta do *iceberg*” do processo interpretativo, com o fim de delimitar as possíveis leituras que ele comporta, para, em seguida, promover a interação entre norma e realidade⁵.

A relevância da atividade do intérprete dá-se justamente no momento da construção de significados, cujo resultado final é, em verdade, a reconstrução. Segundo Humberto Ávila, “a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto”⁶. Fala-se em processo de reconstrução de significados diante da existência prévia de sig-

4 Contemporaneamente, as distinções entre regras e princípios são muito trabalhadas na doutrina a partir das obras de Robert Alexy e Ronald Dworkin. Para Alexy, as regras estabelecem deveres definitivos, enquanto os princípios são mandados de otimização, ou seja, deveres *prima facie* que devem ser concretizados na medida do possível (*Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85 e ss.). Para Dworkin, as regras são aplicáveis ou não ao caso concreto, sob a lógica do tudo ou nada, enquanto os princípios se submetem a uma dimensão de peso, devendo-se aplicar, no caso concreto, o princípio que possua o maior peso, em uma lógica de ponderação (*Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 35 e ss.). Para um estudo comparativo acerca dos autores no direito brasileiro, conferir: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

5 “O texto da norma não ‘contém’ a normatividade e a sua estrutura material concreta. Ele dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro. Conceitos jurídicos em textos de normas não possuem ‘significado’, enunciados não possuem ‘sentido’ segundo a concepção de um dado orientador acabado. Muito pelo contrário, o olhar se dirige ao trabalho *concretizador ativo* do ‘destinatário’ e com isso à *distribuição funcional dos papéis* que, graças à ordem jurídico-positiva do ordenamento jurídico e constitucional, foi instituída para a tarefa da concretização da constituição e do direito.” (MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 57).

6 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 32-33.

nificados incorporados ao uso da linguagem e estabelecidos nos espaços próprios dos discursos⁷.

A Constituição pode ser vista, assim, como um processo público aberto. Tal afirmação implica reconhecer que se mostra latente, diante de uma sociedade plural e complexa, a necessidade de adequações em prol da convivência harmônica de distintos projetos alternativos. Konrad Hesse, neste sentido, estabelece dentre as singularidades do Direito Constitucional o caráter aberto e vinculante da Constituição, afinal as normas constitucionais são incompletas e imperfeitas. Conforme o autor, “a constituição não é um sistema fechado e onicompreensivo; não contém codificação, apenas um conjunto de princípios concretos e elementos básicos do ordenamento jurídico da comunidade, para o que oferece uma norma marco.”⁸ Seria, portanto, um ordenamento aberto.

Essa abertura é sempre limitada. Porém, na medida em que seja suficiente, concede – o que dá sobretudo um sentido e conteúdo essenciais ao ordenamento democrático – margem de atuação necessária a um processo político livre, tratando de garanti-lo. Por isso, a Constituição possibilita concepções e objetivos políticos diferentes, bem como sua persecução. Permite, também, levar em consideração mudanças técnicas, econômicas e sociais, adaptar-se à evolução histórica, assegurando-se, com isso, um requisito fundamental de sua própria existência e eficácia.⁹

A abertura semântica da constituição faz-se, então, necessária para a sua eficácia abrangente e duradoura, uma vez que é instrumento apto à regulação das transformações sociais que porventura ocorrem. A dinamicidade das relações sociais, políticas e econômicas devem ser acompanhadas pelo Direito, e uma leitura constitucional aberta diante de uma sociedade pluralista é

7 “[...] a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação. Afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. [...] Daí se dizer que *interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual”. (*Ibidem*, pp. 32-34).

8 HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 9.

9 *Ibidem*, p. 9.

o mecanismo de integração seguro entre fatos e normas quando se busca um resultado adequado.

Gustavo Zagrebelsky, ao refletir acerca do papel da constituição nas sociedades atuais de bases pluralísticas, enaltece a ideia de uma concepção dogmática fluida da constituição, com a tarefa de tornar efetivas as condições de vida em comum em uma sociedade multicultural. Ao partir da análise do constitucionalismo europeu forjado a partir da Segunda Guerra Mundial, o autor enxerga a constituição como um documento de legitimação de grupos sociais distintos que devem coexistir, garantindo-se um compromisso de possibilidades em detrimento de um projeto político rígido. Para o fenômeno da fluidez necessária à sobrevivência do próprio espírito da constituição, Zagrebelsky atribui o termo “ductibilidade constitucional”¹⁰.

As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma. A partir da constituição, como plataforma inicial que representa a garantia da legitimidade para cada um dos setores sociais, a competição pode começar a impressionar o Estado pela orientação de um ou outro signo, no âmbito das possibilidades oferecidas pelo compromisso constitucional (tradução livre).¹¹

Crítico do positivismo jurídico e tendo desenvolvido suas ideias após o fracasso dos regimes totalitaristas nazista e fascista, Zagrebelsky superou o Estado Legislativo de Direito para fincar as bases do Estado Constitucional, abandonando a rigidez de fórmulas concebidas em prol de um projeto político agregador, fundado no pluralismo e na primazia de argumentos principiológicos. Na defesa de um direito por princípios, inclusive, o autor chega a mencionar que estes desempenham um papel constitutivo da ordem jurídica,

10 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta S.A., 1999, pp 14-15.,

11 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta S.A., 1999, p. 13

enquanto que as regras, ainda que presentes no texto constitucional, seriam leis forçadas que se esgotam em si mesmas¹².

Ainda neste sentido, o texto constitucional escrito, conforme Michel Rosenfeld, é incompleto e sujeito às distintas interpretações plausíveis. Sua incompletude não decorre apenas do fato de a Constituição não abarcar todas as matérias que deveria idealmente contemplar, mas pela impossibilidade de abordar de forma exaustiva a totalidade de questões concebíveis possivelmente levantadas a partir das matérias que nele reside. Em razão de tal incompletude, “as constituições devem permanecer abertas à interpretação; e isso, no mais das vezes, significa estarem abertas às interpretações conflitantes que pareçam igualmente defensáveis”¹³.

Peter Häberle, por sua vez, neste contexto de sociedades plurais e complexas com distintas possibilidades de atribuição de sentidos à Constituição, defende uma interpretação pluralista, com a proposta da tese de que neste processo “estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”¹⁴. Para além de uma interpretação constitucional restrita a uma sociedade fechada de intérpretes, o autor propõe a democratização do processo de descobrimento da norma constitucional através de uma leitura ampla empregada por todos aqueles que vivem em um contexto regulado pela Constituição, pois o destinatário da norma é participante ativo do processo hermenêutico¹⁵.

A superação de uma hermenêutica vinculada a um modelo de interpretação de uma sociedade fechada, que se concentra na atividade de interpretação constitucional dos juízes e em procedimentos formalizados, é observada, em Häberle, através da fixação de um rol ampliado de intérpretes. O autor, então, enuncia como participantes do processo de interpretação constitucional: as funções estatais; os participantes do processo de decisão e que não são necessariamente órgãos do Estado, como autor e réu,

12 *Ibidem*, p. 111.

13 *A identidade do Sujeito Constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, pp. 18-19.

14 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição Para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 13.

15 *Ibidem*, p. 15.

recorrente e recorrido, peritos e representantes de interesses nas audiências públicas e grupos de pressão organizada; a opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores, como, por exemplo, a mídia em geral, a iniciativa de cidadãos, as igrejas e teatros; além da doutrina constitucional, que teria o papel especial por tematizar a participação de outras forças e, ao mesmo tempo, participar em diversos níveis¹⁶.

Häberle reconhece, em sua obra, uma possível objeção a sua proposta de ampliação do círculo de intérpretes da Constituição: o rompimento da sua unidade devido a uma dissolução da interpretação constitucional entre diversos intérpretes e, consequentemente, a adoção de leituras distintas. O próprio autor, contudo, refuta a crítica e desenvolve propostas de legitimação a partir de pontos de vistas distintos: a partir da teoria do direito, da teoria da norma e da teoria da interpretação; a partir das reflexões teórico constitucionais; e a partir da teoria da democracia.

Inicialmente, o autor afirma que, em uma hermenêutica contemporânea, a interpretação é um processo aberto e a ampliação do círculo de intérpretes é consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação. “Qualquer intérprete é orientado pela teoria e pela práxis. Todavia, essa práxis não é, essencialmente, conformada pelos intérpretes oficiais da Constituição”¹⁷. A Constituição deve ser vista, então, como processo público aberto¹⁸.

Acerca da legitimação sob a ótica das reflexões teórico constitucionais, Häberle afirma que “a legitimação fundamental

16 *Ibidem*, pp. 21-22.

17 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição Para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 31.

18 “Diante da objeção de que a unidade da Constituição se perderia com a adoção desse entendimento, deve-se observar que as regras básicas de interpretação remetem ao ‘concerto’ que resulta da conjugação desses diferentes intérpretes da Constituição no exercício de suas funções específicas. A própria abertura da Constituição demonstra que não apenas o constitucionalista participa desse processo de interpretação! A unidade da Constituição surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes.” *Ibidem*, p. 32. Além das críticas à concepção de Constituição como processo público aberto formuladas – e respondidas – pelo próprio autor, conforme verificado, Canotilho alerta sobre “um déficit normativo clamoroso, quer porque retira a normatividade da Constituição para lançar no existencialismo atualizador do pluralismo, quer porque a diminuição do conteúdo material de uma lei fundamental por simples aberturas processuais é uma ‘teoria perdida no pluralismo’. Dissolve a normatividade na política a pretexto da abertura e do pluralismo, e chega quase à conclusão de que o processo de legitimação constitucional e a interpretação constitucional são uma e a mesma coisa”. (*Constituição Dirigente e Vinculação ao Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 98).

das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição” e uma Constituição que estrutura, além do Estado, a própria esfera pública, a sociedade e a vida privada, deve incorporar tais forças como sujeitos ativos do processo de interpretação, e não como meros objetos¹⁹.

Ainda sobre a legitimação, Häberle desenvolve reflexões sobre a teoria da democracia:

A Ciência do Direito Constitucional, as Ciências da realidade, os cidadãos e os grupos em geral não dispõem de uma legitimação democrática para a interpretação da Constituição em sentido estrito. Todavia, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente “competente”, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da prática cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais (*Grundrechtsverwirklichung*), tema muitas vezes referido sob a epígrafe do “aspecto democrático” dos Direitos Fundamentais. Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o “concerto” científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente.²⁰

Assim, a vivacidade da Constituição, no contexto de uma sociedade multicultural, mantém-se em voga diante da interpretação pluralística proposta por Häberle. A síntese proposta entre tal documento e a realidade deve ser conduzida pela própria sociedade, no seu cotidiano, para repercutir na esfera pública. Não se pretende rechaçar a importância da atuação da jurisdição constitucional na atividade interpretativa da Constituição, mas deve-se reconhecer a influência exercida pela teoria democrática sobre os processos hermenêuticos, o que confere maior legitimidade ao resultado. Especialmente, quando se trata da atividade de rever decisões

19 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição Para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 33.

20 *Ibidem*, p. 36-37.

encampadas por legisladores ou administradores cuja legitimidade democrática é auferida diretamente por eleições populares.

Possibilita-se, então, a partir da concepção de constituição como processo público aberto, que grupos estigmatizados se apropriem da possibilidade de construção de sentidos próprios de constituição.

3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO PROCESSO PÚBLICO ABERTO E SUAS POTENCIALIDADES: NARRATIVAS EMANCIPATÓRIAS E DISPUTAS DE SENTIDOS DE CONSTITUIÇÃO

Sabe-se que a história do Brasil é marcada por constantes lutas populares cujo fim é a consagração de projetos de emancipação política e social de um povo. Do Brasil Colônia à atual República, diversos ensaios fracassaram e outros tantos movimentos tornaram-se vitoriosos e fincaram suas bases na formação da identidade nacional. Não se trata de um projeto concluído, mas eventualmente interrompido e, portanto, ainda inacabado. O processo democrático, afinal, carrega em sua essência a inconstância das lutas e dos movimentos emancipatórios.

Assim, o registro é múltiplo: de Quilombos e Guerra dos Palmares ao Levante dos Tupinambás; da Inconfidência Mineira e Conjuração Baiana à Revolução Pernambucana e Independência da Bahia; da Cabanagem, Sabinada e Balaiada à Guerra de Canudos; de Revolta da Vacina e Revolta da Chibata à Revolução Constitucionalista de 1932. O histórico de manifestações em que o povo tentou protagonizar a construção de narrativas emancipatórias, passos fundamentais na caminhada da construção da cidadania no Brasil, é extenso²¹.

O contexto sociopolítico que antecedeu a Constituição Federal de 1988 não difere desse histórico de lutas. O corte temporal pode ser feito a partir de 1964²², quando um golpe militar rompeu

21 Para a compreensão do processo de afirmação histórica da cidadania no Brasil, conferir: CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: O longo caminho*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

22 Registre-se que, dentre as dificuldades encontradas no processo de consolidação da cidadania e da democracia brasileira no século XX, além da ditadura militar (1964-1985), houve, em tempos precedentes, o Estado Novo (1937-1945). Não se pretende aprofundar acerca deste período da história brasileira, diante dos limites temáticos necessariamente impostos à pesquisa. Contudo,

a curta tradição democrática brasileira²³. A partir de então, a instabilidade institucional ocasionada pela quebra do processo político democrático e legítimo mostrou-se acompanhada de práticas supressivas de diversos direitos constitucionais, agravados progressivamente pelo regime militar, até a promulgação do famigerado Ato Institucional n.º 5, em 13 de dezembro de 1968. A supressão de garantias fundamentais, o desmantelamento do sistema de liberdades – de expressão, de pensamento, de locomoção, de reunião, etc. –, o desrespeito à integridade física através dos crimes de tortura, enfim, a debilidade das diversas vozes pertencentes à sociedade civil resistentes ao regime ditatorial ladeava diversas outras práticas espúrias à época.

Passados vinte e um anos, luz!

Em 1985, após intensas mobilizações dos mais diversos setores sociais que ansiavam a redemocratização, a ditadura militar, agora enfraquecida, anunciava a transição lenta, gradativa e segura²⁴, que culminaria na promulgação da nova Constituição e na inauguração de um novo período na República.

A Assembleia Nacional Constituinte brasileira instalada em 1º de fevereiro de 1987 representou, sob o viés político, a superação de um estado de exceção sustentado por um regime militar

reproduz-se interessante passagem de Schwarcz e Starling: “‘Estado Novo’ designava a ditadura de Salazar, iniciada em Portugal em 1932, e o regime brasileiro compartilhava alguns traços com o fascismo europeu: a ênfase no poder do Executivo personificado numa liderança única; a representação de interesses de grupos e classes sociais num arranjo corporativo, isto é, sob a forma de uma política de colaboração entre patrões e empregados, tutelada pelo Estado; a crença na capacidade técnica posta a serviço da eficiência do governo e acompanhada da supressão do dissenso. Apesar disso, no caso do Estado Novo imposto por Vargas, não se tratava de um regime fascista, e menos ainda da reprodução de um modelo fascista europeu – português ou italiano, ou ainda espanhol. Sua natureza era outra: autoritária, modernizante e pragmática. Ou, como definiu, sarcástico, Graciliano Ramos, o Estado Novo era, no máximo, ‘nosso pequenino fascismo tupinambá’”. (*Brasil: Uma Biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 374-375).

23 Manoel Jorge e Silva Neto, em obra na qual se propõe analisar o constitucionalismo brasileiro tardio e suas possíveis causas históricas, políticas e jurídicas, ressalta o curto período de experiências democráticas: “Se, no desassossegado correr histórico desta Nação, experimentamos formalmente a democracia tão-só de 1891 a 1937, de 1946 a 1964 e de 1988 em diante, temos, no placar da democracia *versus* tirania, uma goleada dos sistemas despóticos de governar, ao menos se contabilizados os anos de vivência democrática: Democracia – 91; Tirania – 422”. (*O Constitucionalismo Brasileiro Tardio*, Brasília: ESMPU, 2016, p. 39).

24 Daniel Aarão Reis discorre sobre a proposta de distensão lenta, gradativa e segura, anunciada em agosto de 1974 por Ernesto Geisel, então presidente do Brasil eleito indiretamente e empossado pelo regime militar: “Lenta, sem pressa, devagar; gradativa, por etapas, de modo que se pudesse avaliar, a cada momento, o caminho percorrido, as novas circunstâncias, os objetivos alcançados e os desafios a serem enfrentados; e segura, sob controle, com a máxima segurança possível”. (*Ditadura e Democracia no Brasil: do golpe de 1964 à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, Zahar, 2014, p. 99).

que apresentou como uma das características marcantes, conforme afirmado, o desrespeito aos direitos fundamentais do cidadão. A ascensão de um governo após a deposição de um presidente eleito sem respeito mínimo a eventual procedimento constitucional correspondente – substituição, sucessão ou, por exemplo, um processo de *impeachment* dentro de corretos parâmetros normativos dos crimes de responsabilidade previstos – representou, no seio da política nacional, uma ruptura no circuito de legitimidade de um poder.

A redemocratização exigia, certamente, a elaboração de uma nova narrativa, calcada na construção de um novo significado, não só das instituições representativas do Estado, mas também das entidades civis correspondentes aos mais diversos setores sociais. Se, por um lado, instituições como Ministério Público e Defensoria Pública, além de outros órgãos representativos dos três poderes, assumiriam papel fundamental na fundação de um novo Estado de Direito, inúmeros setores da sociedade civil, como a União Nacional dos Estudantes e a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, estariam oxigenados com os novos ares da democracia. Os movimentos sociais em geral cresceram.

Acerca do processo de elaboração da Constituição, verifica-se a ocorrência de uma transição pacífica, pactuada entre o antigo e o novo, passagem típica de um regime autoritário para uma democracia constitucional²⁵. “Um dos perigos de transições pactuadas é que elas falham em trazer à tona uma suficiente ruptura com o passado pré-constitucional de maneira a tornar viável um caminho exitoso para a constituição emergente”²⁶. Este fato, inclusive, é credenciado pela nova constituição, que não implicou rompimento absoluto com o regime anterior, diante das inúmeras manutenções de privilégios a setores ligados ao regime militar. A própria formação das instituições se manteve. Frise-se que a chefia do Poder Executivo, por exemplo, ficou sob a responsabilidade de José

25 Rosenfeld elenca quatro modelos de processos de elaboração da constituição: a) baseado na revolução, como ocorreu nas Revoluções norte-americana e francesa do século XVIII; b) baseado na imposição dos vencedores de uma guerra sobre os vencidos, a exemplo do que ocorreu na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial; c) baseado em tratado transnacional, ou modelo do tratado-constitucional, como a Constituição Europeia; d) por fim, baseado na transição pactuada, como o caso brasileiro. (The problem of identity in constitutional-making and constitutional reform, p. 11. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=870437. Acesso em 15 de dezembro de 2019).

26 *Idem*, p. 12.

Sarney, antigo aliado da ARENA – Aliança Renovadora Nacional, partido político de apoio ao regime militar, após o falecimento do então presidente eleito indiretamente Tancredo Neves. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, manteve os membros indicados pelo regime militar, o que já derrui parcialmente a legitimidade da Corte.

Por outro lado, apesar do rompimento tímido com o regime militar, a Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, passou a encampar um novo projeto de Estado: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, tendo como fundamentos primordiais, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político.

O texto normativo, tão plural quanto o próprio povo a quem se dirigia, incorporou uma pauta de reivindicações populares e, por isso, distintos grupos a enxergam como instrumento de emancipação social²⁷. À época da sua promulgação, o próprio Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, em seu discurso, no qual apelidou o novo documento de “Constituição Cidadã”, enalteceu a pluralidade de grupos ali presentes:

Há, portanto, representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiras, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares, atestando a contemporaneidade e autenticidade social do texto que ora passa a vigorar. Como caramujo guardará para sempre o bramido das ondas de sofrimento, esperança e reivindicações de onde proveio²⁸.

Não estaria resguardado, no texto constitucional, apenas o interesse das diversas minorias, como pessoas carentes, menores abandonados, quilombolas e índios, mas também grupos representativos do poder econômico e diversas corporações estatais, como

27 “Agora um importante dado sociológico: a Constituição de 88 é a primeira das cartas brasileiras a ser incorporada à gramática de reivindicação de direitos dos movimentos sociais. Nos últimos tempos, trabalhadores, negros, índios, sem-terra, ambientalistas, dentre outros grupos, têm passado a ver a Constituição como um importante instrumento nas suas lutas emancipatórias. Na verdade, a conquista de algumas vitórias no cenário judicial, com suporte em argumentos constitucionais, serviu para disseminar no âmbito da sociedade civil organizada a visão da Constituição de 88 como uma ferramenta útil nas incessantes batalhas pela afirmação dos direitos dos grupos desfavorecidos” (SARMENTO, Daniel. “Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda”. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.) *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 125).

28 “Íntegra do Discurso do Presidente da Assembleia Nacional Constituinte”. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/>> Acesso em: 12.10.19.

os posseiros, empresários e militares citados no discurso. Afinal, a Constituição foi fruto de intensos debates entre os variados setores e a sua construção resultou da produção conjunta dos antigos aliados do regime militar com os setores cujas pautas foram afastadas dos centros decisórios e estatais e que, por isso mesmo, ansiavam pela redemocratização. Barroso revela o paradoxo da abertura promovida pelo texto constitucional aos setores organizados e aos mais variados grupos de interesses, cujo resultado foi “uma vasta mistura de reivindicações legítimas de trabalhadores e categorias econômicas, cumulados com interesses cartoriais, reservas de mercado e ambições pessoais”²⁹. Tratou-se, nas palavras de Oscar Vilhena Vieira, de um “compromisso maximizador”, com o entrincheiramento, no texto constitucional, de interesses diversos e de difícil conciliação³⁰.

A Constituição de 1988 seria, então, o espaço próprio para a disputa legítima de narrativas distintas, com grupos de interesses variados se apropriando dos termos estabelecidos no texto constitucional para, a partir dele, construir os seus sentidos de constituição, ou seja, a norma que se revelaria a partir da interpretação do texto. Em um contexto de sociedades plurais e complexas, a ampliação do número de pessoas capazes de se apropriar dos significados expressos no texto constitucional, para empreender suas narrativas de emancipação, é fundamental³¹. Afinal, a constituição é processo público aberto. Como texto polissêmico, a extração do sentido de constituição dependerá de uma pré-compreensão do autor da in-

29 BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: Crônica de um Sucesso Imprevisto. In: *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 26.

30 “O compromisso maximizador gerou um documento extenso, detalhista e ambicioso. A fragmentação político-partidária, o alto grau de desconfiança entre os atores políticos, a multiplicidade de grupos de interesses presentes na cena constituinte, a ausência de um anteprojeto com linhas bem definidas, a intensa participação da sociedade civil, assim como de corporações, tudo isso gerou uma Constituição que abrigou uma enorme gama de interesses, muitos deles contrapostos. Sua marca distintiva não é o caráter nacional-desenvolvimentista, dirigista, corporativista, social-democrata, ‘chapa branca’, neoconstitucional, embora o texto original contivesse todas essas características. Trata-se de um documento sincrético, que garantiu a todos os setores que foram capazes de se articular durante o processo a inserção de ao menos alguma parcela de seus interesses no texto constitucional”. (VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Batalha dos Poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, pp. 153-154).

31 “A incompletude do texto manteve os atores políticos em permanente disputa para determinar o sentido da Constituição, reforçando a sua centralidade como eixo ou agenda sob a qual a política se realizou”. (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Idem*, p. 160).

terpretação e, assim, nos termos do quanto já afirmado nesta obra, o objeto cognoscível ganhará as feições do sujeito cognoscente.

Aprendeu-se, com Friedrich Müller, que o processo de extração de uma norma a partir do texto constitucional exige, inicialmente, a interpretação do texto, “ponta do *iceberg*”, para então delimitar as possíveis leituras que ele comporta³². Com Hesse, aprendeu-se que a Constituição deve ficar imperfeita e incompleta, uma vez que está sujeita a alterações históricas³³.

A Constituição Federal de 1988 é um texto aberto, amplo e fluido. Sua abertura é revelada pelo seu forte conteúdo principiológico e seu caráter eminentemente substancialista. Sua amplitude é escancarada, sobretudo, pela exagerada quantidade de temas pertencentes à vida cotidiana, com questões inicialmente afetas à política ordinária. Já a fluidez revela-se necessária para que a Constituição estabeleça as condições de possibilidade diante de projetos políticos distintos que coexistem³⁴. Ela é invocada, portanto, em todas as esferas e em conflitos de diversas naturezas, desde as mais simples às mais complexas, o que demonstra a sua ubiquidade³⁵.

A discussão, neste contexto, deve estar direcionada para a identificação do sujeito representado na expressão “povo brasileiro”, que o poder constituinte originário destacou no preâmbulo constitucional. Quem seria o povo?

Rosenfeld³⁶, conforme analisado anteriormente, no contexto da Constituição Norte-Americana de 1787, ao analisar a expressão “Nós, o povo”, identifica nela distintos sentidos possíveis, para

32 *Metodologia do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4ª ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

33 *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 9.

34 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta S.A., 1999, pp. 15.

35 O termo ubiquidade constitucional é atribuído a Daniel Sarmento, que expõe: “É praticamente impossível encontrar hoje um processo judicial em qualquer área – civil, penal, trabalhista, etc. – em que a Constituição não seja em algum momento invocada pelas partes do litígio e depois empregada pelo juiz ou tribunal na fundamentação da decisão. Mas não é só nos tribunais que este fenômeno se desenrola: nos debates parlamentares, nas reivindicações da sociedade civil e até mesmo na rotina dos tecnocratas o discurso constitucional está, em alguma medida, penetrando. A Constituição tornou-se ubíqua”. (Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.) *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 113).

36 ROSENFELD, Michel. *A identidade do Sujeito Constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, pp. 36.

abranger, além dos constituintes, os cidadãos sujeitos à Constituição, além dos homens brancos e proprietários de terras, também aqueles aliados do processo de participação política. Quer-se afastar, e este deve ser o ideal de toda Constituição que se pretenda verdadeiramente efetiva, a ideia referencial do chamado “povo-ícone” de Müller, que seria uma abstração geralmente invocada como critério de justificação para atos espúrios de uma minoria detentora do poder. Consiste a iconização, segundo o autor, “em abandonar o povo a si mesmo; em ‘desrealizar’ a população, em mitificá-la (naturalmente já não se trata há muito tempo dessa população), em hipostasiá-la de forma pseudossacral e em instituí-la assim como padroeira tutelar abstrata”³⁷.

A denúncia, contudo, é no sentido de que, apesar do amplo catálogo de direitos fundamentais previstos na Constituição – direitos individuais e coletivos, sociais, da nacionalidade e políticos –, há, ainda, um considerável hiato entre norma e fato, a revelar um verdadeiro sentimento de frustração constitucional, ante a ausência de concretização de objetivos fundamentais previstos.

Isso porque a democracia brasileira, assim como as democracias latino-americanas em geral, é inconstante, além de tradicionalmente excludente. A formação histórica da nação apresenta traços de exclusão social e política de um povo que anseia a conquista de uma cidadania plena. A escravidão, por exemplo, deixou marcas profundas na identidade nacional e, mais de cem anos depois da sua abolição, ainda são extremamente visíveis as suas consequências³⁸. Os povos originários de *terrae brasilis* foram sub-

37 *Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 63. Müller, ao identificar a questão do povo como questão fundamental na democracia, apresenta, além da ideia de “povo ícone”, três outras acepções de “povo”: o “povo” como povo ativo, que seriam os sujeitos titulares de direitos de nacionalidade conforme as prescrições normativas da Constituição do país; o “povo” como instância global de atribuição de legitimidade, que seria o povo legitimante, o qual elege o corpo de representantes responsáveis pela elaboração das normas que o vincula; e o “povo” como destinatário de prestações civilizatórias do Estado, povo participante. (*idem*, pp. 52-70).

38 José Murilo de Carvalho traça um comparativo da abolição da escravatura dos Estados Unidos e no Brasil, esclarecendo que, enquanto em terras estadunidenses houve um esforço conjunto de congregações religiosas e governo para educar ex-escravos, além de terem sido distribuídas terras e incentivado o alistamento eleitoral, no Brasil, não foram fornecidas escolas, terras ou empregos. Tal fato, inclusive, passado o momento eufórico de libertação, conduziram vários ex-escravos a retornarem aos seus locais de trabalho inicial por baixos salários, além do deslocamento para cidades, como o Rio de Janeiro, onde formaram uma grande parcela da população sem emprego fixo. Conforme o autor: “As consequências disso foram duradouras para a população negra. Até hoje

metidos a processos de extermínio com uma significativa redução do número de habitantes e ainda hoje as políticas de demarcação de terras indígenas, por exemplo, enfrentam grandes percalços³⁹. Os grandes latifundiários, personagens incrustados na tradição histórica brasileira, personalistas, ainda exercem parcela de poder nos mais recônditos bolsões afastados do poder central e também na própria política nacional, por meio de mandos e desmandos autoritários⁴⁰. O “homem cordial”⁴¹, cujo comportamento público se apresenta como uma mera extensão do seu círculo privado, ainda é uma realidade.

essa população ocupa posição inferior em todos os indicadores de qualidade de vida. É a parcela menos educada da população, com os empregos menos qualificados, os menores salários, os piores índices de ascensão social. Nem mesmo o objetivo dos defensores da razão nacional de formar uma população homogênea, sem grandes diferenças sociais, foi atingido. A população negra teve que enfrentar sozinha o desafio da ascensão social, e frequentemente precisou fazê-lo por rotas originais, como o esporte, música e a dança. Esporte, sobretudo o futebol, música, sobretudo o samba, e dança, sobretudo o carnaval, foram os principais canais de ascensão social dos negros até recentemente.” (*Cidadania no Brasil. O longo caminho*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 57-58).

39 Assim ocorreu, por exemplo, no julgamento da Pet 3388 no STF, de relatoria do Ministro Ayres Britto, no qual restou analisada a demarcação de terra indígena Raposas Serra do Sol, situada em zona fronteiriça, correspondente a 7% do Estado de Roraima. Acerca da necessidade de aprofundamentos sobre a questão indígena no Brasil, conferir: BALDI, César Augusto. Questão indígena no Brasil: alguns pontos para uma revisão hermenêutica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate*: soberania, separação de poderes e sistema de direitos. Org. Leonardo Avritzer et al. Belo Horizonte: Autêntica, 2017, pp. 253-286.

40 Acerca do autoritarismo brasileiro, Lílian Schwarcz revela-o como característica intrínseca ao processo de formação da identidade nacional, portanto, sempre presente. A autora parte de elementos constitutivos do processo histórico nacional – tais como a escravidão e o racismo, o mandonismo, o patrimonialismo, a corrupção, a desigualdade social, a violência e a intolerância – para identificá-los como fatores que legaram ao Brasil instituições frágeis e estruturas sociais que carregam inúmeros problemas, heranças que permanecem marcando a sociedade contemporânea. Acerca de um determinado tipo de mandonismo regional, a autora descreve o domínio político, cultural e social reinantes, por exemplo, no Maranhão com a família Sarney, no Ceará com o clã Ferreira Gomes, em Goiás com os Caiado e Bulhões, além de outros nomes tradicionais na política brasileira. (SCHWARCZ, Lília M. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, pp. 41-63.

41 A figura do homem cordial é trabalhada na literatura por Sérgio Buarque de Holanda, na obra “Raízes do Brasil”. Para o autor, o Estado não pode ser visto como uma ampliação do círculo familiar, muito pelo contrário, trata-se de uma descontinuidade, pertencentes a ordens essencialmente distintas. Ao partir do resgate da história de Sófocles, sobre Antígona e seu irmão Creonte, de um confronto entre Estado e família, o autor afirma que “em todas as culturas, o processo pelo qual a lei geral suplanta a lei particular faz-se acompanhar de crises mais ou menos graves e prolongadas, que podem afetar profundamente a estrutura da sociedade”. Conclui afirmando que, no Brasil, o homem cordial, para além de um homem afável e cortês, revela-se como alguém que não consegue estabelecer distinção de tratamento entre o público e o privado, sendo que “a escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias”. (HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, pp. 141-151).

O Brasil do século XXI, portanto, é cravado por antigos desafios⁴².

Assim, as potencialidades do texto constitucional de 1988 é que devem ser apropriadas pelos grupos historicamente marginalizados para a construção de novos sentidos de constituição, para a construção, enfim, de novas identidades. Conforme Rosenfeld:

[...] para se estabelecer a identidade constitucional através dos tempos é necessário fabricar a tessitura de um entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras. O problema, no entanto, é que tanto o passado quanto o futuro são incertos e abertos a possibilidades de reconstrução conflitantes, tornando assim imensamente complexa a tarefa de se revelar linhas de continuidade. Ainda que a real intenção dos constituintes fosse plena e claramente acessível, permaneceria em discussão o quanto e em qual medida de extensão ela deveria ser relevante ou vinculante para uma determinada geração subsequente. E, dado que a intenção dos constituintes sempre poderá ser apreendida em diversos níveis de abstração, sempre haverá a possibilidade de a identidade constitucional ser reinterpretada e reconstruída. Pelo menos no que toca às constituições escritas a identidade constitucional é necessariamente problemática em termos da relação da Constituição com ela mesma. Um texto constitucional escrito é inexoravelmente incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis⁴³.

42 A inconstância e a permanência dos desafios que se apresentam na história do Brasil atual podem ser vistas na seguinte passagem de Schwarcz e Starling: “[...] idas e vindas, avanços e recuos, fazem parte dessa nossa história que ambiciona ser mestiça como de muitas maneiras são os brasileiros: apresenta respostas múltiplas e por vezes ambivalentes sobre o país; não se apóia em datas e eventos selecionados pela tradição; seu traçado não se pretende apenas objetivo ou nitidamente evolutivo, uma vez que carrega um tempo híbrido capaz de agenciar diversas formas de memória. Mais ainda, é mestiça porque prevê não só mistura mas clara separação. Numa nação caracterizada pelo poder de grandes proprietários rurais, muitos deles donos de imensos e isolados latifúndios que podiam alcançar o tamanho de uma cidade, autoritarismo e personalismo foram sempre realidades fortes, a enfraquecer o exercício livre do poder público, a desestimular o fortalecimento das instituições e com isso a luta por direitos. Diz o provérbio popular que no Brasil ‘quem rouba pouco é ladrão e quem rouba muito é barão’, como a legitimar uma noção, hoje muito discutida e politizada, de que no país o fato de ser abonado já é prova de isenção e de uma cidadania acima de qualquer suspeita. Mas vale a pena anotar outro traço que, se não é natural, pois tratamos aqui de construções sociais e não biológicas, é escandalosamente resistente e tem lugar cativo na história brasileira. Certa lógica e certa linguagem de violência trazem consigo uma determinação cultural profunda. Como se fosse um verdadeiro nó nacional, a violência está encravada na mais remota história do Brasil, país cuja vida social foi marcada pela escravidão. Fruto de nossa herança escravocrata, a trama dessa violência é comum a toda a sociedade, se espalhou pelo território nacional e foi assim naturalizada. Se a escravidão ficou no passado, sua história continua a se escrever no presente. A experiência de violência e dor se repõe, resiste e se dispersa na trajetória do Brasil moderno, estilhaçada em milhares de modalidades de manifestação” (*Brasil: Uma Biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 14).

43 ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto.

Sendo a constituição de 1988 um processo público aberto, cabem aos grupos historicamente marginalizados, povos estigmatizados em geral, apropriar-se dos vocabulários e códigos linguísticos informados no documento e, a partir daí, imprimir o processo de ressignificação. Índios, negros, menores carentes, todos os múltiplos personagens elencados no discurso de Ulysses Guimarães no processo constituinte – enfim, o povo brasileiro em sua acepção mais popular – devem produzir narrativas constitucionais emancipatórias.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia de constituição como processo público aberto favorece distintas possibilidades interpretativas acerca do texto, o que ganha relevância em um contexto de sociedade plural e complexa.

Quando se encara a Constituição como processo público aberto, passível, portanto, de distintas construções de sentidos, a permissividade de fluxo contínuo de narrativas constitucionais emancipatórias originadas no seio de grupos sociais estigmatizados fortalece a legitimação de resultados em prol da democracia. E quando tais narrativas repercutem eficazmente na esfera pública, quando a atividade de interpretação se desenvolve em contínua comunicação com a sociedade civil, e aceita a influência dos discursos produzidos por grupos marginalizados, são fortalecidas as bases constitucionais democráticas.

Ora, se a Constituição é processo público aberto, o espectro normativo ao redor de seu texto pode ganhar leituras distintas de acordo com os olhos de quem as lê. As expressões e princípios de texturas abertas presentes na Constituição demandam o seu preenchimento por intermédio de uma hermenêutica pluralística, com possibilidade de construções, a partir de então, dessas diversas narrativas constitucionais.

Assim, a elaboração de narrativas constitucionais emancipatórias, especialmente diante das potencialidades conferidas pelos textos constitucionais, pode e deve partir de grupos estigmatizados, como quilombolas, índios e diversas minorias e povos tradicionais

em geral. Isso resulta, ao fim, em um processo interpretativo democrático, aberto, pluralista e inclusivo.

Está-se neste ponto! Um ganho da democracia! Um ganho para a civilização que já parte deste olhar!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BALDI, César Augusto. Questão indígena no Brasil: alguns pontos para uma revisão hermenêutica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*. Org. Leonardo Avritzer et al. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: Crônica de um Sucesso Imprevisto. In: *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: O longo caminho*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Inês A. Lohbauer. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda, 2018.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

REIS, Daniel Aarão. *Ditadura e Democracia no Brasil: do golpe de 1964 à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, Zahar, 2014.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do Sujeito Constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SARMENTO, Daniel. “Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda”. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.) *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHWARCZ, Lília M. STARLING, Heloisa M. *Brasil: Uma Biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SCHWARCZ, Lília M. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O Constitucionalismo Brasileiro Tardio*, Brasília: ESMPU, 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Batalha dos Poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta S.A., 1999.

CALADOS EM NOME DA LEI: O USO DE NORMAS PENAIS PARA CALAR O DISCURSO POLÍTICO

STOPPED, IN THE NAME OF THE LAW: THE USE OF CRIMINAL RULES TO SILENCE POLITICAL SPEECH

*Diogo Rais **

*Eduardo Manhoso ***

*Mateus Luiz Weber ****

RESUMO

O objetivo desse artigo é analisar o uso de normas penais para silenciar ou punir os discursos políticos. Quanto ao desenho da metodologia, a pesquisa adota o método hipotético-dedutivo, pretendendo testar as hipóteses apresentadas, utilizando-se das técnicas de pesquisa -bibliográfica. A partir desse tema, busca-se analisar as formas particulares de comunicação que constroem as narrativas, a relação dos três poderes perante a problemática das *Fake News* (desinformação), compreender como as propostas legislativas pretendem controlar o exercício da democracia por meio das leis penais e os impactos negativos que essas restrições impõem à democracia. Concluímos que, frente à ausência de textos normativos que fixam a responsabilização diante das notícias

*Diogo Rais é advogado e Cofundador do Instituto Liberdade Digital. Colunista exclusivo na área eleitoral para o jornal Valor Econômico durante as eleições de 2016 e de 2020, e da Folha de S. Paulo para as eleições de 2018. Professor de Direito Eleitoral e Direito Digital da graduação e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Membro da Academia de Direito Eleitoral e Político – ABRADep. Coordenador dos livros Direito Público Digital; Fake News: a conexão entre a desinformação e o Direito; e Direito Eleitoral Digital, todos da editora Revista dos Tribunais. Foi um dos especialistas convidados pela relatoria especial de liberdade de expressão da OEA para colaborar com o guia de combate a desinformação. Pesquisa o tema da tecnologia e eleições desde 2010.

** Eduardo Manhoso é advogado. Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Pesquisador do Grupo de Pesquisa "Segurança Pública e Cidadania" (CNPq) e Membro do Grupo de Pesquisa "Direito Penal Econômico e Justiça Penal Internacional" (CNPq), ambos da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM).

*** Mateus Luiz Weber advogado. Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Pesquisador do Grupo de Pesquisa "Estado e Economia no Brasil" (CNPq) e Membro do Grupo de Pesquisa "Laboratório Direito Digital e Democracia" (CNPq), ambos da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM).

fraudulentas, investir em um direito punitivo penal não é o melhor caminho para lidar com as *Fake News* e o discurso político. Como principais resultados, foi possível aferir que a problemática não se restringe unicamente a questões legais, em especial, as de natureza penal.

Palavras-chave: *Fake news*; Discurso político; Normas penais; Liberdade de expressão; Direito digital.

ABSTRACT

The aim of this study is to launch an analysis of the penal norms to silence political speeches. As for the design of the methodology, the research adopts the hypothetical-deductive method, intending to test the presented hypotheses, using bibliographic research techniques. From this theme, we seek the particular forms of communication that build the narratives, the relationship of the three powers facing the issue of Fake News, seeks to understand how the legislative proposals intend to control democracy through criminal laws and the negative impacts that these restrictions impose on democracy. We conclude that, given the absence of normative texts that establish accountability for fraudulent news, investing in a punitive criminal right is not the best way to deal with Fake News and political discourse. As main results, it was possible to infer that the problem is not restricted to legal issues, especially those of a criminal law.

Keywords: *Fake news*; *Political speech*; *Penal norms*; *Freedom of speech*; *Digital law*.

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se, com esse estudo, analisar como as leis penais podem interferir nos discursos políticos garantidos pelo Estado Democrático de Direito. Interessa-nos analisar o discurso político que encontra reverberação e relevância entre os representantes eleitos democraticamente para fazer justiça à vontade popular no Congresso Nacional.

A escolha por esse tema como objeto de estudo se deu a partir da emergência em tratar de um fenômeno que possui relação direta com a liberdade de expressão e o Direito Penal – que lida com um dos valores mais caros da vida em sociedade, a liberdade do indivíduo. A criminalização dos discursos políticos, bem como a produção e disseminação das *Fake News* estão em constante crescimento.

Em um mundo conectado, os discursos e as notícias não encontram fronteiras. Basta o acesso à internet a partir de qualquer dispositivo eletrônico para que, no mesmo momento, o cidadão seja exposto a uma série de informações.

A partir das diversas iniciativas do Poder Legislativo em apresentar soluções no controle funcional sobre a disseminação das notícias fraudulentas, surge um desejo coletivo em elaborar normas que possam coibir e criminalizá-las, mas o impacto na propagação de ideias e nos discursos políticos é uma variável essencial para análise de sua adoção.

Os efeitos negativos da união entre as plataformas digitais e as *Fake News* são inúmeros, uma vez que o debate público é deturpado, comprometendo o direito à informação e consequentemente a liberdade de expressão, dois princípios fundamentais para os regimes democráticos.

No Brasil esse assunto tem sido debatido há algum tempo. O primeiro projeto de lei brasileiro sobre *Fake News* foi apresentado no dia 2 de fevereiro de 2017, no plenário da Câmara dos Deputados, pelo então Deputado Federal Luiz Carlos Hauly (PSDB-Paraná). Daí por diante inúmeros projetos foram apresentados no Congresso Nacional, em grande maioria com objetivo de criminalizar a disseminação das *Fake News* e os discursos políticos. Um ponto importante para essa discussão é a definição do bem jurídico ameaçado pelos discursos políticos que mereça proteção penal.

Essa pesquisa passará, inicialmente, por uma discussão conceitual, visando delimitar liberdade de expressão e o discurso político. Em seguida faremos uma análise de como o tema tem sido controverso perante os três poderes (executivo, legislativo e judiciário)-e a relação do tema com a Lei de Segurança Nacional. Por fim, ressaltaremos a relação entre a tentativa de suprimir os discursos políticos pelas vias penais e os seus impactos para a democracia.

2 ENTRE O DISCURSO POLÍTICO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A democracia pressupõe a existência de um espaço público em que, com liberdade e igualdade, haja manifestações, debates, deliberações, bem como sejam tomadas decisões, em torno de uma pauta comum.

Não é simples definir democracia, há muitos autores - tanto no Direito, quanto na Ciência Política - que dedicam uma carreira inteira para estudar e delimitar o que é a democracia. Porém, partimos das ideias de Robert Alan Dahl⁴ expostas em sua obra “Sobre a democracia”.

O cientista político norte-americano, ao estruturar um conceito de democracia em grande escala, elencou seis instituições indispensáveis, são elas:

- a) Funcionários eleitos;
- b) Eleições livres, justas e frequentes;
- c) Liberdade de expressão;
- d) Fontes de informação diversificadas;
- e) Autonomia para as associações;
- f) Cidadania inclusiva.

A liberdade de expressão, de acordo com a jurisprudência interamericana, caracteriza-se por ser um direito com duas dimensões: uma dimensão individual e uma dimensão coletiva ou social.⁵

4 DAHL, Robert Alan. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2001. p. 99.

5 Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Kimel vs. Argentina*. Julgado em 08 de maio de 2008. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/e95c-f28bb8698e06093722cc2352bc83.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 14; Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. Julgado em 19 de setembro de 2006. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/aabaaf52a-d8b7668bf2b28e75b0df183.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 40; Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Julgado em 01 de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/1fd1d4af1569a345e-837bd0ce47ce9d9.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 53; Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Julgado em 02 de julho de 2004. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 52; Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Julgado em 06 de fevereiro de 2001. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/506ad88087f45ce5d2413efc7893958e.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 54; Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. Julgado em 31 de agosto de 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_por.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 52; Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS

Tendo em vista essa dupla dimensão explica-se que a liberdade de expressão é um instrumento para o intercâmbio de informações e ideias entre as pessoas e para a comunicação em massa entre os seres humanos, que pressupõe tanto o direito a comunicar aos outros o próprio ponto de vista e as informações ou opiniões intencionadas, quanto o direito de todos a receber e conhecer tais pontos de vista, informações, opiniões, relatos e notícias, livremente e sem interferências que os distorçam ou obstruam.⁶

A liberdade de expressão e a sua utilização é um tema atual e de grande relevância social. Ao analisar a liberdade de expressão à luz do Estado Democrático de Direito, em tempos de *Fake News*⁷, percebe-se suas implicações políticas e sociais, uma vez que a garantia da manifestação livre do pensamento em uma sociedade democrática não é um direito absoluto e tem convergência com o discurso político.

HUMANOS. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. Julgado em 05 de fevereiro de 2001. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/f30eb7942e6ea89e4d2ec4ca870784d3.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 24; Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer consultivo OC-5/85*. San José, Costa Rica: CIDH, 13 nov. 1985. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_por.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 7; Cf. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório Anual 1994*. Relatório sobre a Compatibilidade entre as Leis de Desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica: CIDH, [2002?]. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/vol.3i.htm>. Acesso em: 24 nov. 2021; Cf. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório nº 130/99*. Caso 11.740 Víctor Manuel Oropeza vs México. San José, Costa Rica: CIDH, 1999. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Mexico11.740.htm>. Acesso em: 24 nov. 2021.

6 Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Julgado em 02 de julho de 2004. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 66; Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. Julgado em 31 de agosto de 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_por.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 53; Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. Julgado em 05 de fevereiro de 2001. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/f30eb7942e6ea89e4d2ec4ca870784d3.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 25; Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer consultivo OC-5/85*. San José, Costa Rica: CIDH, 13 nov. 1985. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_por.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 8; Cf. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório Anual 1994*. Relatório sobre a Compatibilidade entre as Leis de Desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica: CIDH, [2002?]. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/vol.3i.htm>. Acesso em: 24 nov. 2021; Cf. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório Anual 2009*. Marco Jurídico Interamericano do Direito à Liberdade de Expressão. San José, Costa Rica: CIDH, 2014. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140519%20-%20PORT%20Unesco%20-%20Marco%20Juridico%20Interamericano%20sobre%20el%20Derecho%20a%20la%20Libertad%20de%20Expresion%20adjust.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2021. p. 5.

7 Na tradução livre do inglês, notícias falsas. *Fake News* é um termo importado da língua inglesa. Esse termo carrega grande peso da censura, notícia falsa, desinformação, e para isso pensar na segurança da fonte de informação bem como prezar pela verdade, é diferenciar *Fake News*.

Em sede constitucional, a liberdade de expressão está intimamente ligada à exposição de informações ao público. Historicamente, o reconhecimento do direito à liberdade de expressão foi necessário para que os movimentos sociais e grupos vulneráveis tornassem agentes políticos, estimulando novas concepções de normas com ampliação de direitos sociais.

A liberdade é um elemento indispensável do Estado Democrático de Direito, seja ela de pensamento, manifestação, expressão ou de liberdades de convicções políticas, ideológicas e religiosas. É indissociável uma sociedade democrática sem as diversas opiniões e pensamentos livres dos indivíduos. A liberdade exige pluralismo, diálogo, transformação e reconhecimento.

Os espaços públicos de manifestação popular, de interação entre cidadão e governantes estão em constante evolução. As mídias digitais têm modificado o espaço público e a forma como as pessoas interagem entre si. Outras expressões se revelam através de manifestações culturais ou educacionais, bem como manifestações de rua ou até mesmo novas formas de manifestações, que, durante a pandemia⁸ causada pela Covid-19, passaram a se tornar mais frequentes através dos painéis.

Conforme aponta o relatório anual (2009) da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, potencializar a diversidade e o número de vozes que podem contribuir com a deliberação pública é, ao mesmo tempo, uma condição e uma finalidade fundamental do processo democrático. Nesse sentido, as garantias robustas para o exercício da liberdade de expressão pela internet são, na atualidade, uma condição para a possibilidade dessa abertura da esfera pública.⁹

Com o surgimento da internet, potencializou-se a capacidade de transformar o cidadão em um “produtor de notícias ou de opiniões”. Milhões de pessoas tradicionalmente excluídas, com raras oportunidades disponíveis, passaram a ter acesso facilitado aos espaços de informação, superando a época em que poucos podiam

8 O termo é usado para descrever situações em que uma doença infecciosa ameaça muitas pessoas de forma simultânea no mundo inteiro.

9 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório Anual 2009*. Marco Jurídico Interamericano do Direito à Liberdade de Expressão. San José, Costa Rica: CIDH, 2014. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140519%20-%20PORT%20Unesco%20-%20Marco%20Juridico%20Interamericano%20sobre%20el%20Derecho%20a%20la%20Libertad%20de%20Expresion%20adjust.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2021. p. 70.

expressar suas opiniões na mídia tradicional, criando assim uma oportunidade libertadora e democrática.¹⁰

O incentivo à participação política e ao engajamento do cidadão nos negócios da comunidade é uma meta a ser perseguida em uma democracia. Porém, deve-se ter o cuidado para que ondas de populismo e fundamentalismo não influenciem as pessoas através do medo e da raiva, em vez de promover um debate sensato, desacreditando as instituições democráticas e substituindo os especialistas pela sabedoria das multidões.¹¹

A dilatação dos meios de comunicação através do uso de ferramentas disponíveis pela internet veio acentuar a produção e a distribuição dos discursos. A inovação tecnológica dos meios de comunicação com as plataformas digitais possibilitou o ingresso virtual de muitas opiniões no âmbito da interatividade social. Esta situação proporcionou que os cidadãos se encontrem numa rede de diálogos em suposta escala global.

O discurso político é proferido, por excelência, no espaço público, mas nem toda fala pública é política. Com o avanço do totalitarismo, Hannah Arendt notou, em seu tempo, preocupada com a corrupção do discurso político e sua subalternidade a fins determinados e com o acirramento das competições entre grupos e com as oposições inúteis:

Sem a revelação do agente no ato, a ação perde seu caráter específico e torna-se um feito como qualquer outro. Na verdade, passa a ser apenas um meio de atingir um fim, tal como a fabricação é um meio de produzir um objeto. Isto ocorre sempre que deixa de existir convivência, quando as pessoas são meramente “pró” ou “contra” os outros, como ocorre, por exemplo, na guerra moderna, quando os homens entram em ação e empregam meios violentos para alcançar determinados objetivos em proveito do seu lado e contra o inimigo. Nestas circunstâncias, que naturalmente sempre existiram, o discurso transforma-se, de fato, em mera “conversa”, apenas mais um meio de alcançar um fim, quer iludindo o inimigo, quer ofuscando a todos com propaganda. Neste caso, as palavras nada revelam; a revelação advém exclusivamente do próprio feito, e este feito, como todos os

10 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Fake News e as novas ameaças à liberdade de expressão. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (orgs.). *Fake News e Regulação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 133.

11 KAKUTANI, Michiko. *A morte da verdade: notas sobre a mentira na era Trump*. Tradução de André Czarnobai e Marcela Duarte. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018. p. 12.

outros, não desvenda o “quem”, a identidade única e distinta do agente.¹²

Para Charaudeau¹³, o discurso político funciona na conjunção de discursos de ideias e discursos de poder (verdade e possibilidade), pensamento e ação. Uma vez que os primeiros dizem respeito à verdade e os segundos, à problemática do verdadeiro, do falso e do possível.

Importante salientarmos que liberdade de pensamento é diversa de liberdade de expressão, assim como preconceito é diverso de discriminação. As notícias fraudulentas transvestidas de discurso político propagam conteúdo de ódio e violência, incentivam a ruptura democrática, gerando desinformação e deturpando o debate público. Para Bobbio¹⁴, “na medida em que a aceitamos sem verificá-la, por inércia, respeito ou temor, e a aceitamos com tanta força que resiste a qualquer refutação racional, vale dizer, a qualquer refutação feita com bases em argumentos racionais”, ou seja, um cidadão mal informado não consegue escolher livremente seus posicionamentos.

3 FAKE NEWS (DESINFORMAÇÃO ON LINE)

A respiração fica mais difícil, ainda que por apenas um segundo. Parece que o ar não entra nos pulmões. Enquanto isso, o coração bate mais rápido aumentando o calor do corpo e a transpiração.

É assim, no geral, que nosso corpo reage quando mentimos.

A mentira parece partir de um mecanismo de sobrevivência, ao menos no mundo animal é bem perceptível. Vejamos o exemplo do camaleão, que tem a habilidade de mudar de cor para se misturar ao ambiente, invisibilizando-se de forma ilusória. Enquanto isso, o animal iludido pela invisibilidade do camaleão, torna-se sua presa. Seja para caçar ou para escapar, parece que a mentira está presente em quase tudo, ainda que seja um desvio da verdade, ampliando-a ou reduzindo-a.¹⁵

12 ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 193.

13 CHARAUDEAU, Patrick. *Discurso das mídias*. São Paulo: Contexto, 2006.

14 BOBBIO, Norberto. *Elogio da Serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Editora UNESP, 2002. p. 103.

15 RAIS, Diogo (coord.). *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. p. 5.

Os problemas que derivam da mentira são bem antigos, “mas quando as práticas mais antigas alcançam alta velocidade e produção em massa, novos desafios são criados e, assim, parece ter nascido a ideia de *Fake News* como um fenômeno de desordem informacional”.¹⁶

Partindo da premissa de que a mentira ou o falso, sem conexão com dano efetivo ou dano em potencial, está mais no campo da ética do que do Direito, adotamos a premissa de que “o mais perto que a mentira chega no campo jurídico é na fraude e, talvez, uma boa tradução jurídica para *Fake News* seria conteúdo ou notícias fraudulentas”.¹⁷

Em uma sociedade conectada que transita em alta velocidade, colocada em um cenário que absorve e processa um oceano de informações, as *Fake News* surgem como uma espécie de poluição, mas quando a desinformação online se transforma em arma ou alvo de relevantes e desafiadores conflitos entre os Poderes da República, talvez essa poluição possa se aproximar de um veneno capaz de promover a ruptura da democracia.

4 A (DES)HARMONIA DOS TRÊS PODERES

Acompanhando as lições de Montesquieu¹⁸, a Constituição Federal de 1988 adotou o sistema tripartido de separação dos poderes, distinguindo-os entre Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais, embora independentes, são harmônicos entre si (art. 2º da Constituição Federal), de forma a manter a estabilidade do Estado de Direito.

Fatos mais recentes demonstram, todavia, que os três poderes vêm se utilizando, de maneira uníssona – e até harmônica, infelizmente -, do Direito Penal, podendo calar discursos políticos e, obviamente, ferir a garantia da liberdade de expressão (art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal).

Em primeiro lugar, relativamente ao Poder Legislativo, caminha, a passos rápidos, o “Projeto de Lei das *Fake News*” (PL nº

16 Ibidem.

17 RAIS, Diogo; SALES, Stela. Fake news, deepfakes e eleições. In: RAIS, Diogo (coord.) *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book. p. 27.

18 MONTESQUIEU, C. S. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 182.

2.630/2020)¹⁹, que tem como principal escopo o combate às notícias falsas, inclusive criminalizando-as.²⁰ Ademais, há proposta (PL nº 6764/02), de relatoria da Deputada Margarete Coelho (PP-PI), que revoga a Lei de Segurança Nacional e criminaliza as *Fake News*, cuja redação típica é muito parecida a do Projeto de Lei nº 2.630/2020.

Algo de nota é que, embora o principal objetivo seja o combate às notícias falsas, não se pode, a título de criação de leis para evitar a desinformação da comunidade, restringir a liberdade de expressão, garantia de relevo da Constituição Federal de 1988. Não parece ser uma solução quando a resposta inviabiliza o uso daquilo que pretende proteger. Em outras palavras, não se resolve, por exemplo, um congestionamento proibindo as pessoas de terem e dirigir carros.

No que atine ao Poder Executivo, apontado como “órgão constitucional (supremo) que tem por função a prática de atos de chefia de estado, de governo e de administração”²¹, vê-se frequentes manejos, por parte do Ministério da Justiça, do artigo 26 da Lei de Segurança Nacional, de cunho eminentemente autoritário, para justificar eventuais críticas ao Presidente da República:

Art. 26 - Caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação.

Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.

Infelizmente, a requisição de instauração de inquérito policial para apuração de críticas políticas, algo saudável e necessário dentro de um Estado de Direito que respeite a liberdade de expressão, tornou-se frequente e, por conta disso, diversas figuras públicas

19 BRANT, Danielle; CHAIB, Julia. Câmara mira disparos eleitorais de fake news em projeto para substituir Lei de Segurança Nacional. *Folha de São Paulo*, São Paulo. 08 abril 2021. Poder. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/04/camara-mira-disparos-eleitorais-de-fake-news-em-projeto-para-substituir-lei-de-seguranca-nacional.shtml>. Acesso em: 21 de junho de 2021.

20 Art. 41º. Promover, constituir, financiar, ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, ação coordenada, mediante uso de robôs e outros meios ou expedientes não fornecidos diretamente pelo provedor de aplicação de internet, para disparo em massa de mensagens que veiculem conteúdo passível de sanção criminal ou fatos sabidamente inverídicos capazes de colocar em risco a vida, a integridade física e mental, a segurança das pessoas, e a higidez do processo eleitoral. Pena: reclusão, de 1(um) a 5 (cinco) anos e multa.

21 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 542.

tiveram seus nomes ventilados em investigações após tecer críticas políticas ao atual Governo.

Marcelo Feller, advogado criminalista, em debate para o canal de televisão “CNN”, chamou o Presidente da República de “genocida”, considerando a dimensão tomada pelas mortes no Brasil em razão da Covid-19. Dias depois, surpreso, foi intimado para depor na condição de investigado.²²

O Ministério Público Federal, todavia, promoveu o arquivamento da investigação, exatamente por não poder a Lei de Segurança Nacional ser usada como meio de perseguição política²³:

Portanto, é sempre bom lembrar que num Estado Democrático de Direito a liberdade de expressão é um direito fundamental e, dessa forma, deve ser assegurado o seu exercício ainda que vá de encontro aos interesses dos governantes de ocasião, não podendo ser tolerado o uso da força policial e, em última instância do direito penal, para coibir manifestações pacíficas e exercidas dentro da lei tão somente por conter críticas a autoridades públicas.

O triste episódio, pesa dizê-lo, repetiu-se com relação a diversas pessoas, as quais, após críticas políticas ao Governo vigente, sofreram tentativa de amordaçamento e censura, algo que muito próximo do período ditatorial brasileiro.

Outro exemplo disso aconteceu com Felipe Neto, “youtuber” e influenciador digital com mais 40 milhões de seguidores, que classificou o Presidente da República, também por questões relacionadas à pandemia, como “genocida”. Foi aberta investigação em seu desfavor, a qual foi arquivada, todavia, a pedido do então promotor de justiça.²⁴

Ressalta-se que a antiga Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983), após a elaboração do presente artigo, foi revogada pela Lei nº 14.197, de 01 de setembro de 2021, conforme dispõe o artigo 4º. Todavia, embora publicada

22 MARCELO Feller é intimado por acusar Bolsonaro de assassinato em massa. *Migalhas*. 21 janeiro 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/339252/marcelo-feller-e-intimado-por-acusar-bolsonaro-de-assassinato-em-massa>. Acesso em: 16 jun. 2021.

23 MPF arquiva inquérito contra Marcelo Feller por críticas a Bolsonaro. *Migalhas*. 22 janeiro 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/339305/mp-arquiva-inquerito-contra-marcelo-feller-por-criticas-a-bolsonaro>. Acesso em: 16 de junho de 2021.

24 COELHO, Henrique. Justiça arquiva investigação contra Felipe Neto por ter chamado Bolsonaro de genocida. *G1*, Rio de Janeiro. 12 maio 2021. Notícia. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/05/12/justica-arquiva-investigacao-contra-felipe-neto-por-ter-chamado-bolsonaro-de-genocida.ghm>. Acesso em: 16 de junho de 2021.

em 01 de setembro de 2021, sua entrada em vigor se dará após noventa dias da publicação oficial (art. 5º). E, no que diz respeito à nova lei, tem-se que houve veto dos tipos penais que tratariam da disseminação de notícias falsas.

Esta percepção – a não utilização do Direito Penal para as *Fake News* – endossa a ideia trazida nesse artigo, no sentido de que a disseminação de notícias falsas não deveria ser contida pelo manejo do Direito Penal.

Por fim, temos o Poder Judiciário, responsável pela análise de litígios que lhe são submetidos, o qual, por seu Supremo Tribunal Federal, determinou, de ofício, a abertura de inquérito policial para apuração de *Fake News* contra seus integrantes, cuja relatoria coube ao Ministro Alexandre de Moraes e se encontra em sigilo (Inquérito nº 4.781)²⁵.

Embora duramente enfrentando por Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa, sob o ângulo procedimental²⁶, principalmente porque a própria Procuradora Geral, titular da ação penal, manifestou-se pelo arquivamento da investigação, fato é que a validade da investigação foi endossada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 572 DF, relator Ministro Luís Edson Fachin)²⁷.

Entre os casos investigados no inquérito, chama atenção o conhecido caso do Deputado Daniel Silveira, preso por ordem de prisão em flagrante expedida pelo Ministro Alexandre de Moraes, ao proferir ofensas contra Ministros do Supremo Tribunal Federal, violando, também, o mencionado artigo 26 da Lei de Segurança Nacional.²⁸

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 4781*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5651823>. Acesso em: 20 de junho de 2021.

26 LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Entenda a semana do Supremo e sua investigação de ofício. *Consultor Jurídico*. 19 abril 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-19/entenda-semana-supremo-investigacao-oficio>. Acesso em: 20 de junho de 2021.

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 572*. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5658808>. Acesso em: 20 jun. 2021.

28 DEPUTADO Daniel Silveira é preso por pregar ditadura e atacar Supremo. *Consultor Jurídico*. 17 fevereiro 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-17/deputado-presopregar-ditadura-atacar-supremo>. Acesso em: 20 de junho de 2021. Daniel Silveira foi preso com base em dispositivos da Lei de Segurança Nacional, agora revogada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, Jair Bolsonaro.

Temos, de maneira uníssona, os três poderes da República com ações administrativas, investigativas, judiciais e normativas atingindo discursos que, em seu teor atrelado ao contexto, tem significado político, atingindo a liberdade de expressão.

5 CONTROLE DA DEMOCRACIA POR MEIO DE LEIS PENAIS

Um dos elementos que compõem o cenário da crise da democracia – como causa, como consequência ou como efeito colateral – é a mudança no ambiente informacional, com a presença cada vez mais importante de notícias falsas, disseminadas por sistemas alternativos de comunicação, que fortalecem o sentimento de pertencimento a grupos políticos rivais e solapam a possibilidade de um diálogo abrangente. Assimétrica ou não, a polarização leva à redução da possibilidade de debate entre grupos políticos concorrentes e, por isso, é um componente importante na disseminação das notícias fraudulentas.

A emissão de manifestações polêmicas e intolerantes nos últimos anos vem se ampliando não apenas no Congresso Nacional, – a exemplo disso é o chamado “gabinete do ódio”²⁹ – causando diversos constrangimentos para a população, especialmente àquela atingida diretamente pelo discurso de ódio e preconceito, na medida em que o discurso apresentado por esses agentes possui um alto nível de repercussão nacional, muitas vezes transmitidos diretamente por meio televisivo ou via jornais de grande circulação, e retransmitidos pelas plataformas digitais.

Por meio do ciberativismo e da livre manifestação gerado pelas grandes plataformas digitais há uma maior participação popular no que se refere ao direito à liberdade de expressão. Castells³⁰ apresenta que a internet é um instrumento ideal para promover a democracia, uma vez que garante acesso amplo à informação e as ações dos governantes.

Com o acirramento das crises econômicas, ampliou-se a sensação de instabilidade política, ocasionando o surgimento de um movimento repressivo e autoritário em relação aos novos processos

29 Suposto esquema de produção e propagação de *Fake News*, e perseguição à políticos opositoristas ao governo de Jair Bolsonaro.

30 CASTELLS. Manuel. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

de evolução e comunicação social. Soma-se isso ao acompanhamento da caça aos culpados e da demonização do diferente.

Uma onda de expressividades de cunho combativo às diferenças de opiniões tornou o trato comunicativo com o público um verdadeiro campo minado para a nomeação dos direitos das minorias e da singularidade de pensamento. Em um mundo tolerante deve-se rejeitar qualquer ultimato de censura ou condicionamento para punição de palavras.

Daí porque, considerado todo contexto delineado, não se pode, a pretexto de calar discursos, seja lá de qual natureza política for, utilizar-se do Direito Penal, o qual é reservado aos casos em que não há mais possibilidade de solução por outros meios, ante a existência do princípio da fragmentariedade:

Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu *caráter fragmentário*, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica. Isso, segundo Régis Prado, “é o que se denomina *caráter fragmentário* do Direito Penal. Faz-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa”.³¹

Essas razões fazem a doutrina concluir que, embora diversas condutas possam ser consideradas ilícitas, apenas parte delas são consideradas relevantes para fins penais, especificamente aquelas que atingem de maneira mais grave o bem jurídico.³²

A eficácia para controle de certas ações deve ser retirada de outros meios, de maneira preventiva, exatamente como ocorre na pesquisa, em que as *Fake News* podem ser enfrentadas por meios *ex ante*, inviabilizando que sejam difundidas.

Embora não seja um fenômeno novo, a disseminação de informações falsas tem registros históricos. Entretanto a internet foi força motriz para a difusão em escala organizada, sendo financiada

31 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: volume 1, parte geral (arts 1º a 120). 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655590333/>. Acesso em: 24 Jun. 2021.

32 FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Direito Penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2019. p. 82.

por terceiros interessados ou ainda figuras políticas. O Direito Penal, como está sendo posto, é censura à liberdade de expressão, ataque à democracia e ao Estado de Direito.

Por essas razões, amparadas principalmente no princípio da fragmentariedade, não nos parece que o Direito Penal seja o instrumento idôneo e eficaz para tutela de discursos políticos, os quais devem ser enfrentados por outras esferas, que são menos agressivas.

6 CONCLUSÃO

É papel de todos os poderes da República (Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Legislativo) e suas respectivas instituições, em todos os níveis da federação, ressaltar e garantir as orientações da democracia digital. Dentre as diversas garantias que sustentam o ambiente democrático, existe a garantia da liberdade de expressão.

A história mostra que, por muitos períodos e em diversos locais do mundo, esta garantia foi renegada, à mercê de governos autoritários que não permitiam a plena existência do Estado de Direito. Daí a repulsa, hoje existente em grande parte da população, da censura, seja ela como for.

Censurar é impedir a fala e a manifestação. É impedir que se manifeste e fale o que entender direito. Tempos passados, que não podem se repetir.

Atualmente, ela aparece, ou tenta aparecer, pela via transversa. Impede-se a livre manifestação política, submetendo aqueles que falam às mazelas do Direito Penal. E a pesquisa comprova que os três poderes da República agem assim para calar discursos políticos e para atacar as *Fake News*.

Aqueles são saudáveis e devem existir em qualquer ambiente que preze pelo caminho democrático. Discursos políticos mostram que a democracia está viva e que, bem ou mal, pode existir alternância no poder. Mais do que isso, o discurso político demonstra a essência da liberdade de expressão, que é a possibilidade de poder expressar o que pensa sem qualquer punição, algo existente na democracia.

De outro lado, as *Fake News* devem ser banidas, mas não pelo manejo do instrumento tão truculento e agressivo como o

Direito Penal. O princípio da fragmentariedade demonstra que o Direito Penal deve ser usado quando não existirem outros meios. E, relativamente às *Fake News*, é possível seu controle por medidas preventivas, que não criminalizem a liberdade de expressão.

Por isso, o Direito Penal não pode ser usado como medida de controle desmedido da democracia. No ambiente democrático, a liberdade de expressão é um direito fundamental para ecoar e garantir a voz dos cidadãos nas manifestações de suas correntes ideológicas e políticas. Cada vez mais será exigido um esforço transdisciplinar para garantia e construção dos pilares da democracia na era digital, dentre os quais a confiança e a informação, são pressupostos básicos.

7. REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: volume 1, parte geral (arts 1º a 120)*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590333/>. Acesso em: 24 Jun. 2021.

BOBBIO, Norberto. *Elogio da Serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

BRANT, Danielle; CHAIB, Julia. Câmara mira disparos eleitorais de fake news em projeto para substituir Lei de Segurança Nacional. *Folha de São Paulo*, São Paulo. 08 abril 2021. Poder. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/04/camara-mira-disparos-eleitorais-de-fake-news-em-projeto-para-substituir-lei-de-seguranca-nacional.shtml>. Acesso em: 21 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 572*. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5658808>. Acesso em: 20 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 4781*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5651823>. Acesso em: 20 de junho de 2021.

CASTELLS. Manuel. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CHARAUDEAU, Patrick. *Discurso das mídias*. São Paulo: Contexto, 2006.

COELHO, Henrique. Justiça arquiva investigação contra Felipe Neto por ter chamado Bolsonaro de genocida. *G1*, Rio de Janeiro. 12 maio 2021. Notícia. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/05/12/justica-arquiva-investigacao-contrafelipe-neto-por-ter-chamado-bolsonaro-de-genocida.ghm>. Acesso em: 16 de junho de 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório Anual 1994*. Relatório sobre a Compatibilidade entre as Leis de Desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica: CIDH, [2002?]. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/vol.3i.htm>. Acesso em: 24 nov. 2021.

_____. *Relatório Anual 2009*. Marco Jurídico Interamericano do Direito à Liberdade de Expressão. San José, Costa Rica: CIDH, 2014. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140519%20-%20PORT%20Unesco%20-%20Marco%20Juridico%20Interamericano%20sobre%20el%20Derecho%20a%20la%20Libertad%20de%20Expresion%20adjust.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2021.

_____. *Relatório nº 130/99*. Caso 11.740 Víctor Manuel Oropeza vs México. San José, Costa Rica: CIDH, 1999. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Mexico11.740.htm>. Acesso em: 24 nov. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. Julgado em 05 de fevereiro de 2001. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/f30eb7942e6ea89e4d2ec-4ca870784d3.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.

_____. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. Julgado em 19 de setembro de 2006. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/aabaaf52ad8b7668bf2b28e75b0df183.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.

_____. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Julgado em 02 de julho de 2004. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

_____. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Julgado em 06 de fevereiro de 2001. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/506ad88087f45ce5d2413efc7893958e.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.

_____. *Caso Kimel vs. Argentina*. Julgado em 08 de maio de 2008. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/e95cf28bb8698e06093722cc2352bc83.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.

_____. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Julgado em 01 de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/1fd1d4af1569a345e837bd0ce47ce9d9.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.

_____. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. Julgado em 31 de agosto de 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_por.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

_____. *Parecer consultivo OC-5/85*. San José, Costa Rica: CIDH, 13 nov. 1985. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_por.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

DAHL, Robert Alan. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2001.

DEPUTADO Daniel Silveira é preso por pregar ditadura e atacar Supremo. *Consultor Jurídico*. 17 fevereiro 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-17/deputado-presos-pregar-ditadura-atacar-supremo>. Acesso em: 20 de junho de 2021.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Direito Penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2019.

KAKUTANI, Michiko. *A morte da verdade*: notas sobre a mentira na era Trump. Tradução de André Czarnobai e Marcela Duarte. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Entenda a semana do Supremo e sua investigação de ofício. *Consultor Jurídico*. 19 abril 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-19/entenda-semana-supremo-investigacao-oficio>. Acesso em: 20 de junho de 2021.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Fake News e as novas ameaças à liberdade de expressão. In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (orgs.). *Fake News e Regulação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARCELO Feller é intimado por acusar Bolsonaro de assassinato em massa. *Migalhas*. 21 janeiro 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/339252/marcelo-feller-e-intimado-por-acusar-bolsonaro-de-assassinato-em-massa>. Acesso em: 16 jun. 2021.

MONTESQUIEU, C. S. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MPF arquiva inquérito contra Marcelo Feller por críticas a Bolsonaro. *Migalhas*. 22 janeiro 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/339305/mp-arquiva-inquerito-contra-marcelo-feller-por-criticas-a-bolsonaro>. Acesso em: 16 de junho de 2021.

RAIS, Diogo (coord.). *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*.

RAIS, Diogo; SALES, Stela. Fake news, deepfakes e eleições. *In: RAIS, Diogo (coord.) Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ANÁLISE SOBRE A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS DAS MULHERES NO BRASIL: PERSPECTIVAS HISTÓRICA, CULTURAL E LEGISLATIVA

EVOLUTION ANALYSIS OF WOMEN'S POLITICAL RIGHTS IN BRAZIL: HISTORICAL, CULTURAL AND LEGISLATIVE PERSPECTIVES

*Janiere Portela Leite Paes **

*Marcia Pereira Lopes Oliveira ***

RESUMO

O presente texto, por meio de breve revisão de literatura, tem por objetivo analisar a evolução dos direitos políticos das mulheres no Brasil, sob as perspectivas histórica, cultural e legislativa da formação da sociedade brasileira, desde o período da Colônia, passando pelo período do império, até os dias atuais, com enfoque no período pós Constituição de 1988, em que se inserem as políticas públicas denominadas como ações afirmativas, com relevante papel para a ampliação das mulheres na política. Contudo, a implementação de tais medidas não se demonstrou suficiente para a efetividade da representatividade feminina na política no Brasil, justificando a aplicação das cotas de gênero na distribuição de recursos de financiamento de campanha.

PALAVRAS-CHAVE: Ações afirmativas. Cotas de gênero. Direitos Políticos. Financiamento de campanha. Representatividade feminina.

* Discente do curso Mestrado em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela Universidade Federal da Bahia. Servidora da Justiça Eleitoral da Bahia. Membro da ABRADep – Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político. Endereço eletrônico: janiere.portela@gmail.com.

** Discente do curso Mestrado em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito de Estado. Servidora da Justiça Eleitoral da Bahia. Endereço eletrônico: marcialopes1808@gmail.com.

ABSTRACT

This text, through a brief literature review, aims to analyze the evolution of women's political rights in Brazil, under the historical, cultural and legislative perspectives of the Brazilian formation society, from the colonial period through the period of empire, up to the current days, focusing on the period after the Constitution of 1988, in which public policies called affirmative actions are inserted, with a relevant role in the expansion of women in politics. However, the implementation of such measures did not prove to be sufficient for the effectiveness of female representation in Brazil politics, justifying the application of gender quotas in the distribution of campaign financing resources.

KEYWORDS: Affirmative actions. Gender quotas. Political rights. Campaign financing. Female representation.

1. INTRODUÇÃO

O presente texto tem por escopo analisar o contexto histórico, cultural e legislativo em que se deu a evolução dos direitos políticos das mulheres no Brasil, destacando-se o período após a Constituição Federal de 1988, sobretudo no que se refere às políticas afirmativas implementadas com a finalidade de ampliar a representatividade feminina no cenário político brasileiro.

Preliminarmente, será apresentada uma breve incursão histórica acerca do contexto cultural da sociedade brasileira e a dominação masculina nos espaços de poder em nosso país, bem como sobre a evolução dos direitos políticos no Brasil, desde o período da Colônia, passando pelo período do império, até os dias atuais.

Nesse contexto, será analisada a efetividade da representatividade feminina à luz dos princípios contidos na Constituição de 1988, tratar-se-á a respeito da necessidade de implementação de ações afirmativas para a ampliação da participação das mulheres na política; bem como aspectos relevantes acerca da formação da sociedade brasileira e do contexto em que ocorreu a aplicação das cotas de gênero às reservas de candidaturas.

Por outro lado, será apresentado o contexto legislativo e jurisprudencial em que ocorreu a ampliação da aplicação das cotas de gênero na distribuição de recursos do Financiamento de Campanha e sua relevância para a efetividade da representatividade feminina no cenário político brasileiro, sobretudo nas Eleições 2020, tendo em vista que este foi o primeiro pleito em que as cotas de gênero foram aplicadas à distribuição de recursos de campanha.

O mundo da política reflete a realidade do dia a dia, no qual a presença de mulheres nos espaços de poder ainda se demonstra relativamente baixa, revelando indícios de violência simbólica e moral³. São muitos os empecilhos que as mulheres precisam enfrentar para se lançar na política, o que reflete a questão de gênero e suas relações com o poder, demonstrando que a desigualdade feminina tem seus efeitos de produção e reprodução de discriminação, adquirindo expressões concretas em todos os âmbitos, inclusive na política⁴.

2. CONTEXTO HISTÓRICO E CULTURAL DA SOCIEDADE BRASILEIRA DURANTE O PERÍODO DA COLÔNIA

Segundo Freyre⁵ a nossa verdadeira formação social se inicia a partir de 1532, caracterizada pelo domínio quase exclusivo da família colonial rural ou semi-rural, comparado somente ao domínio da Igreja com o clericalismo dos padres da Companhia de Jesus. Para Freyre⁶, a família é o grande fator colonizador no Brasil, desde o século XVI, constituindo-se por meio da riqueza agrícola e do trabalho escravo. Esse familismo se estende até o cenário político, limitando o próprio poder do Império.

Coincidentemente, ou não, a primeira eleição realizada no Brasil de que se tem notícia remonta ao ano de 1532, para a escolha do Conselho Administrativo da Câmara de São Vicente – São Paulo. Para tanto, elegia-se um colegiado de seis homens que teriam a incumbência de escolher os ocupantes dos cargos de conselheiros.

3 SCHWARCZ, Lília M. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, P. 194.

4 COELHO, M. de C. *O teto de cristal da democracia brasileira: abuso de poder nas eleições e violência política contra mulheres*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 159.

5 FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala*. São Paulo: Global, 2003. In. _____. Cap. 1: *Características gerais da colonização portuguesa do Brasil: formação de uma sociedade agrária, escravocrata e híbrida*. p. 65.

6 Idem. p. 66.

Nesse contexto, Freyre⁷ aduz que os portugueses implantaram no Brasil novas técnicas de caráter econômico e uma política social inteiramente novas, utilizando o desenvolvimento da riqueza vegetal, por meio da grande lavoura escravocrata e, por outro lado, a exploração dos nativos, principalmente da mulher, não só como instrumento de trabalho, mas como elemento de formação de família, dentro do contexto patriarcal, e aristocrata estabelecido à época.

Em seguida, Freyre aponta como elemento unificador da colonização a religião católica, tendo sido este o único requisito exigido por Portugal para autorizar a fixação de estrangeiros de procedências diversas no Brasil, chegando a mencionar que “o catolicismo foi realmente o cimento da nossa unidade⁸”.

Freyre fala ainda a respeito da mobilidade como um dos segredos da vitória portuguesa. Utilizaram-se das colonizações em territórios longínquos para ampliar os territórios e da miscigenação, engravidando mulheres nas áreas conquistadas. O que o autor chama de atividade genésica, violentamente instintiva e calculada, por razões econômicas e políticas da parte do Estado.

Em sua obra, Freyre⁹ considera insuperável a miscibilidade ou miscigenação promovida por Portugal, tendo sido utilizada como estratégia por parte do Estado português para firmação e dominação das terras conquistadas, bem como para colonização em larga escala e sobre áreas muito extensas, o que ocorreu desde em áreas vizinhas à Península como na África e na América. O autor compara o processo de apropriação das mulheres mouras ao das indígenas no Brasil.

Chegando a citar o velho e preconceituoso ditado “Branca para casar, mulata para f..., negra para trabalhar”¹⁰, Freire destaca a preferência sexual dos portugueses pela mulata, em contraste ao convencionalismo social da superioridade da mulher branca e da inferioridade da preta, o que não deixa de ser uma visão preconceituosa por parte da sociedade da época e do próprio autor. Essa hibridização realizada pelos portugueses no Brasil foi

7 Ibidem. p. 66

8 FREYRE, Gilberto. Casa-grande & senzala. São Paulo: Global, 2003. In. _____. Cap. 1: *Características gerais da colonização portuguesa do Brasil: formação de uma sociedade agrária, escravocrata e híbrida.* p. 92.

9 Idem. p. 70.

10 Ibidem. p. 72.

considerada obra verdadeira de colonização, vencendo inclusive a adversidade do clima.

Salienta Freyre¹¹ que, diante da nossa formação patriarcal, a mulher era muitas vezes vítima do domínio ou abuso masculino, reprimida sexual e socialmente, à sombra do pai ou do marido. E o resultado disso era a contaminação por doenças venéreas, sobretudo a sífilis, aliadas ao sadismo masculino e mandonismo dos que detinham poder.

Diante do contexto histórico e cultural patriarcal e abusivo do Brasil Colônia, narrado por Freyre¹², verifica-se a posição de repressão e violência a que as mulheres eram submetidas, em todos os aspectos da vida, não restando nenhuma possibilidade de inserção da mulher no contexto político àquela época, pois a mulher, assim como pessoas escravizadas, era meros objetos nas mãos dos homens detentores do poder.

Com uma visão bem menos romântica que a de Freyre, para Lilia Schwarcz a ordem patrimonial exercida no campo é parte de nossa herança do mundo agrário e escravocrata decorrente da dominação do sistema colonial. A hierarquia sempre esteve presente na história do Brasil: “Não é possível passar impunemente pelo fato de termos sido uma colônia de exploração e de nosso território ter sido majoritariamente dividido em grandes propriedades monocultoras, que concentravam no senhor da terra o poder de mando e de violência, bem como o monopólio econômico e político.”¹³

Segundo Schwarcz a misoginia se manifesta de muitas maneiras, que vão desde a exclusão social até a violência de gênero. “Ela aparece retratada igualmente na antiga formação patriarcal de nossa sociedade, a qual carrega, até a atualidade, a certeza do privilégio masculino, a banalização da violência contra a mulher e a tentativa de sua objetificação sexual”¹⁴. Verifica-se, portanto, que a violência de gênero tem raízes no autoritarismo político presente na formação da sociedade brasileira desde o período colonial.

11 FREYRE, Gilberto. Op. Cit. p. 114.

12 Idem. p. 65-114.

13 SCHWARCZ, Lília M. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 20

14 Idem. p. 193

3. CONTEXTO HISTÓRICO E CULTURAL DA SOCIEDADE NO BRASIL IMPÉRIO E REPÚBLICA

Em 1824, a Carta Constitucional implementou um novo sistema eleitoral, o voto era obrigatório para “cidadãos” com mais de 25 anos de idade, alfabetizados e com uma renda anual determinada. Contudo, nesse período, as mulheres eram excluídas do conceito de cidadania; embora não lhes fosse negado o direito ao voto expressamente, não eram consideradas cidadãs, e, portanto, não podiam votar.

Em 1881 foi promulgada a Lei Saraiva, que instituiu o título de eleitor e eleição direta para vários cargos, todavia, ampliou as exigências para a comprovação de renda e excluiu os analfabetos do rol de eleitores, ocasionando uma limitação ainda maior no número de eleitores aptos a votar. A fase da República Velha não promoveu alterações significativas no voto, estima-se que nesse período somente 1,5% da população brasileira tinha capacidade eleitoral.

De acordo com Leal¹⁵, nesse período, os fazendeiros e chefes locais custeavam as despesas do alistamento e da eleição. Sem dinheiro e sem interesse direto, o roceiro não faria o menor sacrifício nesse sentido. Documentos, transporte, alojamento, refeições, dias de trabalho perdidos e até roupa, calçado, chapéu para o dia da eleição, tudo era pago pelos mentores políticos empenhados na sua qualificação e comparecimento. Segundo o autor, é perfeitamente compreensível que o eleitor rural obedecesse à orientação de quem tudo lhe pagava, para praticar um ato que lhe era completamente indiferente.

Resumindo as várias fases da defraudação do voto na vigência da Constituição de 1891, assim se exprimiu Assis Brasil, em discurso proferido na segunda Constituinte republicana:

No regime que botamos abaixo com a Revolução, ninguém tinha a certeza de se fazer qualificar, como a de votar... Votando, ninguém tinha a certeza de que lhe fosse contado o voto... Uma vez contado o voto, ninguém tinha a segurança de que seu eleito havia de ser reconhecido através de uma apuração feita dentro desta Casa e por ordem, muitas vezes, superior¹⁶.

15 LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 7. Ed., 2012. p. 30.

16 LEAL, Victor Nunes. Op. Cit.. p.114.

De acordo com Leal “a revolução vitoriosa de 3 de outubro procurou cumprir a promessa com o código eleitoral, aprovado pelo decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, que instituiu o voto feminino, baixou a dezoito anos o limite de idade para ser eleitor e deu segurança efetiva ao sigilo do sufrágio. Sua principal inovação consistiu em confiar o alistamento, a apuração dos votos e o reconhecimento e proclamação dos eleitos à justiça eleitoral¹⁷”.

Durante a velha República, até a criação da Justiça Eleitoral em 1932, foram noticiadas inúmeras ocorrências de fraudes ao processo eleitoral em todas as suas fases, tendo em vista que o coronel detinha poder e recursos para controlar os eleitores e manipular os resultados das atas eleitorais, com o apoio do Congresso, a fim de favorecer determinado grupo político, em troca de benefícios¹⁸.

Nesse contexto, o Código Eleitoral de 1932 criou a Justiça Eleitoral no Brasil, instituiu o voto secreto e universal, autorizou expressamente o voto sem distinção de sexo, o que incluiu as mulheres no rol de eleitores. A Constituição de 1934 estabeleceu o alistamento e o voto obrigatórios para os homens e para as mulheres, quando estas exerciam função pública remunerada.

Contudo, apesar do pequeno avanço nos Direitos Políticos, durante a Era Vargas, o Parlamento foi fechado em duas ocasiões: 1930 e 1937, ficando as eleições diretas para cargos majoritários nacionais proibidas no período entre 1937 a 1945.

Segundo Carvalho¹⁹, inspirado na visão de Leal, o coronelismo pode ser definido como um sistema político, composto por uma rede de relações entre atores diversos, envolvendo relações de troca de natureza clientelista, tais como apoio político para obtenção de votos a nomeações e indicações para cargos diversos, entre outras práticas, todavia, não se confunde com o clientelismo que é um fenômeno mais amplo.

Segundo Leal²⁰ a definição de coronelismo distingue-se da noção de mandonismo, pois o mandonismo não é um sistema, é uma característica da política tradicional, existe desde o início da colonização, persistindo em regiões isoladas, sobretudo na zona

17 Idem. p.114.

18 CARVALHO, J. M.. *Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: Uma Discussão Conceitual*. DADOS, RIO DE JANEIRO, v. 40, n.2, p. 229-250, 1997.

19 CARVALHO, J. M.. p. 233.

20 LEAL (2012) apud. CARVALHO (1997). p. 230.

rural. O autor afirma que a história do mandonismo se confunde com a história da própria formação da cidadania. Para o autor, o coronelismo seria um momento particular do mandonismo que sempre existiu, assim como o clientelismo.

Por outro lado, patrimonialismo é a forma de administração trazida pela metrópole Portuguesa para o Brasil Colônia, em que não há uma distinção clara entre o público e o privado. Nesse tipo de gestão, o Estado administra às custas do patrimônio particular, fornecendo em troca poderes, funções e participação nas decisões políticas. Segundo Carvalho²¹, o coronelismo surgiu justamente com o recuo do patrimonialismo e o avanço da burocracia.

Tendo em vista que as relações de troca podem ocorrer entre o governo, ou políticos, e setores pobres da população, Carvalho salienta que as relações clientelísticas dispensam a presença do coronel, “Nesse sentido, é possível mesmo dizer que o clientelismo se ampliou com o fim do coronelismo e que ele aumenta com o decréscimo do mandonismo²².”

A partir dessas noções, pode-se inferir que essas formas de atuação do poder, eminentemente masculinas e patriarcais, apresentando cada uma de suas especificidades, além de representarem curvas diferentes de evolução, oscilando entre maiores e menores proporções de atuação ao longo da história do Brasil, influenciaram diretamente no processo de formação política da sociedade brasileira, justificando a necessidade da luta feminista em busca do reconhecimento dos direitos políticos femininos ao longo da história do nosso país.

Nesse contexto histórico de repressões, no ano de 1965, sob a égide do Regime militar, foi elaborado o Código Eleitoral, que ainda se encontra vigente, o qual instituiu o voto obrigatório para homens e mulheres, independentemente de renda, o que representou pequeno avanço à universalização do sufrágio.

Todavia, nesse mesmo período os direitos civis e políticos sofreram restrições instituídas por meio dos Atos Institucionais decretados durante o Regime Militar, a exemplo da extinção de partidos políticos (exceto a ARENA e o MDB), fechamento do Parlamento, prisões e torturas por motivações ideológico-partidárias, etc.

21 CARVALHO, J. M.. *Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: Uma Discussão Conceitual*. DADOS, RIO DE JANEIRO, v. 40, n.2, p. 239, 1997.

22 Idem. p. 232.

4. DIREITOS POLÍTICOS DAS MULHERES NO BRASIL APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Segundo Lilia Swarcz²³, existem “marcadores sociais da diferença” em que estão incluídas categorias como raça, gênero e sexo, e outros elementos que têm a capacidade de produzir diversas formas de hierarquia e subordinação. Para a autora, tais categorias classificatórias podem ser compreendidas como construções sociais, locais, históricas e culturais. Nesse sentido, Swarcz²⁴ aduz que:

Sexo e gênero eram antes tomados como sinônimos. Já faz tempo, porém, que entendemos tais conceitos como basicamente distintos; essa distinção, aliás, tem a capacidade de condicionar a vida de muitos brasileiros. O conceito de “sexo” é regularmente utilizado para definir categorias inatas, dadas a partir da perspectiva da biologia: o feminino e o masculino. Já “gênero” diz respeito aos papéis e às construções sociais que homens e mulheres optam por performar durante a vida. Em suma, sexo é uma categoria mais fixa, o resultado visível de diferenças anatômicas, enquanto o gênero “traduz o sexo”; é uma distinção socialmente construída e que ultrapassa a evidência biológica operada a partir de categorias binárias.

Segundo Lilia Swarcz, “a categoria ‘gênero’ tem sido revista ultimamente”, pois no entendimento de “Judith Butler o gênero não é um atributo social ou cultural, mas uma categoria criada por uma série de performances normativas que são reasseguradas por uma cultura de base heterossexual”²⁵. Por essa razão “identidades de gênero” são concebidas e atuam de forma pragmática na realidade, sendo associadas a várias experiências sociais.

Em relação à participação feminina na vida política, os direitos previstos expressamente no texto constitucional não são suficientes para assegurar efetiva ampliação à participação das mulheres na política em nosso país, conforme se pode verificar por meio da análise de dados estatísticos sobre participação feminina no resultado das Eleições brasileiras nos últimos anos²⁶.

23 SCWARCZ, Lilia M. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 181

24 Idem. p. 190.

25 Ibidem. p. 190.

26 BRASIL. Justiça Eleitoral. Brasília-DF. Disponível em: <https://www.justicaeleitoral.jus.br/participa-mulher/#estatisticas>. Acesso em 30 maio 2021.

A atual Constituição da República implementou, no âmbito dos direitos políticos, o sufrágio universal, direto e secreto, obrigatório para os eleitores/as, sem distinção de sexo, alfabetizados/as entre 18 e 70 anos, e facultativo para os eleitores/as entre 16 e 17 e maiores de 70 anos e analfabetos/as. Os direitos políticos compreendem a capacidade eleitoral ativa e passiva, ou seja, o direito de votar e de ser votado respectivamente.

O processo constituinte que se instaurou no Brasil em 1988 abriu novas perspectivas de transformações estruturais e novos paradigmas para a sociedade, sobretudo no que se refere à incorporação de direitos fundamentais básicos ao texto constitucional, representando significativo avanço ao universalismo²⁷.

Os direitos políticos compreendem a capacidade eleitoral ativa e passiva, a primeira se refere ao direito de votar e a segunda ao direito de ser votado. Em relação à participação feminina nos espaços de poder, os direitos políticos previstos inicialmente no texto constitucional não foram suficientes para assegurar a efetiva participação das mulheres na política em nosso país.

Dessa forma, com a finalidade de ampliar a participação feminina nos cargos eletivos, propõe-se a implementação das chamadas ações afirmativas, que são políticas públicas criadas pelo Estado com o objetivo de corrigir disparidades decorrentes de desigualdades acumuladas ao longo da história. Nesse sentido, Fortes²⁸ define as ações afirmativas como políticas públicas de teor corretivo, idealizadas para preencher a lacuna entre a igualdade formal e a igualdade material.

As ações afirmativas surgem na legislação infraconstitucional, à luz dos princípios da equidade e igualdade, como medidas reparadoras necessárias para recolocar os menos favorecidos na condição de cooperadores sociais, da qual foram excluídos ao longo da história²⁹. Nesse sentido, Rawls³⁰ entende que os princípios da justiça social devem ser aplicados às desigualdades supostamente inevitáveis na estrutura básica de qualquer sociedade.

27 PAIXÃO, Cristiano. A construção do futuro: os 30 anos da Constituição de 1988. Humanidades, Brasília/DF. n. 62. 2018. p. 103-109.

28 FORTES, R. O. *A teoria da justiça de John Rawls e as ações afirmativas: reparar as contingências em direção à igualdade*. Porto Alegre: PUCRS, 2019. Disponível em <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8457>. Acesso em 30 maio 2021. p. 17.

29 FORTES, R. O. *A teoria da justiça de John Rawls e as ações afirmativas: reparar as contingências em direção à igualdade*. Porto Alegre: PUCRS, 2019. Disponível em <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8457>. Acesso em 30 maio 2021. p. 17.

30 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes – Selo Martins, 2008. p. 8.

Dessa forma, ante a inexistência de previsão expressa no texto constitucional pátrio, coube à legislação infraconstitucional implementar a política de cotas de gênero para reserva de candidaturas com a finalidade de ampliar a participação feminina no cenário político nacional, seguindo uma tendência internacional. Todavia, o modelo inicial demonstrou-se insuficiente, sendo necessária a ampliação das cotas para a distribuição dos recursos de financiamento de campanha e de tempo de propaganda política em rádio e TV, o que foi realizado por meio de processo legislativo e construção jurisprudencial.

Seguindo tendência internacional, fruto da 4ª Conferência Mundial da Mulher ocorrida em Beijing, na China, em 1995, a legislação brasileira, por meio da Lei 9.100/96, instituiu as cotas de gênero para reserva de vagas para candidaturas, determinando que os partidos ou coligações preenchessem 20% das vagas destinadas aos cargos das Câmaras municipais por candidaturas de mulheres.

Em 1997, o Congresso Nacional, por meio da Lei 9.504, no art. 10, §3º, ainda em vigor, ampliou o percentual da cota de gênero para o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) de candidaturas para cada sexo (gênero), nas eleições para o Poder Legislativo, em âmbito federal, estadual e municipal.

Apesar do avanço considerável na legislação, por meio da instituição das cotas de gênero para reserva de candidaturas, e de campanhas incentivando a participação das mulheres na política, não houve aumento significativo no número de mulheres eleitas para o Congresso Nacional em 2014, em relação ao ano de 2010.

Na Câmara dos Deputados, foram eleitas, em 2010, apenas 45 mulheres, que ocuparam 8,8% das 513 cadeiras. Nas eleições 2014, foram eleitas 51 parlamentares, o que representa 9,9% do quantitativo total de Deputados Federais³¹. Nas eleições de 2018, apenas 77 mulheres foram eleitas entre 513 deputados federais, totalizando 15% das cadeiras.

Nas Casas Legislativas estaduais o número de deputadas estaduais e distritais eleitas em 2014 diminuiu 14,89% comparando-se com o resultado das Eleições 2010. Em 2014, foram eleitas

31 BRASIL. Senado. Brasília-DF. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/10/16/eleicoes-2014-representacao-feminina-diminui-nas-assembleias-legislativas>. Acesso em 30 maio 2021.

apenas 120 mulheres, e em 2010, foram eleitas 141 Deputadas Estaduais. O número de eleitas em 2014 representava apenas 11,33% do universo total de deputados estaduais e distritais, em 2010 esse percentual era de 13,31%³². Dessa forma, infere-se que a representação popular continuava predominantemente masculina.

Diante da baixa representatividade feminina, em 2015, a Lei 13.165 estabeleceu percentuais mínimo e máximo de distribuição de recursos do Fundo Partidário para aplicação em campanhas eleitorais. Em 2017, foi sancionada a Lei 13.487, que instituiu o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), mas não apresentou qualquer disposição quanto ao percentual a ser distribuído por gênero.

A Procuradoria-Geral da República (PGR) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.617/2018 no Supremo Tribunal Federal (STF), cujo julgamento em Plenário ocorreu no dia 15 de março de 2018, tendo sido julgada procedente a ação, no sentido de equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (Art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997) à destinação mínima de 30%, para cada gênero, de recursos do Fundo Partidário, como também de 30% do montante do Fundo alocado a cada partido, para as eleições majoritárias e proporcionais. Esse entendimento foi normatizado pelo TSE, por meio da Resolução nº 23.607/2019 (art. 19, parágrafo 3º).

Em 22 de maio de 2018, por unanimidade, o Tribunal Superior Eleitoral confirmou em sede de Consulta nº 60025218.2018, apresentada por catorze parlamentares femininas, que os partidos políticos deveriam, a partir das Eleições 2018, reservar pelo menos 30% dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, para financiar as campanhas de candidatas no período eleitoral, bem como ao tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão.

Por sua vez, em 28 de junho de 2018, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu (Instrução N° 0604344-73.2017.6.00.0000) que os recursos destinados às candidaturas femininas só podem ser utilizados no interesse de suas próprias campanhas, a fim de impedir o desvirtuamento das cotas de gênero, no sentido da ilicitude do

32 BRASIL. Senado. Brasília-DF. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/10/16/eleicoes-2014-representacao-feminina-diminui-nas-assembleias-legislativas>. Acesso em 30 maio 2021.

emprego dos recursos destinados às candidaturas femininas, no todo ou em parte, para financiar candidaturas masculinas.

Diante da lacuna legislativa, restou ao TSE e ao STF a incumbência de estabelecerem diretrizes para a distribuição justa e igualitária dos recursos direcionados ao financiamento das campanhas eleitorais e do tempo de horário eleitoral no rádio e na TV. Todavia, ainda restava uma omissão em relação aos tipos de candidaturas em que as cotas deveriam ser aplicadas.

Em 28 de maio de 2021, o TSE publicou a Portaria nº 348/2021, que tornou público os Enunciados aprovados na I Jornada de Direito Eleitoral promovida pela Escola Judiciária Eleitoral. Nesse sentido, o Enunciado nº 18 trata sobre critérios para distribuição do financiamento de campanha, vejamos:

Enunciado 18. A distribuição de recursos do Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário, do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e do tempo de rádio e TV obedecerá ao regramento legal vigente, observando o percentual de candidaturas efetivamente apresentadas por gênero, sendo obrigatória a aplicação mínima de 30% dos recursos para o financiamento de candidaturas femininas. Na distribuição dos recursos deverá, adicionalmente, ser respeitado o percentual de candidaturas negras em relação ao total de candidaturas apresentadas em cada gênero. As regras aplicam-se, em conjunto, às candidaturas majoritárias e proporcionais³³.

Com a aprovação do Enunciado acima mencionado, restou sedimentado o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido da aplicação obrigatória das cotas de gênero e de raça para a distribuição de recursos destinados ao financiamento de campanha para cargos majoritários e proporcionais, a fim de proporcionar maior transparência e equidade na distribuição dos recursos de campanha.

Segundo Margarete Coelho “Dentre as ações afirmativas, o financiamento de candidaturas femininas constitui fator decisivo para o aumento da representação de mulheres na política³⁴”, tendo

33 Proposta de enunciado de autoria de Janiere Portela Leite Paes, aprovada na I Jornada de Direito Eleitoral promovida pela Escola Judiciária do Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: https://eadeje.tse.jus.br/pluginfile.php/172462/mod_resource/content/1/Propostas%20Aprovadas%20%28Corrigido%2020.05-1%29.pdf. Acesso em 30 maio 2021.

34 COELHO, M. de C. *O teto de cristal da democracia brasileira: abuso de poder nas eleições e violência política contra mulheres*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 159.

em vista que o investimento financeiro proporciona a possibilidade de realização de tarefas essenciais para o sucesso de uma campanha, tais como contratação de pessoal de apoio, ampliação dos meios de comunicação para apresentação de propostas, bem como dos meios de publicidade e propaganda eleitoral.

Segundo Lilia Swarcz³⁵ o mundo da política reflete a realidade do dia a dia, no qual a presença de mulheres nos espaços de poder ainda se demonstra relativamente baixa, revelando indícios de violência simbólica e moral. Por outro lado, segundo a autora, quanto mais as mulheres conseguem impor independência e autonomia, tanto maior tem sido a reação masculina e as demonstrações de misoginia, ao passo que o domínio dos homens na política é indiscutível.

Lilia Swarcz³⁶ afirma que a violência de gênero representa de um lado uma relação de dominação e poder do homem e de outro lado o esforço de submissão da mulher, revelando os distintos papéis impostos para os espaços femininos e masculinos, e que foram se consolidando ao longo da nossa história, reforçados pelo patriarcado, induzindo ao estabelecimento de modelos predominantemente violentos de relacionamento entre os sexos.

O estudo comparado com a experiência desenvolvida em outros países, sobretudo na América Latina, tem demonstrado que uma das formas de conseguir avanços significativos se deu por meio da adoção da paridade de gênero como princípio constitucional, a exemplo do México, que adotou esta sistemática a partir da reforma eleitoral de 2014.

No caso do México, as cotas de gênero foram introduzidas na legislação eleitoral de 1993, um pouco antes que no Brasil, porém, com caráter de recomendação, o que não surtiu efetividade como já era de se esperar. Em 1996 foi introduzida disposição mais firme, fixando cotas de 70% e 30% para cada gênero, semelhante às regras do nosso país. Em 2008, houve um incremento nas cotas para o mínimo de 40% das candidaturas por gênero.

Em 2011 o Tribunal Eleitoral do Poder Judiciário da Federação (TEPJF) do México decidiu pela obrigatoriedade da cota de 40% para o preenchimento de candidaturas principais e suplentes do mesmo gênero nos registros de candidaturas para cargos do

35 SCWARCZ, Lilia M. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 194.

36 Idem. p. 202.

Poder Legislativo (SUP–JDC-12624/2011). Como consequência, houve incremento da presença feminina em ambas as câmaras do Congresso mexicano³⁷.

A reforma eleitoral de 2014 no México introduziu a paridade de gênero das candidaturas, em nível constitucional, ensejando alteração na legislação infraconstitucional a fim de dar efetividade ao referido preceito. Esta alteração constitucional/legislativa alavancou os índices de participação das mulheres na política, comparando-se os resultados entre as Eleições 2012 e 2015, houve um incremento no número de mulheres no Poder Legislativo mexicano, de 24,6% a 41,5%, ou seja, um aumento em média de 16,8% na representatividade feminina³⁸.

O caso mexicano demonstra que a transição do sistema de cotas para paridade de gênero representa significativo avanço na representatividade feminina na política. Porém, a desigualdade de gênero não é uma questão apenas numérica, existem questões sociais enraizadas na cultura da sociedade que persistem nos sistemas políticos e partidários predominantemente patriarcais que dificultam a quebra do ciclo de violência de gênero na política, e essas questões precisam ser enfrentadas todos os dias, para além da discussão sobre a efetividade das ações afirmativas.

5. ANÁLISE DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO ELEITORAL EM RELAÇÃO AOS DIREITOS POLÍTICOS DAS MULHERES

Atualmente encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar nº 112/2021, de autoria da Deputada Soraya Santos (PL/RJ) e outros parlamentares, sob relatoria da Deputada Federal Margarete Coelho, que visa consolidar diversas leis e resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) numa codificação única. O projeto é resultado de um grupo de trabalho (GT) de reforma da legislação eleitoral.

O referido Projeto de Lei Complementar apresenta dispositivo que estabelece que o estatuto partidário deve conter, entre

37 GILAS, Karolina M.; PACHECO, Alma Verónica Méndez. *Entre cuotas y violencia de género: avances y retrocesos en la participación política de las mujeres en México*. HALLAZGOS. Año 15, n.º 29. Bogotá D. C., Colombia, Universidad Santo Tomás. p. 185-205.

38 GILAS, Karolina M.; PACHECO, Alma Verónica Méndez. *Entre cuotas y violencia de género: avances y retrocesos en la participación política de las mujeres en México*. HALLAZGOS. Año 15, n.º 29. Bogotá D. C., Colombia, Universidad Santo Tomás. p. 185-205.

outras, normas sobre: “(...) X - *prevenção, repressão e combate à violência política contra a mulher.*” Tal previsão é especialmente importante, na medida em que está inserido no âmbito de atuação das instituições políticas de âmbito privado com o propósito de reverberar nos espaços públicos³⁹.

Em relação à disposição criminal, é tipificada a conduta ilícita da seguinte forma: “Art. 885. *Praticar violência política contra uma ou mais mulheres. Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa*”. No § 1º do art. 885, são elencadas as finalidades que, por ação ou omissão, constituem violência política contra a mulher.⁴⁰

O Projeto estabelece, no art. 885, a pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa para aqueles que praticarem a violência política para causar dano ou sofrimento a uma ou mais mulheres. Para além da punição, será agravada a pena em 1/3 (um terço) se o crime for cometido contra gestante; mulheres maiores de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; bem como se for realizado na presença de público ou por meio que facilite a divulgação da ofensa, como pela internet, rede social ou por transmissão ao vivo⁴¹.

Insta salientar que recentemente foram sancionadas duas leis que criminalizam a conduta de violência política, de acordo com a Lei nº 14.192/2021, com pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Já a Lei nº 14.197/2021 tipifica a violência política em razão de sexo, raça, cor, etnia, religião, com pena de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Verifica-se, que a pena prevista pela Lei nº 14.197/2021 é maior que as penas previstas na Lei nº 14.192/2021 e no PLP 112/2021, o que pode ensejar na prática a possibilidade de aplicação de sanções diferentes pelo mesmo fato, no que se refere à violência política em razão do sexo. Nesse ponto, cabe, ainda, uma crítica relativa à terminologia utilizada pelo legislador ao optar pelo vocábulo “sexo” ao invés de “gênero”, haja vista que o termo

39 OBSERVATÓRIO DE VIOLÊNCIA POLÍTICA CONTRA A MULHER. Nota técnica sobre o PLP 112/2021, que institui o Código Eleitoral: Considerações sobre o crime de violência política contra mulheres. 2021. Disponível em: <<https://transparenciaeleitoral.com.br/observatorio-de-violencia-politica-contra-a-mulher/>> Acesso em 13 setembro 2021. p. 2.

40 OBSERVATÓRIO DE VIOLÊNCIA POLÍTICA CONTRA A MULHER. Op. Cit. p. 2

41 Idem. p. 5.

“gênero” é mais abrangente do que o termo “sexo”, sendo, portanto, mais adequado. Nesse sentido:

A violência política contra a mulher atinge a todas, independentemente de raça, etnia, cor da pele, identidade de gênero e orientação sexual. Por isso, a não utilização do termo ‘gênero’ abre margem para uma interpretação excludente de grupos de mulheres, como as transexuais, transgêneras e travestis, sob o risco da norma se tornar um instrumento de promoção da discriminação ao invés de combatê-la.⁴²

Em relação às ações afirmativas, o PLP 112/2021 mantém as cotas de gênero de 70 e 30 pontos percentuais para cada sexo, relativamente à reserva de candidaturas e à distribuição dos recursos provenientes do Fundo Especial de Financiamento de Campanha – FEFC, seguindo entendimento consolidado da jurisprudência do STF e TSE. Nesse sentido, a nova codificação perde a oportunidade de avançar em busca da paridade de gênero na representatividade das cadeiras do Parlamento, a teor do disposto no PL no que se refere à composição das listas de indicações para indicação de membros do TSE e dos TREs. Nesse ponto, o novo código apresenta significativo avanço.

Dessa forma, entende-se que a Proposta do Novo Código Eleitoral apresenta avanços em relação à temática da igualdade de gênero, todavia perdeu a oportunidade de avançar no sentido da paridade de gênero para reserva de cadeiras no Parlamento, a exemplo do que ocorre em outros países da América Latina.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão sobre a participação feminina nos espaços de poder tem ganhado relevante destaque nos últimos tempos, em busca de uma sociedade mais justa e igualitária. Contudo, a representatividade feminina na política, deveria refletir, ao menos parcialmente, as principais características do eleitorado, em sua maioria, composto por mulheres. Todavia, essa proporcionalidade não se reflete nos resultados das eleições em todo o país, conforme demonstrado nos dados estatísticos mencionados.

42 *Ibidem.* p. 3.

São muitos os empecilhos que as mulheres precisam enfrentar para se lançar na política. Essa situação reflete uma questão de gênero e suas relações com o poder e demonstra que a desigualdade feminina tem seus efeitos de produção e reprodução de discriminação, adquirindo expressões concretas em todos os âmbitos, inclusive na política⁴³.

É imprescindível, portanto, que os atores institucionais, à luz dos princípios constitucionais, promovam novas construções de sentidos por meio de relações não hierarquizadas, com a presença mais igualitária das mulheres nos espaços de representação política, até que se chegue ao ponto em que as ações afirmativas se tornem desnecessárias, em razão da equidade entre os gêneros nos espaços de poder.

Portanto, verifica-se que ainda há um longo caminho a percorrer e as ações afirmativas, a exemplo das cotas de gênero no registro de candidaturas femininas, aplicadas aos recursos do financiamento de campanha, implementadas em 2020, representam significativo avanço, porém ainda não suficientes por si só para equilibrar a balança da representatividade feminina na política.

Ante o exposto, infere-se que só haverá avanço efetivo na participação feminina e equidade de gênero na política no Brasil a partir da aprovação pelo Congresso Nacional de alteração da legislação com a finalidade de determinar a implementação da paridade de cadeiras por gênero, o que ainda não está contemplado, até o presente momento, no Projeto de Lei Complementar nº 112/2021, que trata da nova codificação eleitoral.

Nesse sentido, registre-se o exemplo do caso mexicano mencionado, que realizou a transição do sistema de cotas para paridade no ano de 2014, obtendo resultados efetivos. Esse é um bom exemplo a ser seguido pelo nosso país no sentido de ampliar a participação feminina em busca da igualdade de gênero na política, em consonância com a expansão de políticas públicas de incentivo à participação feminina nos espaços de poder, inclusive em nível intrapartidário.

43 COELHO, M. de C. *O teto de cristal da democracia brasileira: abuso de poder nas eleições e violência política contra mulheres*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 159.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Justiça Eleitoral. Brasília-DF. Disponível em: <<https://www.justicaeleitoral.jus.br/participa-mulher/#estatisticas>>. Acesso em 30 maio 2021.

BRASIL. Senado. Brasília-DF. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/10/16/eleicoes-2014-representacao-feminina-diminui-nas-assembleias-legislativas>. Acesso em 30 maio 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *I Jornada de Direito Eleitoral promovida pela Escola Judiciária do Tribunal Superior Eleitoral*. Enunciados Aprovados. Disponível em: https://eadeje.tse.jus.br/pluginfile.php/172462/mod_resource/content/1/Propostas%20Aprovadas%20%28Corrigido%2020.05-1%29.pdf. Acesso em 30 maio 2021.

CARVALHO, J. M.. *Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: Uma Discussão Conceitual*. DADOS, RIO DE JANEIRO, v. 40, n.2, p. 229-250, 1997.

COELHO, M. de C. *O teto de cristal da democracia brasileira: abuso de poder nas eleições e violência política contra mulheres*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 159.

FORTES, R. O. *A teoria da justiça de John Rawls e as ações afirmativas: reparar as contingências em direção à igualdade*. Porto Alegre: PUCRS, 2019. Disponível em <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8457>. Acesso em 30 de maio 2021.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. São Paulo: Global, 2003. In. _____. Cap. 1: *Características gerais da colonização portuguesa do Brasil: formação de uma sociedade agrária, escravocrata e híbrida*, p. 19-155.

GILAS, Karolina M.; PACHECO, Alma Verónica Méndez. *Entre cuotas y violencia de género: avances y retrocesos en la participación política de las mujeres en México*. HALLAZGOS. Año 15, n.º 29. Bogotá D. C., Colombia, Universidad Santo Tomás. p. 185-205.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 7. ed., 2012. p. 176.

OBSERVATÓRIO DE VIOLÊNCIA POLÍTICA CONTRA A MULHER. *Nota técnica sobre o PLP 112/2021, que institui o Código Eleitoral: Considerações sobre o crime de violência política contra mulheres*. 2021. Disponível em: <<https://transparenciaeleitoral.com.br/observatorio-de-violencia-politica-contr-a-mulher/>> Acesso em 13 setembro 2021.

PAIXÃO, Cristiano. *A construção do futuro: os 30 anos da Constituição de 1988*. Humanidades, Brasília/DF, n. 62. 2018. p. 103-109.

SCWARCZ, Lilia M. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 255.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes – Selo Martins, 2008. p. 708.

NOTÍCIAS SOBRE SEGURANÇA DA URNA ELETRÔNICA E VOTO IMPRESSO: ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO

ELECTRONIC VOTE SECURITY AND PRINTED VOTE NEWS: CRITICAL DISCOURSE ANALYSIS

*Marcia Pereira Lopes Oliveira**

*Mirtes Mota Teixeira Oliveira***

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo a análise crítica de notícias sobre a urna eletrônica, utilizada pela Justiça Eleitoral brasileira para captação e apuração dos votos durante as eleições no país. Para a análise, utilizaremos o corpus propriamente dito e como referência o que, de acordo com a teoria, caracterizaria uma notícia jornalística, conforme as regras formais estabelecidas para comunicação social. Com isso, visamos explicitar os aspectos transgressivos e a presença de um ethos forjado ou de uma pathos inventada nesses discursos, a fim de transmitir a informação conveniente aos responsáveis por ordenar a publicação da notícia na mídia. Como forma de delimitar o objeto de estudo, foram utilizados como corpus (a) notícias publicadas nas mídias sobre a segurança da urna eletrônica; e, (b) notícias publicadas nas mídias sobre voto impresso. Nesse trabalho, pretendemos ressaltar como uma notícia pode induzir o leitor a conclusões errôneas sobre a urna eletrônica, seja ela produzida por um meio de comunicação genuíno ou criada clandestinamente, como no caso de uma fake news.

Palavras-chave: Análise de discurso, Fake News, Urna Eletrônica, Segurança da informação, Voto impresso.

* Discente do curso Mestrado em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito de Estado. Servidora do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. Endereço eletrônico: marcialopes1808@gmail.com

** Discente do curso Mestrado em Segurança Pública Justiça e Cidadania pela Universidade Federal da Bahia. Servidora do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia.. Endereço eletrônico: mirtes-mota@gmail.com

ABSTRACT

This study aims to critically analyse news about the electronic voting machines used by the Brazilian Electoral Court to capture and count votes during elections in the country. For the analysis, we will use the corpus itself and as a reference what, according to theory, would characterize a journalistic news, according to the formal rules established for social communication. With this, we aim to clarify the transgressive aspects and the presence of a forged ethos or a invented pathos in these discourses, in order to transmit convenient information to those responsible for ordering the publication of the news in the media. As a way of delimiting the object of study, the corpus used was (a) news published in the media about the safety of electronic voting machines; and (b) news published in the media about printed voting. In this work, we intend to emphasize how news can lead the reader to wrong conclusions about the electronic voting machine, whether produced by a genuine means of communication or created clandestinely, as in the case of fake news.

Keywords: Speech Analysis, Fake News, Electronic Voting Machines, Information Security, Printed Vote.

1. INTRODUÇÃO

É perceptível uma grande transformação na sociedade contemporânea em razão das mudanças de ordem tecnológica. As formas de organização, interação e sociabilidade são bastante alteradas pelo que se denomina “era digital”.

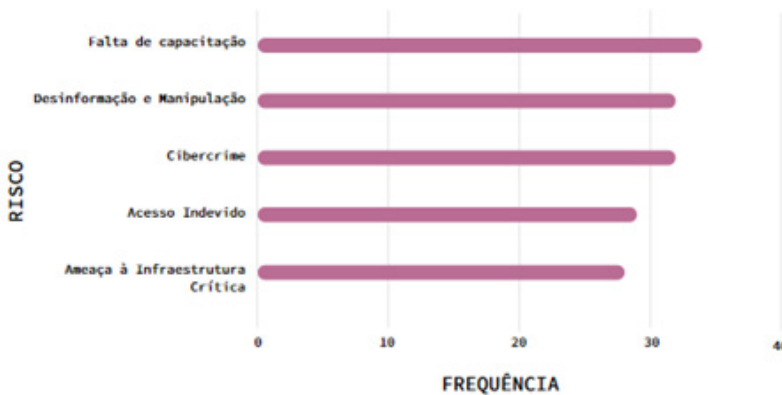
A internet e as novas tecnologias trouxeram uma participação social mais democrática e abrangente. Possibilitou uma ampla mobilização em defesa de causas, na participação em protestos, na exigência de cumprimento de direitos. O ativismo político ingressou nas redes sociais e passou a ser denominado de ciberativismo, uma nova forma de ativismo que utiliza da internet e dos novos meios tecnológicos.

Todavia, o sonho de um mundo conectado e mais democrático vem acompanhado por grandes riscos: a desinformação ou as “fake news”, como é mais popularmente conhecida. A desin-

formação não é um problema criado pelas redes sociais, porém, a partir delas são disseminadas exponencialmente e representa um risco para a democracia, na medida em que se vale de parcela da verdade, ou de uma completa mentira para deturpar fatos, levando as pessoas ao engano.

No estudo e diagnóstico do Instituto Igarapé³, foi identificada a desinformação e manipulação como um dos cinco maiores riscos digitais para o Brasil, como se extrai do seguinte gráfico:

Gráfico 1: Cinco Maiores Riscos Digitais no Brasil



FONTE: INSTITUTO IGARAPÉ⁴

Se é certo que a desinformação é um risco, certo também é o impacto que ela tem para a democracia, por deturpar o processo eleitoral e manipular a opinião pública. A divulgação de notícias falsas não é um fato novo, ela sempre foi utilizada, principalmente para fins políticos e econômicos. Todavia, com o avanço das tecnologias e mídias sociais, a situação do boato viralizado e da desinformação emergiu de forma desenfreada.

O prejuízo para o pleito eleitoral é imenso, na medida em que a proliferação de tais notícias pode afetar a imagem de candidato ou mesmo do próprio processo eleitoral, levando o eleitor ao erro e a desconfiar da segurança das urnas.

³ INSTITUTO IGARAPÉ (Rio de Janeiro). Mapeamento de Riscos Digitais: uma ação multisetorial para segurança digital no Brasil. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2021/04/Agenda-Seguranca-Digital.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021.

⁴ Ibidem, p. 7

Vale consignar que o presente trabalho não tem a intenção de fazer análise ampla e detalhada das notícias relacionadas à urna eletrônica, mas tão somente exemplificar, através de uma pequena amostragem, como as notícias podem ser manipuladas, produzindo uma notícia conveniente ao emissor e/ou gerando uma ideia enganosa para o receptor, bem como entender o contexto em que estas notícias foram criadas e o caminho a que estão direcionadas.

Neste cenário, o objetivo primordial deste ensaio é compreender a aplicação da teoria da análise do discurso e análise crítica do discurso sobre notícias veiculadas na mídia que geram insegurança no uso das urnas eleitorais, entender como a estrutura da linguagem se organiza, bem como analisá-las criticamente.

Sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, em virtude de sua vastidão e complexidade, a análise aqui proposta tem como escopo traçar linhas gerais sobre a Análise do Discurso, passando por notícias selecionadas e perscrutando a intenção que há por detrás destas notícias.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE ANÁLISE DE DISCURSO

A Análise do Discurso vai além do conteúdo textual. Estuda a relação da linguagem, partindo da lingüística e semiologia até chegar na compreensão do discurso no campo histórico e socio-cultural. Na visão de Pinto⁵, tem-se que:

A análise de discursos é uma prática analítica de produtos culturais empíricos – denominados textos – que, valendo-se das teorias desenvolvidas pela lingüística e pela semiologia sobre o uso da linguagem e outras semióticas nos processos de comunicação, procura mostrar, à luz das modernas teorias sociais, como e porque tais produtos produzem certos efeitos de sentido, obedecendo a determinadas regras, convenções ou normas socioculturais (muitas vezes tácitas ou não explicitadas) ou tentando modificá-las criativamente.

A Análise do Discurso surgiu na França no final da década de 1960, tendo como objeto o discurso político. A partir da década de 1980 passou a se interessar a analisar outros objetos de forma

5 PINTO, Milton José. Retórica e Análise de Discursos. Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação – COMPÓS, 2007, p. 2. Disponível em: http://www.compos.org.br/data/biblioteca_1387.pdf Acesso em: 10 de julho de 2021

mais efetiva. Diversos aportes teóricos foram sendo incrementados aos poucos, à medida que os estudos nesta área se progrediam.

Bakhtin, influenciado pelo marxismo, tinha como ponto de referência a retórica antiga. Pinto⁶ destaca que Bakhtin desenvolveu a ideia de comunicação como uma arena em que se conquistam posições de poder pelo exercício da linguagem. O uso estratégico da linguagem faz parte do cerne da retórica.

A retórica é uma técnica de produção discursiva antiga, utilizada na Grécia pelos sofistas para persuadir, valorizando mais a emoção do que a razão propriamente dita. O discurso costumava a ser dividido em cinco fases: a invenção ou o lugar da argumentação (topoi); a disposição das provas, o uso de palavras eloquentes, as figuras retóricas ou metáforas; a memorização do discurso e a representação teatral:

Os tratados de retórica dividiam tradicionalmente a produção de um discurso em cinco fases: a invenção ou criação dos lugares de argumentação ou topoi; a disposição ou agenciamento estruturado das provas ao longo do texto; a elocução ou escolha das palavras e expressões – uso das chamadas figuras de retórica, que inclui as figuras de substituição ou tropoi, como a metáfora – apropriadas à finalidade do discurso; a memória ou técnicas de memorização do discurso, preparatória à sua realização oral em público; e a ação ou técnicas para realização física do discurso (uso da voz e da expressão corporal), como numa representação teatral⁷.

A primeira etapa da preparação do discurso era a seleção de argumentos já utilizados anteriormente e que haviam funcionado bem. Pinto⁸ ressalta que costumavam ser reunidos em listas e classificados quanto ao tipo de público a que deveriam ser aplicados. A ideia de polifonia, presente nas análises atuais pela influência de Bakhtin, encontra aí seu fundamento:

Os lugares de argumentação ou topoi eram organizados em três provas (ou deveres do orador segundo Cícero): a prova ética, relativa a imagem que o orador mostra de si mesmo em seu discurso (o orador deve agradar, segundo Cícero); a prova patética, relativa às paixões a serem despertadas na audiência (o orador deve comover, para Cícero); e a prova

6 Ibidem.

7 PINTO, Milton José. Retórica e Análise de Discursos. Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação – COMPÓS, 2007, p. 5. Disponível em: http://www.compos.org.br/data/biblioteca_1387.pdf Acesso em: 10 de julho de 2021

8 Ibidem.p.5

lógica, relativa aos raciocínios em que os argumentos eram empregados (o orador deve instruir, segundo Cícero)⁹.

A denominada prova ética nada mais é do que a criação de um ethos através do discurso, vale dizer, associar ao orador uma imagem moral que influencie o público e determine a eficácia ou ineficácia do discurso. Deste modo, a credibilidade do orador perante o público é um fator decisivo para a persuasão.

O conceito de ethos modificou-se pela tradição cristã, sendo interpretado como valor moral do orador e a honestidade determinante para o sucesso do discurso. Todavia, Pinto¹⁰ destaca que esta interpretação é totalmente estranha ao pensamento aristotélico:

[...] persuade-se pelo caráter quando o discurso em si mesmo torna o orador digno de fé. O ethos deve ser compreendido como uma condição técnica e intrínseca do processo de persuasão, e não como qualidades morais extrínsecas do orador. A arte de argumentar é amoral e só o seu uso pode ser regido, externamente, pela moral vigente.

Neste sentido, a retórica deve ser considerada ideologicamente neutra. Verdade ou verossimilhança ficam a juízo do público. A prova ética traz o discurso como um espetáculo, não como verdade. No proferimento do discurso, cria-se a imagem do orador destinada ao público. Trazendo para a teoria da Análise do Discurso, o ethos nada mais é que o enunciador ou sujeito da enunciação:

A prova ética se constitui assim por tudo que no proferimento do discurso contribui a criar uma imagem do orador destinada ao público: tom de voz, velocidade de emissão da fala, escolha de modos de dizer (palavras, tipos de frases, argumentos, etc.) e de modos de mostrar-se (gestos, mímica, direção do olhar, postura, roupas, ornamentos, etc.), tudo aquilo que o orador mobiliza para fazer uma imagem psicossociológica de si mesmo. Nossos marqueteiros políticos nada inventaram¹¹.

A prova patética, por sua vez, consiste em provocar no público um pathos ou uma paixão. A mobilização das emoções tende a tornar o julgamento do público mais suscetível ao discurso. Pinto¹² assevera ainda que, na definição aristotélica a palavra “paixão”, afasta-se do seu sentido etimológico, associado a sofrimento mo-

9 Ibidem.p.5

10 Ibidem.p.5

11 Ibidem, p. 7.

12 Ibidem, p. 7.

ral. As paixões devem ser entendidas como emoções, integrando grupos de contrários, como cólera e calma; amizade e ódio; medo e segurança; vergonha e impudência, entre outros. O pathos, na análise de discursos contemporânea, dirige-se ao destinatário ou ao sujeito falado.

Em geral, os argumentos éticos (imagem do orador) e patéticos (apelação aos sentimentos) destinam-se a capturar a aprovação do público pelo lado emocional, “criando imagens simpáticas e empáticas do orador e de seu público, respectivamente, no interior dos textos, são hoje chamados pelos analistas de efeitos de sentido”¹³.

Por fim, a prova lógica é definida com uma argumentação racional, por meio de raciocínio indutivo, utilizando-se de exemplos retóricos, como citar alguém conhecido associando a atributos ou comportamentos. O raciocínio dedutivo deriva do silogismo, traz uma premissa maior genérica, deixando para o público a tarefa de completar o raciocínio.

2.1 A ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO

A Análise Crítica do Discurso (ACD) tende a compreender o discurso como uma pequena parte do conhecimento, buscando entender o discurso por uma análise multidisciplinar. “Em vez de meramente descrever estruturas do discurso, tenta explicar as mesmas em termos das características da interação social e especialmente da estrutura social”.¹⁴

Van Dijk ressalta não existir um quadro teórico unitário na ACD, mas na maioria das vezes busca-se compreender como determinadas estruturas do discurso são utilizadas na reprodução da dominação social. O poder tende a assumir uma importância fundamental, especialmente o poder social de grupos. Em suas palavras:

[...] os grupos têm (mais ou menos) poder se forem capazes de controlar (mais ou menos) os actos e as mentes dos (membros) de outros grupos. Esta capacidade pressupõe uma base de poder formada pelo acesso privilegiado a re-

13 Ibidem, p. 8.

14 VAN DIJK, Teun A (org.). Discurso, Notícia e Ideologia: estudos na análise crítica do discurso. Minho: Edições Humus, 2017, p. 20. Disponível em: <http://www.cecs.uminho.pt/publicacao/discurso-noticia-e-ideologia-estudos-na-analise-critica-do-discurso/> Acesso em: 30 jun. 2021.

cursos escassos, tais como força, dinheiro, estatuto, fama, conhecimento, informação, “cultura” ou mesmo várias formas de discurso público e de comunicação.¹⁵

Observa-se, portanto, uma íntima relação entre discurso e poder. Existem diversas formas de poder, incluindo o discurso público e a comunicação. Os grupos podem controlar mais ou menos outros grupos ou possuir o controle em situações específicas. O poder do grupo dominante tende a se apresentar pelas leis, regras e hábitos. Assim, a busca pela hegemonia do discurso utiliza da persuasão e da manipulação para controlar as ações das pessoas.

Nesta temática, Van Dijk¹⁶ desenvolve perguntas para direcionar o entendimento da matéria: “1. Como é que os grupos (mais) poderosos controlam o discurso público? 2. Como é que esse discurso controla a mente e acção de grupos (menos) poderosos, e quais são as consequências sociais deste controlo [...]”

Em relação ao controle sobre o discurso público, o autor ressalta que, em muitas situações, as pessoas comuns são alvos do texto ou da fala e aqueles que possuem um maior controle sobre o discurso também serão os mais poderosos. Neste sentido, a ACD busca explicar as formas de conquista do poder pelo discurso.

Em relação ao controle da mente e ações, o discurso é uma forma maior de poder, por reproduzir a dominância e hegemonia. Os receptores da mensagem podem aceitar o conhecimento e opiniões em razão do enunciador ser uma fonte de sua confiança ou não terem conhecimento para desafiar o discurso ou a informação repassada. Ademais, Van Dijk¹⁷ ressalta que a influência do contexto deve ser avaliada, uma vez que “as pessoas compreendem e representam não só o texto e a fala, mas também toda a situação comunicativa”.

Além do contexto, destaca a possibilidade de premissas implícitas serem adquiridas pelos receptores, de forma a gerar o que denomina de típica manipulação, vale dizer, comunicar crenças implicitamente, sem as afirmar de fato. Vários tipos de estruturas

15 VAN DIJK, Teun A (org.). Discurso, Notícia e Ideologia: estudos na análise crítica do discurso. Minho: Edições Humus, 2017, p. 22. Disponível em: <http://www.cecs.uminho.pt/publicacao/discurso-noticia-e-ideologia-estudos-na-analise-critica-do-discurso/> Acesso em: 30 jun. 2021.

16 Ibidem, p. 23.

17 Ibidem, p.26.

de discurso podem influenciar a formação de modelos mentais e representação social de algum fato.

3. NOTÍCIAS SOBRE SEGURANÇA DA URNA ELETRÔNICA

Diante da grande quantidade e variedade de publicações envolvendo a temática relativa à segurança da urna eletrônica, bem como, mais especificamente, as notícias relacionadas às possíveis fraudes nas eleições, devido a utilização de urnas eletrônicas, foram selecionadas duas matérias a serem analisadas, as quais compõem o corpus no presente tópico.

Neste contexto cabe analisar intenção dos autores das notícias forjarem um ethos (imagem irreal ou manipulada de algo ou alguém) ou criarem algum tipo de paixão no leitor (pathos), manipulando a formação do convencimento do público.

Na matéria publicada em um jornal on-line denominado *Jornal da Cidade*¹⁸, com o título “Respeitável Público, a eleição chegou e trouxe com ela, a única, a magnífica, a inviolável... Urna Eletrônica!”, é veiculada a imagem do ministro Luís Roberto Barroso, Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, vestido de mágico e com uma urna eletrônica saindo da cartola, trazendo em sua tela as palavras “MAGNÍFICA”, “SEGURA”, “MÁGICA?”

Naquela matéria, ao associar a imagem da urna eletrônica e do Presidente do TSE à figura de um mágico, de logo já se percebe o tom jocoso da notícia e a intenção de atribuir à urna eletrônica e à Justiça Eleitoral a ideia de que são ilusórios ou que pretendem enganar o público como um mágico faz.

Por outro lado, a própria manchete faz alusão à frase proferida pelos apresentadores de circo ao anunciarem um mágico. Inclusive com a utilização de uma exclamação ao final, o que não é usual no jornalismo formal, percebendo-se claramente a inadequação às regras convencionais de comunicação.

Fica evidente, neste caso, a intenção do emissor da notícia criar uma imagem negativa da urna eletrônica e do Presidente do TSE e, conseqüentemente, da Justiça Eleitoral, desqualificando os referidos sujeitos e forjando um ethos duvidoso.

18 JORNAL DA CIDADE. *Respeitável Público, a eleição chegou e trouxe com ela a única, a magnífica, a inviolável... Urna eletrônica!* 2021. Disponível em: <https://www.jornaldacidadeonline.com.br/noticias/24855/respeitavel-publico-a-eleicao-chegou-e-trouxe>. Acesso em 10/07/2021

Passando a esquadrihar o texto da publicação, encontram-se ainda mais elementos que confirmam a análise crítica acima. As eleições municipais são descritas como um circo montado no qual supostamente teria ocorrido uma paralisação do sistema de contagem de votos, gerando desconfiança.

Observa-se no caso a clara tentativa de gerar uma reação no público, gerar uma comoção social, levantar suspeita, ou seja, criar o pathos, conforme a clara posição ideológica do responsável pela publicação. Diferente da técnica normalmente adotada pelos jornalistas, na qual se levantam dados e informações, buscando-se ouvir todas as partes envolvidas, procurando adotar um tom neutro e evitando a passionalidade tão obviamente exposta na notícia em estudo.

3.1 ANÁLISE DE UMA FAKE NEWS

A exemplo de diversas outras notícias falsas espalhadas pelas redes sociais, trazemos, como objeto do nosso estudo, capas falsas atribuídas a 03 (três) grandes revistas nacionais, a Veja, a Época e a revista Exames, com as seguintes manchetes, respectivamente: a) “Gerardo de Icaza, diretor da OEA, admitiu negociação para fraudar urna eletrônica e colaborar com o PT”; b) “Gerardo de Icaza abre a boca e assume fraude nas urnas em favor do PT”; c) “Gerardo de Icaza causa polêmica após assumir fraude em urnas nas Eleições 2018”.

As referidas capas de revistas falsificadas apresentam declarações atribuídas ao diretor do Departamento para a Cooperação e Observação Eleitoral da Organização dos Estados Americanos (OEA), Gerardo de Icaza, em que ele supostamente assume fraudes nas urnas eletrônicas nas Eleições Municipais 2020 no Brasil.

As imagens foram analisadas por diversas agências de checagem, tais como a Fato ou Fake da Rede Globo, pela Lupa¹⁹ e pelo próprio de TSE. E todas chegaram a conclusão que as imagens são falsas, jamais tendo sido utilizadas nas capas das revistas Veja, Exame ou Época. Consistem apenas em montagens que se utilizam do design gráfico e da linguagem visual usualmente

¹⁹ LUPA. #Verificamos: São falsas capas de revistas com diretor da OEA reconhecendo fraude nas urnas. 2021. Disponível em <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2018/09/29/verificamos-capas-revistas-oea-icaza/> Acesso em 10/07/2021

utilizados nas três publicações, dando a aparência semelhante às das revistas originais.

Contudo, foram pesquisadas ainda as capas publicadas pelas referidas revistas no período e todas traziam matérias diferentes em suas capas, bem como a data de publicação trazida nas falsas capas eram diferentes das datas e dias em que as revistas eram divulgadas.

Finalizando esta análise, vale ainda registrar que a Organização dos Estados Americanos publicou em sua conta no Twitter, o desmentido sobre essas imagens. No tuíte, a entidade informa que Gerardo de Icaza, diretor da OEA, concedeu apenas duas entrevistas no Brasil: uma foi publicada pelo jornal Folha de São Paulo e outra pelo Estado de São Paulo. E que, em nenhuma delas, ele declarou haver a possibilidade de fraude nas urnas. Na realidade, Icaza afirmou não haver motivo para desconfiar das urnas e que questões de segurança não o preocupam nesse momento.

4. NOTÍCIA SOBRE VOTO IMPRESSO

Ao analisar a matéria publicada no jornal Folha de São Paulo intitulada “**Só Brasil, Bangladesh e Butão usam urna eletrônica sem comprovante do voto impresso**”²⁰, desde seu título, percebe-se haver imparcialidade, já que ao mesmo tempo em que informa ser o sistema eletrônico brasileiro um dos poucos a não imprimir votos, por outro lado registra não existirem evidências de fraude. O que evidencia a busca por pontos de vistas positivos e negativos e a necessidade de examinar os fatos sob ângulos diversos.

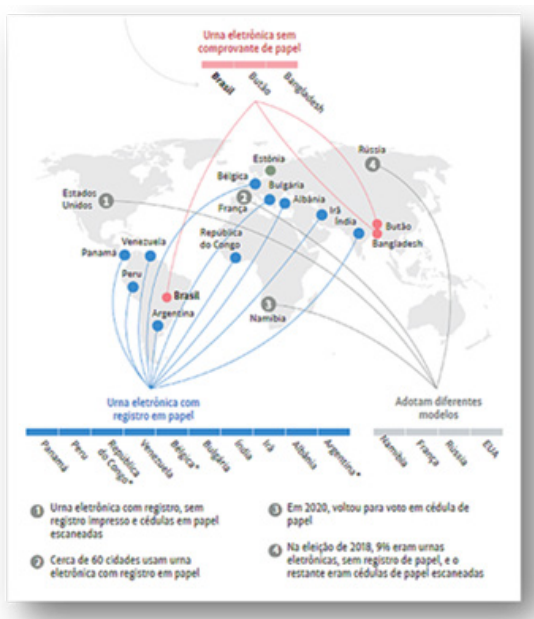
A matéria registra ainda as fontes utilizadas para coletas de dados, tendo sido pesquisadas fontes governamentais e não governamentais, assim como dados de instituições nacionais e internacionais, demonstrando assim a devida fundamentação teórica e técnica.

Neste contexto foi possível coletar dados que indicam que os defensores do voto impresso entendem que o sistema de votação eletrônico brasileiro precisa ser mais transparente para que se

20 FOLHA DE SÃO PAULO. Só Brasil, Bangladesh e Butão usam urna eletrônica sem comprovante do voto impresso. 2021 https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/06/so-brasil-bangladesh-e-butao-usam-urna-eletronica-sem-comprovante-do-voto-impresso.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa Acesso em: 10/07/2021.

evitem fraudes e que o voto impresso seria o caminho para atingir tal objetivo, já que assim o sistema seria mais facilmente auditado.

De forma diversa, os que discordam do voto impresso argumentam inexistir indícios de fraudes nas eleições brasileiras desde sua implantação e que o voto impresso traria prejuízos ao processo, tais como: aumento dos custos com as urnas eletrônicas e módulos impressores, possibilidade de quebra de sigilo do voto e atrasos na votação, já que as impressoras das urnas eletrônicas foram identificadas como as maiores fontes de defeitos.



O fato é que são expostos argumentos de ambos os lados de maneira a possibilitar ao leitor obter as informações necessárias à formação do seu próprio convencimento, sem que haja identificação de transgressões ou induções, tampouco a criação de um ethos forjado ou de uma pathos inventada, a fim de manipular o público.

5. ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO E AS NOTÍCIAS FALSAS

A desinformação sobre urnas eletrônicas vem sendo propagada em maior escala nos anos eleitorais. Todavia, o tema tem

reverberado publicamente em face das discussões sobre a Proposta de Emenda à Constituição - PEC n.º 135/2019, em que há a sugestão de tornar obrigatória a expedição de cédulas físicas, conferíveis pelo eleitor, no ato da votação e cujas cédulas seriam depositadas, em urna específica, apenas para fins de auditoria.

A autora da PEC, a deputada Bia Kicis (PSL-DF), afirma estar convencida de que as urnas eletrônicas não são seguras e que o brasileiro não compartilha mais do sentimento de confiança no sistema. Em suas palavras:

Só que, hoje, a gente vê que o povo não compartilha mais desse sentimento de segurança. O povo está clamando pelo voto impresso. Estou absolutamente convencida de que elas [as urnas] não são seguras. Elas são limpinhas, ágeis, elas organizaram a eleição, acabaram com aquele caos. Mas elas acabaram com o caos visível, o caos invisível pode estar se passando dentro do sistema.²¹

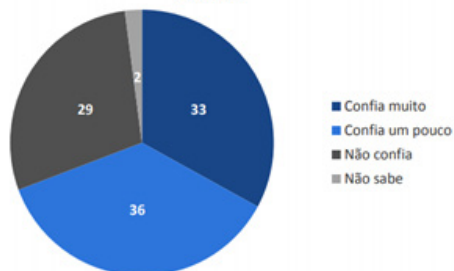
Segundo pesquisa realizada pelo DATAFOLHA²², a segurança da urna eletrônica divide a opinião dos brasileiros. Um brasileiro adulto em cada três (33%) confia muito no sistema de urnas eletrônicas, e 36% confiam um pouco. Uma parcela de 29%, porém não confia, e 2% não opinaram.

Gráfico 2

Grau de confiança no sistema de urnas eletrônicas nas eleições brasileiras

Resposta estimulada e única, em %

Você diria que confia muito, um pouco ou não confia no sistema de urnas eletrônicas usado nas eleições brasileiras?



Fonte: DATAFOLHA, 2021

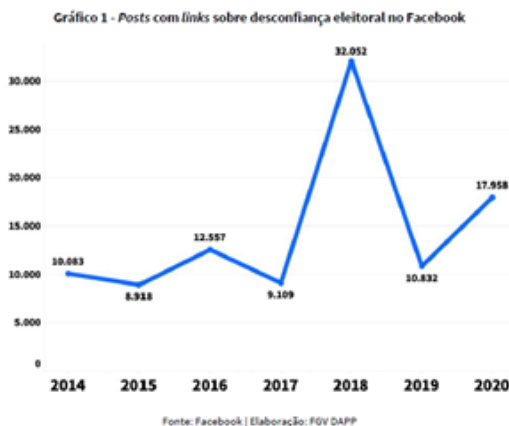
21 AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. Especialistas recomendam adoção do voto impresso em urnas eletrônicas. 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/598363-pec-torna-obrigatorio-voto-impresso-em-eleicoes-no-brasil/> Acesso em: 10 jul. 2021.

22 DATAFOLHA. 73% defendem urnas eletrônicas e 23% querem volta do voto impresso. 2021. Disponível em: <https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2021/01/1989199-73-defendem-urnas-eletronicas-e-23-querem-volta-do-voto-impresso.shtml> Acesso em 10/07/2021.

Nos últimos anos, tem crescido a quantidade de notícias falsas sobre as urnas eletrônicas. O Instituto Getúlio Vargas realizou em 2020 uma pesquisa sobre conteúdos que incitam a crença na existência de fraude nas urnas e manipulação eleitoral entre os anos de 2014 a 2020, no Facebook e YouTube. 337.204 publicações colocavam suspeição a lisura das eleições brasileiras. A maior parte, 335.169, foi localizada no Facebook e soma 16.107.846 interações. O restante, 2.035 posts ocorreram no YouTube com 23.807.390 visualizações. Parte expressiva consiste em canais e páginas hiperpartidarizados.

A pesquisa revelou que a produção discursiva tem picos de circulação em anos eleitorais, mas se mantém persistente em anos não eleitorais.

Segundo o estudo, a discussão pública polarizada ficou mais nítida a partir de 2014, quando Dilma Rousseff (PT) foi reeleita por margem de apenas 3,24% dos votos contra Aécio Neves (PSDB). Iniciou-se a narrativa de que a fraude nas urnas seria capaz de perpetuar o Partido dos Trabalhadores no poder. A partir de então, vem sendo crescente as notícias de fraudes nas urnas eleitorais. Todavia, o epicentro do fluxo foi o ano de 2018, como mostra o gráfico a seguir:



Durante as eleições 2018, o TSE realizou a cooperação com instituições de checagem de fatos, em relação a temas ligados às urnas, ao processo eleitoral e à Justiça Eleitoral. Este projeto foi retomado em 2020, por meio de uma rede de checagem de fatos, denominada de “Coalizão para Checagem”. O projeto contou com

a colaboração e parceria de diversas agências de checagem parceiras do programa. Dentre elas destaca-se o Estadão Verifica, Boatos.org, Agência aos fatos, Agência Lupa, Comprova, E-farsas e Fato ou Fake.

Em que pesem as instituições publicarem em seus sites os resultados de suas checagens, foi instituída uma página específica, hospedada no site da Justiça Eleitoral, denominada “Fato ou Boato”²³, que reunia todas as checagens produzidas pela Coalizão, permitindo seu compartilhamento em redes sociais.

Em dois meses de atuação, a rede de checagem desmentiu 69 notícias falsas relacionadas ao processo eleitoral brasileiro²⁴. Ademais, o TSE promoveu campanhas contra a desinformação por meio de esclarecimentos à população, demonstrando como funcionam as urnas eletrônicas de forma a conscientizar a população. Todavia, ainda assim vem sendo difundidas suspeitas sobre as supostas fraudes eleitorais sem a apresentação de provas.

As notícias falsas e tendenciosas não podem ser dissociadas do contexto histórico e a finalidade a que se destinam. Elas tendem a gerar o engajamento de um maior número de pessoas de sorte a tornar viável a aprovação da PEC n.º 135/2019, tornando obrigatória a expedição de cédulas físicas, conferíveis pelo eleitor, no ato da votação para fins de auditoria.

Importante destacar que, além do fato de a urna poder ser auditável, o voto impresso já ocorreu nas Eleições de 2002 em 150 municípios do Brasil. Todavia, a experiência foi considerada mal sucedida. Além do custo alto para a implantação do sistema, ocorreram falhas que desaconselharam seu uso:

De acordo com o Relatório das Eleições de 2002, elaborado pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), além dos custos altos para implantação do sistema de urnas com voto impresso, os trabalhos foram dificultados em virtude do desconhecimento por parte de eleitores e de mesários quanto ao novo mecanismo. O grande número de falhas devido à natureza mecânica do processo de impressão também impediu o

23 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Fato ou Boato. Projeto do TSE. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://www.justicaeleitoral.jus.br/fato-ou-boato/#>. Acesso em: 10 jul. 2021.

24 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Em dois meses de atuação, rede de checagem desmentiu 69 notícias falsas relacionadas ao processo eleitoral brasileiro. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Dezembro/em-dois-meses-de-atuacao-rede-de-checagem-desmentiu-69-noticias-falsas-relacionadas-ao-processo-eleitoral-brasileiro>. Acesso em 13/07/2021.

transcurso fluente dos trabalhos nas seções eleitorais.

Outros inúmeros problemas foram detectados nas seções onde houve voto impresso, tais como: número significativo de eleitores que saíram da cabine sem confirmar o voto impresso; demora na votação; necessidade de procedimentos de transporte, de guarda e de segurança física das urnas de lona com os votos impressos; treinamento mais complexo para os mesários, contrariando a orientação geral de simplificação do processo eleitoral; e ocorrência de problemas técnicos na porta de conexão do módulo impressor, o que a deixou vulnerável a tentativas de fraude.

Além disso, a impressão do voto em 2002 contribuiu para a quebra do sigilo constitucional do voto em algumas seções eleitorais, pois para resolver problemas de travamento de papel na impressora, foi necessária a intervenção humana. O travamento da impressora e a possível perda de alguns votos em determinada seção ainda possibilitou a ocorrência de divergência entre o resultado da urna eletrônica e o da urna de lona.

Ainda de acordo com o Relatório das Eleições de 2002, nas seções com voto impresso foi maior o tamanho das filas, o número de votos nulos e brancos, o percentual de urnas com votação por cédula – com todo o risco decorrente desse procedimento – e o percentual de urnas que apresentaram defeito, além das falhas verificadas apenas no módulo impressor.²⁵

Importante destacar que o Congresso Nacional já aprovou, em três ocasiões, leis tentando implantar a impressão do voto dado na urna eletrônica, nos mesmos moldes da PEC. A Lei 10.408/2002, a 12.034/2009 e a 13.165/2015. A primeira foi revogada pelo Congresso em 2003, após o fiasco da experiência das Eleições de 2002, as demais foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de risco a garantia constitucional do sigilo do voto e violação aos princípios de economia e eficiência na gestão de dinheiro público.

As duas ações de inconstitucionalidade se basearam em relatórios divulgados pela Secretaria de Tecnologia da Informação do TSE e passaram a integrar o voto da Ministra Carmen Lúcia, que resumiu diversos problemas encontrados:

25 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Série Voto Impresso: primeira experiência com impressão do voto foi nas eleições de 2002. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Fevereiro/serie-voto-impresso-primeira-experiencia-com-impressao-do-voto-foi-nas-eleicoes-de-2002>. Acessado em 13/07/2021.

Também maior seria a vulnerabilidade do sistema, porque o voto impresso não pode atingir o objetivo ao qual se propõe, que é o de possibilitar a recontagem e auditoria, segundo informa a Secretaria de Tecnologia da Informação do Tribunal Superior Eleitoral:

A) No caso de uma recontagem, a simples perda de um pedaço de papel poderá causar inconsistências, podendo gerar impugnação da seção eleitoral, criando um novo tipo de vulnerabilidade no sistema. Esta vulnerabilidade pode ser explorada no reduto eleitoral do candidato opositor provocando a anulação das urnas. Da mesma forma, votos impressos podem ser inseridos, provocando a mesma impugnação;

B) Mesmo sendo automática, existe a dependência da intervenção manual no processo de organização dos votos e, conseqüentemente, traz de volta a possibilidade de fraudes. Ademais, a quantidade de urnas a ser verificada, posteriormente a realização das eleições, é muito grande e o tempo para realização desta auditoria está sujeito à morosidade dos trabalhos manuais;

C) O eleitor não tem como saber se o voto que ele viu sendo impresso na seção eleitoral é o mesmo que está sendo recontado na Junta Eleitoral;

D) A auditoria sugerida afeta a proclamação do resultado. Hoje, no mesmo dia da eleição, os resultados são conhecidos. Com a obrigatoriedade da auditoria, poderá haver uma demora significativa para proclamação dos resultados. A indefinição do resultado tem custo imensurável para o país. Nos locais de auditoria será necessária a mobilização de todos os envolvidos na eleição até a definição do resultado;

E) Caso seja dada como válida a contagem manual dos votos em papel, quando houver discrepância com a votação eletrônica, isto tem o efeito de tornar o registro precário em papel soberano sobre a votação na urna eletrônica. Um retorno aos problemas já superados das eleições em urnas de lona e cédulas de papel;

F) Cada candidato derrotado vai poder alegar que a eleição foi fraudada pela urna eletrônica, e irá insistir em que a única verdadeira indicação da preferência dos eleitores reside nos votos em papel, mesmo que não haja qualquer prova de irregularidade ou 13 adulteração. Assim, a recontagem dos votos impressos tornar-se-á o método padrão de contagem de votos, o que significa um retrocesso, pois o antigo processo de votação manual é suscetível a fraudes e por isso foi abandonado no Brasil; e

G) A utilização do voto impresso não implica na desnecessidade de auditar o software. A auditoria e fiscalização dos partidos e entidades do processo eletrônico sempre serão importantes e necessárias. Destaca-se que uma auditoria do software centralizada no TSE provê uma auditoria generalizada, já que o software tem uma única versão. A confiabilidade

da versão única pode ser verificada de forma amostral em qualquer ponto do país.²⁶

Utilizando-se dos conceitos da ACD, poder-se-ia afirmar que a divulgação das notícias falsas em relação às urnas eletrônicas parte de um grupo que se sentiu preterido nas Eleições 2014, passando a criar um discurso para justificar o fracasso nas eleições, ao tempo em que lança mão delas como subterfugio para adquirir a hegemonia do discurso, objetivando apoio popular para a aprovação da PEC n.º 135/2019. Todavia, a escolha por esta opção, se não for feita da forma devida, pode gerar uma desorganização estrutural, uma maior insegurança no sistema e uma judicialização sem fim, culminando em episódios tais como os vistos recentemente no Capitólio dos EUA.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após este breve estudo, pôde-se perceber que as narrativas que incentivam a desconfiança no sistema de votação do país encontram-se em andamento não apenas em anos eleitorais, embora nestes apresentem uma maior incidência, gerando desconfiança nas instituições, em especial no TSE e radicalização política.

Em geral, os discursos sobre um único assunto utilizam diversas técnicas de persuasão. A análise do discurso vale-se de diversas estratégias, dentre elas destacamos a aplicação da retórica para atrair o engajamento digital, seja apelando para o exagero, descontentamentos ou indignação, de forma a canalizar o sentimento do público – pathos em direção ao posicionamento difundido naquele grupo, seja pela construção de memes para desautorizar discursos alheios, abrindo caminho para a construção de toda uma espécie de alegação e invenção para ajudar a defender o seu discurso. Assim, a construção do caráter ou da ideia moral do orador - a ethos pode ser favorável ou desfavorável, de sorte a gerar sua legitimação ou descredito.

As notícias falsas e tendenciosas não podem ser dissociadas do contexto histórico e a finalidade a que se destinam. Assim,

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto ADI nº 4543. Relator: Min. Carmen Lucia. Brasília, DF, 2013. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VOTO_ADI_4543.pdf. Acessado em 14/07/2021.

utilizando a Análise Crítica do Discurso, observa-se que elas tendem a gerar o engajamento de um maior número de pessoas, de sorte a tornar viável a aprovação da PEC n.º 135/2019, tornando obrigatória a expedição de cédulas físicas, conferíveis pelo eleitor, no ato da votação para fins de auditoria.

7. REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. Especialistas recomendam adoção do voto impresso e em urnas eletrônicas. 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/598363-pec-torna-obrigatorio-voto-impresso-em-eleicoes-no-brasil/> Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto nº ADI 4543. Relator: Min. Carmen Lucia. Brasília, DF, 2013. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VOTO_ADI_4543.pdf. Acessado em 14/07/2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Fato ou Boato. Projeto do TSE. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://www.justicaeleitoral.jus.br/fato-ou-boato/#>. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Em dois meses de atuação, rede de checagem desmentiu 69 notícias falsas relacionadas ao processo eleitoral brasileiro. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Dezembro/em-dois-meses-de-atuacao-rede-de-checagem-desmentiu-69-noticias-falsas-relacionadas-ao-processo-eleitoral-brasileiro>. Acesso em 13/07/2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Série Voto Impresso: primeira experiência com impressão do voto foi nas eleições de 2002. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Fevereiro/serie-voto-impresso-primeira-experienca-com-impressao-do-voto-foi-nas-eleicoes-de-2002>. Acessado em 13/07/2021.

DATAFOLHA. 73% defendem urnas eletrônicas e 23% querem voto do voto impresso. 2021. Disponível em: <https://datafolha.folha.uol>.

com.br/opiniaopublica/2021/01/1989199-73-defendem-urnas-eletronicas-e-23-querem-volta-do-voto-impresso.shtml Acesso em 10/07/2021

FOLHA DE SÃO PAULO. Só Brasil, Bangladesh e Butão usam urna eletrônica sem comprovante do voto impresso. 2021 https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/06/so-brasil-bangladesh-e-butao-usam-urna-eletronica-sem-comprovante-do-voto-impresso.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa

INSTITUTO IGARAPÉ (Rio de Janeiro). Mapeamento de Riscos Digitais: uma ação multisetorial para segurança digital no Brasil. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2021/04/Agenda-Seguranca-Digital.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021.

JORNAL DA CIDADE. Respeitável Público, a eleição chegou e trouxe com ela a única, a magnífica, a inviolável... Urna eletrônica! 2021. Disponível em: <https://www.jornaldacidadeonline.com.br/noticias/24855/respeitavel-publico-a-eleicao-chegou-e-trouxe>. Acesso em 10/07/2021

LUPA. #Verificamos: São falsas capas de revistas com diretor da OEA reconhecendo fraude nas urnas. 2021. Disponível em <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2018/09/29/verificamos-capas-revistas-oea-icaza/> Acesso em 10/07/2021

PINTO, Milton José. Retórica e Análise de Discursos. Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação – COMPÓS, 2007. Disponível em: http://www.compos.org.br/data/biblioteca_1387.pdf Acesso em: 10 de julho de 2021

VAN DIJK, Teun A (org.). Discurso, Notícia e Ideologia: estudos na análise crítica do discurso. Minho: Edições Humus, 2017. Disponível em: <http://www.cecs.uminho.pt/publicacao/discurso-noticia-e-ideologia-estudos-na-analise-critica-do-discurso/> Acesso em: 30 jun. 2021.

O ATIVISMO JUDICIAL DO STF EM FACE DO LEGISLATIVO: IDENTIFICAÇÃO DE LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ANÁLISE CRÍTICA DE DECISÕES SOBRE A REFORMA POLÍTICA^{1*}

THE STF'S JUDICIAL ACTIVISM IN FACE OF THE LEGISLATIVE: DETERMINATION OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION LIMITS AND CRITICAL ANALYSIS OF DECISIONS ON POLITICAL REFORM

*Ruy Nestor Bastos Mello ***

RESUMO

O artigo analisa o ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) perante o Poder Legislativo, no exercício da jurisdição constitucional, especialmente no âmbito da reforma política. Para tanto, será apresentado o conceito do ativismo judicial, na perspectiva de um modelo de positivismo jurídico moderado, com enfoque no sistema *civil law* e sob o paradigma da teoria da interpretação constitucional. Também serão abordadas, sinteticamente, as possíveis causas do ativismo e as graves consequências jurídicas e políticas dele decorrentes, bem assim se fará o contraponto entre a prática ativista e a inafastabilidade do exercício da jurisdição. O estudo apreciará os parâmetros jurídicos para que se possa identificar uma decisão ativista da Corte Suprema, descrevendo alguns desses elementos, notadamente as questões políticas, a atividade de interpretação do texto constitucional, as mutações constitucionais, a argumentação jurídica de justificação das decisões e a criação do direito pelo Juiz. Ao final, serão apontadas considerações críticas sobre relevantes decisões do STF em causas relacionadas à reforma política, buscando demonstrar se

* O artigo é uma adaptação de “relatório” apresentado na disciplina Direito Constitucional, regida pelo Professor Doutor CARLOS MANUEL ALMEIDA BLANCO DE MORAIS, como requisito de avaliação parcial no curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano letivo 2017/2018.

** Procurador da República na Bahia, tendo exercido a função de Procurador Regional Eleitoral em Sergipe (2010/2012) e na Bahia (2014/2015 e 2015/2017). Mestre em Direito, na especialidade Ciências Jurídico-Políticas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

houve ou não a prática do ativismo judicial e quais foram os limites eventualmente desconsiderados pelo juiz constitucional.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; ativismo judicial; jurisdição constitucional; Poder Legislativo; reforma política.

ABSTRACT

This work analyzes the judicial activism exercised by the Brazilian Supreme Federal Court (STF) in regard to the Legislative Power, through its constitutional jurisdiction, especially concerning the matter of political reform. For this purpose, it will be presented the concept of judicial activism, under the perspective of a moderate judicial positivism model, while focusing on the civil law system and under the auspices of the constitutional interpretation theory. It will also be addressed, synthetically, the possible causes for the activism phenomenon and the grave legal and political consequences it gives rise to, just as a comparison will be made between the activist practice and the principle of non-obviation of jurisdiction. This report will address the legal framework needed to identify an activist judgement from the Supreme Court, while describing some of its elements, especially those which relate to political matters, the activity of interpretation of the constitutional text, constitutional mutations, legal argumentation required for justification of those decisions and the creation of Law by the judiciary. At the end of this report, it will be outlined critical considerations about relevant decisions of the STF in cases related to political reform, whilst seeking to demonstrate whether or not judicial activism was exercised and the limits eventually unaccounted for by the constitutional judge.

Keywords: Supreme Federal Court; judicial activism; constitutional jurisdiction; Legislative Power; political reform.

1. INTRODUÇÃO

O ativismo judicial consiste num fenômeno social, jurídico e político que decorre, essencialmente, do protagonismo que o Judiciário assumiu a partir da promulgação Constituição Federal

de 1988 (CF/88) para fins de concretização dos direitos, princípios e valores fundamentais contidos na Carta Magna. O ativismo importa, em essência, na atividade do Judiciário em desacordo com suas competências e pode se revelar, concretamente, em várias situações, sendo foco do artigo o estudo dogmático do ativismo imputado ao Supremo Tribunal Federal (STF) nas causas que interferem direta ou indiretamente com as atribuições do Legislativo e, de modo específico, em decisões vinculadas à reforma política.

Para avaliar a extensão desse fenômeno e suas peculiaridades, torna-se necessário perquirir acerca de importantes elementos da dogmática constitucional e sobre a repercussão político-social do ativismo. Como se pode conceituar o ativismo judicial? Quais fatores o impulsionam e que consequências podem advir de sua prática? É possível estabelecer parâmetros ou limites jurídicos para a verificação do ativismo judicial?

A essas relevantes perguntas somam-se outras. Em que medida as *questões políticas* podem ser apontadas como freio de contenção da atividade judicial? Pode-se exigir a utilização de específicos métodos e princípios da interpretação constitucional na jurisdição do STF? Quais os critérios para identificar o ativismo nas mutações constitucionais, na argumentação jurídica e na criação do direito pela Corte Suprema?

Superada a apreciação teórica, outras indagações surgem ao se avaliar a ocorrência do ativismo em decisões do STF sobre a reforma política. A invalidação das cláusulas de barreira aos partidos políticos e a vedação de doações de pessoas jurídicas à campanha eleitoral foram decisões que invadiram as competências do Legislativo? Houve excesso do STF em cancelar a perda de mandato dos parlamentares em casos de infrações eleitorais e de infidelidade partidária? O STF procedeu a uma mutação constitucional indevida ao afastar o princípio da presunção de inocência na análise de constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa?

São estes os aspectos principais que se pretende abordar nesse trabalho, com o escopo de apresentar algumas repostas possíveis e válidas. Ao final, tendo por base a compreensão de que uma das funções do STF consiste na preservação da harmonia entre os Poderes do Estado e de que, não obstante, a Corte não deve se omitir no cumprimento de suas competências jurisdicionais,

almeja-se que se reconheça a necessidade contínua da reflexão sobre a melhor conformação das decisões do STF aos pressupostos e requisitos plasmados na Constituição Federal, evitando-se a ocorrência do fenômeno do ativismo judicial.

2. O ATIVISMO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM FACE DO PODER LEGISLATIVO

2.1 PERSPECTIVAS DE ANÁLISE DO ATIVISMO: O POSITIVISMO JURÍDICO MODERADO, O SISTEMA CIVIL LAW E A TEORIA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Antes de ingressar no tema de fundo, é preciso se posicionar sobre o modelo de concepção geral da ordem jurídica, o sistema de primazia das fontes do direito e o programa teórico da interpretação constitucional a serem utilizados como parâmetros básicos de investigação, cujos conceitos são fundamentais para a plena compreensão do ativismo judicial e dos seus reflexos na ordem jurídica e política de um Estado.

Sobre a teoria geral do Direito, inclusive da Constituição, conquanto não seja objeto do artigo um estudo aprofundado do tema, convém apenas aduzir que a posição teórica mais consentânea com a busca de cientificidade do Direito, segurança jurídica e respeito aos direitos fundamentais, é aquela que se aproxima do chamado *positivismo jurídico moderado*³.

Nesta perspectiva, a compreensão teórica do Direito é a de um sistema que engloba as seguintes características essenciais: (i) separação não estanque entre o direito e moral⁴, admitindo-se a

3 Também denominado de positivismo jurídico inclusivo ou *soft positivism*, essa versão do juspositivismo admite a possibilidade de os valores morais serem integrados ao ordenamento jurídico e utilizados, notadamente, para fins de interpretação das normas e ponderação em casos de conflitos normativos. Sobre o tema, cf. DIMOULIS, DIMITRI, *Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*, 2ª ed. revista e atualizada, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 76-82; MORAIS, CARLOS BLANCO DE, *Curso de Direito Constitucional: As Funções do Estado e o Poder legislativo no Ordenamento Português*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 147-148; e *Idem*, *Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*, Tomo II, vol. 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 385-386.

4 HERBERT L. A. HART aduz que, embora seja correta a assertiva de que “um sistema jurídico *deve* mostrar alguma conformidade específica com a moral ou justiça”, dela não decorre, obrigatoriamente, que “os critérios de validade jurídica de leis concretas, usadas num sistema jurídico, devam incluir, de forma tácita, se não explícita, uma referência à moral ou justiça” (*O Conceito de Direito*, tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986 (1961), p. 201, grifo do autor). Cf. também DIMOULIS, DIMITRI, *Positivismo ...*, cit., p. 99-111.

abertura aos valores extrajurídicos na composição de normas constitucionais, se assim estabelecido na Constituição, e sua utilização para fins de ponderação; (ii) a norma jurídica como fonte primária do ordenamento, integrada por regras descritivas de condutas e princípios indicativos de valores e interesses relevantes, sendo a Constituição a norma soberana, da qual decorrem as demais⁵; (iii) ordenação e unidade de um sistema jurídico que busca sua coerência e completude⁶; (iv) compreensão da teoria da hermenêutica e das especificidades da interpretação constitucional; (v) preservação e valorização dos direitos fundamentais da pessoa humana; (vi) posição do juiz constitucional no controle de constitucionalidade não apenas como *legislador negativo*, sendo-lhe permitido, em certas circunstâncias, ampliar o sentido da norma.

Importante também observar a crítica doutrinária à concepção de um modelo pós-positivista do direito⁷ e, no âmbito da Constituição, ao chamado neoconstitucionalismo, movimentos que, a despeito de não contarem com uma conformação teórica bem definida, buscam um rearranjo do Direito em prol de uma extremada valorização da força normativa dos princípios constitucionais, em detrimento das regras concretizadas pelo legislador, com vistas a supostamente servirem de fundamentos doutrinários a um papel do Judiciário de protagonista no estabelecimento de direitos e prestações estatais⁸.

O Direito deve ter por base primeiramente a existência de um sistema de normas jurídicas que tenha uma estrutura com coerência e unidade, sem perder de vista, contudo, a importância dos valores morais, éticos e principiológicos para alcance das finalidades

5 Cf. MORAIS, CARLOS BLANCO DE, *Curso de ...*, Tomo I, cit., p. 201-203.

6 Afirma NORBERTO BOBBIO que “um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele *normas incompatíveis*” (*Teoria do Ordenamento Jurídico*, tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 4ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 80, grifo do autor), esclarecendo também que a completude do sistema jurídico, antes de ser tratada como dogma ou mito, deve ser compreendida como “uma exigência de justiça”, isto é, “uma defesa útil de um dos valores supremos a que deve servir a ordem jurídica, a *certeza*” (*Ibidem*, p. 128, grifo do autor).

7 Cf. MORAIS, CARLOS BLANCO DE, “As ‘ideologias da interpretação’ e o Ativismo Judicial: o impacto das ‘ideologias da interpretação’ nos princípios democráticos e da separação dos poderes”, In SOUZA, MARCELO REBELO DE e PINTO, EDUARDO VERA-CRUZ (coord.), *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, Coimbra, Edições Almedina, 2016, p. 280-281; *Idem*, *Curso de ...*, Tomo I, cit., p. 149-151 e 182-194; e MONTEIRO, ARTHUR MAXIMUS, *Controle de constitucionalidade das omissões legislativas*, Curitiba, Juruá, 2015, p. 80-114.

8 Sobre as origens, conceito e a construção teórica do neoconstitucionalismo no Brasil, cf. SARMENTO, DANIEL, *Por Um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, p. 233-272.

descritas na Constituição. A norma, porém, ainda é o alicerce que fundamenta o Direito, constituindo o ponto de partida para regramento das relações jurídicas.

Também digno de realce que a análise do ativismo judicial, neste estudo, se fará essencialmente com base no sistema jurídico brasileiro, de origem romano-germânica, que segue a família *civil law*, com preponderância da norma como fonte prioritária do direito. Não se ignora a existência do ativismo judicial em sistemas do *common law*, mas sua configuração apresenta outras especificidades, em razão da força que a jurisprudência assume como fonte jurídica primária nessa ordem jurídica, o que dificulta sobremaneira apontar elementos concretos que possam constituir limites à função jurisdicional.

Sobre a interpretação, a principal questão a ser observada consiste em aceitar ou não que o jurista possa criar uma norma jurídica como resultado da atividade interpretativa. Este tema será objeto de item específico do artigo, valendo apenas salientar, por ora, que a base de análise do ativismo judicial será a de uma teoria da interpretação jurídica com o seguinte perfil: (i) a interpretação e a aplicação da norma são realidades indissociáveis; (ii) o dispositivo e a norma são conceitos distintos; (iii) a subsunção é a técnica principal da atividade de interpretação da norma, sem prejuízo da utilização da ponderação de bens, valores e interesses, quando se mostrar necessário e com certos limites; (iv) a interpretação das normas constitucionais apresenta especificidades e método próprio, considerando a força normativa, a unidade da Constituição e a enunciação de conceitos jurídicos de conteúdo aberto; (v) aceitação dos princípios jurídicos como subsídios axiológicos para formação, aplicação e interpretação das normas; e (vi) há criação da norma de decisão pelo juiz com base na evolução da realidade social, mas sempre atento ao limite do sentido possível a ser obtido da disposição normativa.

Na interpretação constitucional, o intérprete deve conceber a descrição normativa como foco central e limitador, buscando encontrar o seu sentido através de um método que envolva a análise de seus elementos gramaticais, sistemáticos, teleológicos e históricos, em conjunto com a valoração de cânones específicos e sempre pautado na perspectiva da inserção do resultado interpre-

tativo na realidade política e social, evitando-se os decisionismos e subjetivismos judiciais que maculem a estabilidade do Direito.

Em conclusão, o presente estudo tem por base a análise dogmática do ativismo judicial no sistema jurídico constitucional brasileiro, moldado numa ideia de positivismo jurídico moderado e inspirado pela teoria da interpretação constitucional⁹.

2.2 O ATIVISMO JUDICIAL E SEU CONCEITO JURÍDICO

A origem da expressão ativismo judicial é atribuída ao jornalista ARTHUR SCHLESINGER JR., que, numa matéria publicada em janeiro de 1947 na revista americana *Fortune*, fez uma análise informativa do perfil jurídico dos juízes da Suprema Corte americana, dividindo-os, basicamente, em dois blocos, os ativistas e os não ativistas, considerando o conteúdo de suas decisões em prol da prevalência do bem-estar social ou da autocontenção do Judiciário¹⁰.

O termo ganhou uma repercussão na seara jurídica americana¹¹ e nos demais ordenamentos jurídicos, sendo entendido ora como uma atividade positiva de expansão do Judiciário, atendidos certos limites¹²; ora num teor negativo, aludindo-se à atuação fora dos parâmetros da jurisdição. O ativismo judicial, portanto, não encerra um instituto jurídico próprio, oriundo de fonte normativa ou doutrinária, trata-se apenas de um fato verificado na realidade a partir de determinadas posições ampliativas e expansivas da atuação judicial.

9 Nesse sentido, vinculando o positivismo jurídico moderado e a interpretação constitucional, aponta ELIVAL DA SILVA RAMOS: “No positivismo moderado ou renovado, o que prevalece é a vontade da lei, não no sentido de um pressuposto prévio, pronto e acabado, que o juiz tenha que meramente atender, mas no sentido de que o texto normativo objeto de exegese contém algo de objetivo, que não pode ser desconsiderado, embora constitua apenas um limite no trabalho de construção da norma de decisão, em que também conta (embora não com o mesmo peso) a vontade do intérprete.” (*Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015, p. 140).

10 Cf. CAMPOS, CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO, “Dimensões da autorrestrição judicial”, In LEITE, GEORGE SALOMÃO; STRECK, LÊNIO; NERY JÚNIOR, NELSON (coord.), *Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, p. 245-249.

11 Cf. RAMOS, ELIVAL DA SILVA, *Ativismo Judicial ...*, cit., p. 132-140.

12 Para LUÍS ROBERTO BARROSO, “a ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” e que o ativismo “procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da livre criação do Direito” (*Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2017, p. 321 e 323, grifo do autor).

Em razão dessa origem não propriamente jurídica e da distinção de percepção do ativismo judicial ao longo do tempo e local, a sua conceituação, em termos jurídicos, não é uma tarefa simples¹³. Em geral, a doutrina apresenta a noção de que o ativismo consiste no exercício pelo Judiciário das atribuições dos outros poderes, definição, contudo, que não elucida toda a extensão do instituto de que se trata. Nesta senda, pode-se citar o conceito de ativismo esboçado por ELIVAL DA SILVA RAMOS, que o define como o “exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”¹⁴.

Não obstante, certo é que não se pode adjetivar positivamente o ativismo judicial, como se pudera nele compreender toda a atividade proativa do Judiciário em favor da aplicação dos princípios e direitos fundamentais da Constituição. Essa benfazeja atuação judicial não pode, jamais, resultar do ativismo, mas apenas do regular exercício jurisdicional de um Poder atento às responsabilidades e anseios especificados numa Carta Magna e que age com independência, altivez e vigor, sem, contudo, ir além dos limites contidos na Constituição¹⁵.

Em suma, não há o ativismo bom e o ruim. Tal fenômeno deve ser compreendido sempre numa conotação negativa porque acarreta a “desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes”¹⁶, notadamente do Legislativo, em especial quando do controle de constitucionalidade de suas

13 É o que explica CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS: “O conceito de ativismo judicial não é algo fácil de obter, e isso ajuda a explicar o uso muitas vezes indiscriminado, carente de uma definição mais bem elaborada do termo. Na verdade, o ativismo judicial é daquelas coisas que melhor se demonstra do que se define” (“As dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal”, *In Revista de Direito Público* n.º 06, Julho-Dezembro de 2011, Instituto de Direito Público, Lisboa, Almedina, 2011, p. 242 e 246-250).

14 *Ativismo Judicial ...*, cit., p. 131.

15 Por vezes a atuação judicial em prol dos direitos fundamentais é criticada em razão da ausência de representatividade popular do Judiciário, sendo um agir supostamente *contramajoritário*. Ora, a despeito de uma das funções da Constituição ser a de assegurar o governo da maioria, a Carta também tem por encargo “proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos” (BARROSO, LUÍS ROBERTO, *Curso de ...*, cit. p. 324), de modo que, se a atuação judicial ocorrer nos limites da jurisdição constitucional, nada haverá de irregular. Na defesa de semelhante ideia, cf. MELLO, CLÁUDIO ARI, *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 188-193.

16 RAMOS, ELIVAL DA SILVA, *Ativismo Judicial ...*, cit., p. 131.

normas ou através de decisões que inovam no ordenamento jurídico ou, ainda, daquelas fundamentadas em critérios impróprios de interpretação dos preceitos constitucionais. Importante, portanto, ao estabelecer os limites do ativismo judicial, apartá-lo da legítima e nobre atuação do Poder Judiciário.

Em arremate sobre a conceituação doutrinária do ativismo, ao entendê-lo como o indevido ultrapassar dos limites da jurisdição, mostra-se imprescindível a identificação e o exame desses referidos limites, a serem delineados a partir da específica ordenação de funções do Estado, tarefa que ora se pretende fazer com base na disciplina constitucional da separação entre os Poderes Judiciário e Legislativo no Brasil.

2.3 CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DO ATIVISMO: O RISCO DE OVERRULING DO LEGISLATIVO

O ativismo judicial possui diversas origens, causas ou fatores de impulso. De forma sintética, um dos principais motivos se reveste na circunstância de a CF-88 estabelecer um modelo de Estado Social, que enfeixa uma série de princípios, valores, direitos e garantias em favor dos cidadãos, especialmente através de normas com signos linguísticos de conteúdo aberto. A interpretação desses valores e a necessidade de concretização das aspirações constitucionais é um ambiente propício para surgimento de decisões ativistas.

Aliado a tal aspecto, e em razão da ineficiência dos Poderes constituídos primordialmente ao cumprimento desses encargos¹⁷ – o Legislativo, na elaboração das normas necessárias à implementação dos direitos; e o Executivo, na prestação dos bens e serviços –, o Judiciário passou a se arvorar, influenciado pelo neoconstitucionalismo, como o único legitimado a concretizar os direitos estatuídos na Constituição, proferindo, às vezes, decisões que fogem aos contornos da moldura de competências definida pelo Constituinte¹⁸.

17 Sobre as causas dessa ineficiência, cf. RAMOS, ELIVAL DA SILVA, *Ativismo Judicial ...*, cit., p. 304-308.

18 Tal constatação se verifica também em outros graus de jurisdição no Brasil, notadamente em razão da judicialização dos direitos sociais, em que o Judiciário passou a interferir – em alguns casos de forma ativista –, nas competências afetadas ao Executivo e Legislativo na definição e execução das políticas públicas. Sobre o tema, cf. APPIO, EDUARDO, *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, Curitiba, Juruá, 2005, p. 152-191.

Outros elementos que fomentam a prática ativista decorrem propriamente do sistema de controle de constitucionalidade vigente no Brasil, cujo regramento demonstra um fortalecimento cada vez maior do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional, em razão das seguintes circunstâncias: (i) expansão do controle abstrato das normas, através da previsão da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI), da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) por omissão e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF); (ii) aumento expressivo do rol de legitimados para propositura da ADI e da ADC; e (iii) estabelecimento de legislação infraconstitucional a regular o procedimento da ação de controle de constitucionalidade.

Conforme se apontará mais adiante, o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos é um ambiente em que vicejam os maiores riscos do ativismo judiciário em razão da possibilidade de manipulação, pelo juiz constitucional, do conteúdo dos atos editados pelo Legislativo, criando-se novas regras de conduta geral e abstrata ou mesmo em situações em que se declara a invalidade da lei com base em interpretação inadequada para a solução da causa, geralmente associada à exegese ampliativa de princípios e valores constitucionais.

Também não se pode olvidar, como causa do ativismo, da chamada *judicialização da política*, em que diversas matérias vinculadas estritamente à atividade política passaram a ser objeto de ações judiciais perante a Suprema Corte, muito em razão da própria incapacidade dos atores políticos de buscarem, por si próprios, uma solução para os problemas que afligem a sociedade brasileira. A judicialização não implica necessariamente a prática do ativismo judicial¹⁹, mas é um fator que o potencializa na medida em que torna uma questão estritamente política passível de resolução judicial, favorecendo que o juiz constitucional se sinta legitimado a criar e a impor a decisão política.

19 É o que ocorreu na ADPF n.º 153 (Rel. Min. EROS GRAU, julgada em 29/04/10), em que a OAB buscou a “declaração de não recebimento” pela CF de dispositivo da Lei n.º 6.683/79, que ampliava a anistia aos crimes conexos aos crimes políticos ocorridos durante a ditadura militar. O STF decidiu ser incabível rever a lei da anistia, considerando a realidade histórica e os contornos jurídico-políticos da transição para o regime democrático, de modo que, apesar da judicialização de um tema político, não houve decisão ativista.

Não obstante o ativismo judicial seja festejado em algumas searas²⁰, é preciso assentar sua nocividade ao sistema jurídico como um todo, principalmente em razão da coerência e segurança jurídica que se espera de um ordenamento jurídico. O subjetivismo inerente ao ativismo judicial promove a desagregação normativa e a perda da unidade da Constituição, deixando o Direito de ser tratado metodicamente como uma Ciência, mas apenas relegado ao casuísmo interpretativo e às mutações constitucionais frequentes²¹.

É preciso compreender também que uma das marcas em que se assenta o princípio democrático é a responsabilidade dos representantes políticos pelo cumprimento dos encargos que lhes foram confiados, o que é objeto de avaliação a cada período de eleições. Para o Judiciário, não há esse controle político, considerando a necessidade de se garantir a independência de seu corpo de magistrados. Todavia, quando o Judiciário passa a realizar as atribuições dos outros Poderes, essa função fica sem nenhum controle social, mostrando-se patente “a incapacidade do público para lidar com agentes públicos que passam a tomar decisões políticas sem que, entretanto, estejam submetidos a um regime de ‘political accountability’ (responsabilização política)”²². Em tal situação, mostra-se justificada a crítica de ausência de legitimidade democrática do Judiciário para execução dessas atividades²³.

Perceba-se, ademais, que uma decisão ativista do órgão máximo da jurisdição constitucional se ressentida da falta de remédio jurídico específico para sua invalidação, ressalvada a reconside-

20 CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS, após mencionar os casos de decisões do STF acerca da vedação do nepotismo (recurso extraordinário n.º 579.951, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI), da fidelidade partidária (mandado de segurança n.º 26.603, Rel. Min. CELSO DE MELLO) e o da greve dos servidores públicos (mandado de injunção n.º 670, Rel. Min. MAURÍCIO CORREIA), leciona: “Trata-se de três decisões cuja correção poucas pessoas têm coragem de enfrentar. Porém, o ativismo judicial nada diz com a correção ou não do mérito das decisões. O foco do debate é outro. O que se deve discutir aqui é se o Tribunal, ainda que para concretizar princípios e direitos fundamentais, teria *autoridade* para tomar decisões de caráter verdadeiramente *legiferante*.” (“As dimensões do ativismo judicial ...”, cit., p. 259, grifo do autor).

21 Cf. MORAIS, CARLOS BLANCO DE, *Curso de ...*, Tomo II, cit., p. 619-620.

22 GUEDES, NÉVITON, “O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção”. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>, acesso em 28/06/2018.

23 Não se pode, pois, concordar com a posição de ANTONIO UMBERTO DE SOUZA JÚNIOR que defende a legitimidade democrática dos juizes para o ativismo judicial, apontado a “existência de fatores (fatos ou argumentos) que permitam supor a legitimidade de atuação dos tribunais no campo político, sem arranhão ao sistema democrático” (Cf. *O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas*, Porto Alegre, Síntese, 2004, p. 104).

ração pela própria Corte. Nessa concepção, uma posição ativista do STF apresenta um sério risco de degradar as relações interinstitucionais entre os Poderes do Estado, que passam a atuar em desarmonia: o Judiciário forte e um Legislativo fraco, com perda de representatividade popular²⁴.

Por conta disso, como reação do destinatário da decisão, passa-se a cogitar o entendimento de que o comando judicial seria nulo ou mesmo inexistente, pois prolatado por quem não tem competência constitucional para definir a matéria ou pelo extrapolamento de sua competência, advogando-se como consequência o descumprimento da ordem. É o que se verifica com o chamado *overruling*, que são as atuações do Legislativo para retomar o exercício de suas competências, podendo-se citar algumas das medidas já adotadas pelo Parlamento brasileiro nesse sentido: (i) descumprimento de decisão liminar de Ministro do STF que determinou o afastamento do Presidente do Senado do exercício de suas funções²⁵; (ii) proposta de emenda constitucional (PEC) para diminuir as atribuições do Judiciário²⁶; (iii) aprovação de emenda constitucional (EC) cujo teor vai de encontro ao conteúdo de decisão do STF²⁷, inclusive com a indevida constitucionalização de temas

24 Sobre as relações concretas entre os Poderes e o desempenho de suas funções na sociedade, sintetiza CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS: “E quais são os padrões de relações que têm caracterizado o cenário institucional brasileiro dos últimos anos? A resposta é fácil: um Poder Executivo – o federal – poderoso e centralizador; um Legislativo – nos três níveis federativos – em um estado permanente de crise funcional e de déficit de representatividade; e um Poder Judiciário, e mais notadamente o Supremo Tribunal Federal, em contínua ascensão institucional.” (“As dimensões do ativismo judicial ...”, cit., p. 242).

25 Em decisão liminar na ADPF n.º 402, em 05/12/2016, o Min. Rel. MARCO AURÉLIO determinou o afastamento do Senador Renan Calheiros do exercício da Presidência do Senado, sob o fundamento de “não poder réu ocupar cargo integrado à linha de substituição do Presidente da República”. A decisão não foi cumprida pelo Parlamento (Fonte: <https://g1.globo.com/politica/noticia/renan-senado-decide-nao-cumprir-liminar-e-aguardar-decisao-do-stf.ghtml>, acesso em 07/09/2018), vindo o Pleno do STF, no dia 07/12/2016, a referendar apenas parcialmente a decisão liminar, apontando ser inexistente o afastamento das funções de Presidente do Senado, sendo-lhe defeso tão somente o eventual exercício da função de Presidente da República.

26 Veja-se a PEC n.º 33, em que se buscou, entre outras medidas: (i) alterar a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis, exigindo 4/5 de votos da Corte, ou seja, 9 Ministros; (ii) condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo STF à aprovação pelo Poder Legislativo; (iii) submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.

27 Em 06/10/2016, o STF julgou procedente a ADI n.º 4.983 (Rel. Min. MARCO AURÉLIO) para declarar inconstitucional, por ofensa ao artigo 225, VII, da CF, o dispositivo da Lei n.º 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a *vaquejada* como atividade desportiva e cultural. O Congresso reagiu a essa decisão, primeiro aprovando a Lei n.º 13.364, de 29/11/2016, pela qual se “eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial” e, depois, através da EC n.º 96, de 06/06/2017, acrescentando o § 7º ao artigo 225 da CF, para estabelecer que “não se consideram

afetos à legislação ordinária.

Todas essas constatações demonstram que o ativismo judicial não faz bem à democracia²⁸, urgindo que sejam adotadas medidas adequadas, por todos os agentes jurídicos e políticos, para o fim de minimizar a sua prática e tornar mais harmônica a atuação dos Poderes de Estado. Não sendo objeto do trabalho o estudo das possíveis soluções ao ativismo judicial, convém apenas assentar que: (i) da doutrina, se espera a constante crítica para auxiliar a busca do equilíbrio entre a criatividade e o respeito ao sentido normativo da Constituição na atividade de interpretação; (ii) do Judiciário, impõe-se o amadurecimento institucional e, quando necessário, uma postura de *self-restraint*²⁹, uma vez que a Constituição determina um “sábio e prudente exercício das competências constitucionais”³⁰; e (iii) do Legislativo, exige-se o efetivo cumprimento de suas funções constitucionais para evitar que suas omissões sejam objeto da constante judicialização da política e de seu acerto pelo Judiciário.

2.4 O CONTRAPONTO: O ATIVISMO E A INAFESTABILIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Embora não se divisem consequências jurídicas imediatas à decisão ativista do STF, as repercussões políticas podem ser

crúeis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais”. Registre-se ainda que, em face da citada EC, foi ajuizada a ADI n.º 5.728 (Rel. Min. DIAS TOFFOLI), em 13/06/2017, sem decisão do STF até a data de apresentação do artigo para publicação.

28 Esse também é o pensamento de JULIANO RALO MONTEIRO: “Existe a preocupação real de que ocorra desmedida quebra de braço entre os Poderes, a ponto de potencializar forças ao Poder Judiciário, o que poderia criar danos irremediáveis à sociedade. Significa dizer que aquilo que seria, num primeiro momento, uma solução encontrada à omissão dos outros poderes, poderia se tornar contrário aos interesses democráticos. Os críticos do ativismo, mais conservadores, enumeram as razões para chegarem a tais conclusões. Afirmam que com o ativismo: a) há o enfraquecimento dos poderes constituídos; b) ocorre falta de participação política e inversão democrática, uma vez que o povo não elegeu os magistrados que estão a decidir questões de tal importância; c) existe a alienação popular; d) cria-se o ‘clientelismo’, uma vez que ainda poucos têm acesso ao Judiciário; d) oportuniza a ausência de critérios objetivos, uma vez que tudo pode ser feito desde que norteado pelos ideais de justiça; e) há a exposição demasiada do Poder Judiciário; f) existe a possibilidade de acomodação dos outros Poderes, entre outros.” (“Ativismo Judicial: Um Caminho para Concretização de Direitos Fundamentais” In AMARAL JÚNIOR, JOSÉ LEVI MELLO DO (coord.), *Estado de Direito e Ativismo Judicial*, São Paulo, Quartier Latin, 2010, p. 170.).

29 É a doutrina que busca identificar limites da função jurisdicional, constituindo, como aduz CLÁUDIO ARI MELLO, “uma das maiores garantias institucionais para a coexistência entre o constitucionalismo e o princípio democrático (...), já que se responsabiliza por evitar que a jurisdição constitucional reduza e até suprima os espaços políticos do processo democrático que materializam a soberania popular.” (*Democracia Constitucional ...*, cit., p. 205).

30 RAMOS, ELIVAL DA SILVA, *Ativismo Judicial...*, cit., p. 23.

drásticas para a harmonia e independência dos Poderes. É preciso, assim, muito cuidado ao apontar as manifestações judiciais como ativistas para não confundi-las com o lúdimo exercício da atividade jurisdicional, que envolve necessariamente a interpretação jurídica, até porque é de todos sabido que a jurisdição constitui um dever, uma obrigação embasada no inciso XXXV do artigo 5º da CF-88, pelo qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ou mesmo na previsão do *caput* do artigo 140 do Código de Processo Civil (CPC), que estatui que “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.

No âmbito constitucional em específico, há ainda o exercício do controle de constitucionalidade das leis e restantes atos normativos, que é autorizado pela própria Constituição, sendo prescindível perquirir sobre a necessidade de legitimidade democrática do Judiciário para esse mister, uma vez que se trata de atribuição decorrente do próprio princípio da separação dos poderes, como técnica hábil para garantir a supremacia da Constituição, considerando ainda que, “hodiernamente, a existência da justiça constitucional e de uma fortalecida e ativa jurisdição constitucional tornaram-se um requisito de legitimação e credibilidade política dos próprios regimes constitucionais democráticos”³¹.

Na análise do ativismo judicial, é necessário, portanto, levar em consideração o princípio da inafastabilidade da jurisdição e entender que esse fenômeno somente pode ser reconhecido em situações de evidente extrapolação da função judiciária. As eventuais divergências doutrinárias acerca de posições jurídicas do STF, que estejam devidamente fundamentadas de acordo com os métodos e princípios de interpretação constitucional e com base na compreensão racional dos valores da Constituição, não podem, jamais, ser entendidas como ativismo judicial. Assim como devem existir limites à jurisdição, também é importante compreender que o ativismo somente será configurado em caso de transposição desses mesmos limites, não bastando a discordância casual sobre uma posição adotada pelo STF, ainda que embasada na ponderação de princípios jurídicos.

31 CUNHA JÚNIOR, DIRLEY DA, *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*, 8ª ed., revista, ampliada e atualizada, Salvador, JusPODIVM, 2016, p. 39.

Dessa forma, alguns dos critérios dogmáticos apresentados pela doutrina para identificar o ativismo judicial podem, em verdade, consistir apenas críticas, acertadas ou não, sobre entendimentos jurídicos assumidos pelo STF na interpretação devidamente fundamentada, coerente e razoável, de regras e princípios da Constituição. Na parte específica sobre a discussão de decisões do STF sobre temas da reforma política, se voltará a tratar do assunto.

De igual modo, é preciso cautela para identificação do ativismo judicial nas situações de interpretação dos conceitos linguísticos de conteúdo aberto ou plurissignificativo. O tema também será tratado em tópico específico, mas, de antemão, é preciso dizer que nem sempre haverá ativismo judicial, na perspectiva da criação normativa, apenas porque o julgador interpretou ampliativamente o sentido de um conceito jurídico indeterminado. O que se deve avaliar, em determinados casos, não será a interpretação em si do conceito, mas o resultado da decisão produzida, se houve ou não o caráter de inovação na ordem jurídica.

Enfim, o que se apresenta, a título de reflexão inicial, é que o ativismo judicial significa, sim, uma incursão indevida do Judiciário nas atribuições dos outros Poderes e, nos casos em que configurado, pode ensejar um conflito real entre os órgãos representativos das funções estatais, com nítido prejuízo para o Estado de Direito e, em última medida, à própria democracia. Exatamente por causa dessas relevantes consequências, a identificação de uma decisão ativista deve ser feita mediante a formulação de critérios precisos que demonstrem, especialmente, a total inviabilidade de justificação da exegese adotada na compreensão e aplicação da norma constitucional.

3. COMO IDENTIFICAR O ATIVISMO JUDICIAL: OS LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Embora aparente ser uma redundância semântica, considerando que o conceito do ativismo judicial implica o exercício da função jurisdicional que ultrapassa determinados limites, a questão fundamental para aferir sua verificação na prática consiste, exatamente, no conhecimento adequado desses limites, ou melhor, nas

precisas palavras de ELIVAL DA SILVA RAMOS, na “identificação de parâmetros jurídico-dogmáticos consistentes que permitam qualificar de ativista, isto é, de contrário à Constituição e ao direito, o exercício da função jurisdicional em matéria constitucional”³².

Nesse desiderato, é importante, como ponto de partida, afastar de logo algumas percepções imprecisas sobre a identificação do ativismo judicial.

A primeira consiste na ideia equivocada de que somente ocorre o ativismo quando da invasão pelo Judiciário da atividade essencial exercida por um outro Poder. Embora, de fato, seja mais comum a presença do fenômeno em tais situações, é possível verificar sua ocorrência, no entanto, através da usurpação de uma função anômala exercida pelo outro Poder, podendo-se citar. *v. g.*, o Judiciário se imiscuindo indevidamente na tarefa do Senado Federal de julgar crimes de responsabilidade. Em suma, o que define o ativismo é o extrapolamento da função acometida ordinariamente ao Judiciário, quer afete as atividades contidas no núcleo essencial dos demais Poderes, quer atinja outras funções a eles destinadas.

Uma outra questão a ser esclarecida é que o ativismo judicial, no que se refere ao STF, ocorre não apenas nas decisões relacionadas ao controle de constitucionalidade, mas em todo e qualquer julgado da Corte Suprema que tenha por baliza as normas da Constituição e que possa, eventualmente, avançar para além da sua competência jurisdicional. Por fim, aponte-se que o ativismo não se verifica somente pela criação do direito, mas também em situações que tenham por base uma interpretação deficiente da norma constitucional, como, por exemplo, ao se declarar a incompatibilidade ou a inconstitucionalidade de leis com base em critérios de julgamento menos rigorosos ou com fundamentação povoada de referências inadequadas aos princípios constitucionais ou a normas de conteúdo jurídico indeterminado.

Superadas essas premissas, importante afirmar que o ponto nuclear para identificação do ativismo consiste em verificar se, por consequência da decisão judicial, houve o malferimento ao princípio constitucional da separação dos Poderes. Embora tal concepção não constitua uma indicação dogmática clara, fato é que, para o

³² *Ativismo Judicial ...*, cit., p. 31.

enquadramento de uma decisão como ativista, é preciso primeiro refletir se o julgado acarretou, de alguma forma, a invasão ao exercício de uma atividade acometida pela Constituição a outro Poder. Nesse sentido, avulta a análise das chamadas *questões políticas*, que são as matérias que a Constituição reservou ao crivo de análise discricionária dos Poderes.

Já como critérios dogmáticos específicos, malgrado a dificuldade de sistematização da matéria em razão da permanente criatividade julgadora do STF³³, é possível apontar dois subsistemas de parâmetros teóricos, cada um deles integradas por critérios e elementos específicos indicadores do ativismo, que podem se manifestar nas decisões judiciais, isoladamente ou em conjunto.

O primeiro se relaciona com as atividades de interpretação constitucional e argumentação jurídica, que devem estar de acordo com os métodos, regras e princípios que lhes são inerentes, com o fim de aferir a legitimidade da decisão judicial em frente a certos critérios de controle e para evitar as mutações constitucionais indevidas. O segundo diz respeito à criação do direito na atividade de controle de constitucionalidade e na edição de atos normativos próprios do STF, em desobediência aos pressupostos constitucionais, quando então se verificará a pertinência e legitimidade das fórmulas³⁴ pelas quais se estabelecem as soluções jurídicas aos conflitos que tenham por base a norma constitucional.

Analisa-se, doravante, com maior detalhismo e fundamentação, o conteúdo dos critérios e parâmetros jurídicos hábeis a permitir a identificação do ativismo judicial, no que se refere às *questões políticas*, a interpretação das normas constitucionais, as mutações inconstitucionais, a argumentação jurídica defeituosa e a criação do direito pelo Judiciário.

33 Aponte-se que o ativismo pode se revelar também pela inação do STF, o que sucede nas situações de pedidos de vistas de processos em julgamento por tempo demasiado e na não inserção em pauta de ações de controle de constitucionalidade em que houve decisão liminar pela suspensão da norma impugnada, entre outras hipóteses.

34 No presente artigo, não se fará o estudo do "ativismo processual" como uma categoria jurídica específica. As considerações sobre as fórmulas e técnicas de julgamento da jurisdição constitucional serão adotadas em conjunto com a enunciação dos limites materiais da jurisdição.

3.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES³⁵ E AS QUESTÕES POLÍTICAS

No constitucionalismo moderno, o princípio da separação horizontal dos poderes³⁶ é pedra angular para o reconhecimento da existência de um Estado de Direito, em que se verifique o respeito à lei e a limitação do poder, através de sua divisão, bem como para a efetiva tutela e garantia dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição.

A separação dos poderes comporta duas características primordiais.

Uma, a fixação de um *núcleo essencial* de funções destinadas a cada Poder, a serem exercidas de modo predominante³⁷. Caberá ao Constituinte definir a abrangência concreta dessas atividades,

35 Não é objeto do trabalho o estudo histórico sobre a teoria da separação dos poderes. Vale realçar apenas sua origem em pensamentos da Antiguidade Grega, citando-se ARISTÓTELES, que fazia a distinção entre a “assembleia-geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário” (BONAVIDES, PAULO, *Ciência Política*, 18ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2011, p. 146), em que pese não tenha apontado a necessidade de que as funções fossem realizadas por órgãos distintos. Também foram relevantes os estudos de JOHN LOCKE, com foco na reação ao absolutismo inglês no século XVII, que consignou: (i) a separação dos poderes como instrumento de limitação e controle do poder; (ii) a identificação, de forma expressa, das figuras dos poderes executivo, legislativo e judiciário, a quem deveriam ser atribuídas, separadamente, as funções do Estado (cf. BONAVIDES, PAULO, *Ciência Política* ..., cit., p. 147); e (iii) que a organização em sociedade teve a finalidade de proteção de direitos individuais, tais como os direitos à vida, liberdade e propriedade, cuja proteção também seria efetivada pela divisão dos poderes em mais de um órgão estatal (cf. NADER, PAULO, *Filosofia do Direito*, 23ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 176-177). De outro lado, MONTESQUIEU apresentou a tese, de forma sistemática e fundamentada, em sua célebre obra *Do Espírito das Leis*, em reflexão sobre a realidade francesa de absolutismo do monarca no século XVIII, destacando que a ordenação de poderes e funções gerava a liberdade política, considerada como “aquela tranquilidade de espírito, decorrente do juízo de segurança que cada qual faça acerca de seu estado no plano da convivência social” (BONAVIDES, PAULO, *Ciência Política* ..., cit., p. 149) e que, para manter essa liberdade política, os poderes detinham as faculdades de estatuir e de impedir a prática de determinados atos dos outros poderes. Ainda como registro histórico do tema, lembra CARLOS BLANCO DE MORAIS que “o princípio foi plasmado na arquitetura de poderes da Constituição norte-americana de 1787 e ulteriormente erigido pelo art. 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, dos revolucionários franceses, a pressuposto existencial de uma Constituição: Estado que não consagrasse a separação de poderes nem reconhecesse os direitos fundamentais das pessoas não teria Constituição” (*Curso de ...*, Tomo I, cit., p. 50). Por fim, para análise e compreensão de outros dados e relevantes informações sobre a história do princípio da separação dos poderes, cf. PELICCIOLI, ÂNGELA CRISTINA, *A sentença normativa na jurisdição constitucional*: O Supremo Tribunal Federal como Legislador Positivo, São Paulo, Editora LTr, 2008, p. 53-60.

36 A separação *horizontal* dos poderes diz respeito à distribuição funcional e orgânica das funções de Estado. A separação *vertical* se refere à distribuição territorial e interna de competências entre as unidades políticas de um país, o que corresponde, no Brasil, à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal.

37 JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO bem sintetiza a teoria do núcleo essencial: “Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial.” (*Direito Constitucional*, 6ª ed. revista, Coimbra, Almedina, 1993, p. 691).

tendo por baliza as conformações tradicionais e específicas do objetivo e da natureza de cada um dos Poderes³⁸, a saber: ao Judiciário, julgar os conflitos normativos e de interesse; ao Legislativo, editar as leis; ao Executivo, gerir a administração e os interesses públicos.

Da ideia do núcleo essencial, decorrem as seguintes consequências: (i) o impedimento de um Poder exercer as atribuições dos outros Poderes, especialmente na parcela desse núcleo fundamental; (ii) a vedação de um Poder exercer mais de uma função como atividade primordial, ou seja, não pode haver concentração de funções essenciais no mesmo órgão; e (iii) a necessidade de a Constituição prever as garantias que permitam a cada Poder exercer, com independência, as funções essenciais a que se destinam³⁹.

Não há que se falar, porém, numa separação estanque e rígida de funções, sendo possível que os Poderes executem as chamadas atribuições anômalas, que são admitidas por não afrontarem o núcleo das atividades essenciais dos demais Poderes. O Poder Judiciário, aliado à sua função típica de julgar, pode editar normas sobre o funcionamento de seus tribunais e juízos singulares, além de executar a ordenação de suas despesas e demais tarefas de ordem administrativa. O Legislativo também executa o seu próprio orçamento e julga determinadas autoridades por crimes de responsabilidade. O Executivo, por sua vez, pode expedir decretos regulamentares para a organização de seus órgãos e funções. Outrossim, também compete ao Executivo e ao Judiciário a iniciativa de projetos de leis que tratem sobre o funcionamento de seus órgãos internos e servidores.

A segunda característica dessa teoria é a *interdependência dos poderes*, visto que os órgãos do Estado não são autossuficientes, não exercem suas funções à margem dos outros, mas, ao contrário, podem (e devem) auxiliar-se mutuamente e fiscalizarem

38 É o que defende CARLOS BLANCO DE MORAIS: "O método 'normativo-concreto' de tratamento e compreensão do princípio da separação de poderes a partir das competências constitucionalmente configuradas para diversos órgãos de soberania não pode ser indiferente ao nexo de conexão entre uma dada competência, a essência da função do Estado onde ela se reconduz e o órgão de poder prototípico que deve ser titular do núcleo essencial dessa função." (*Curso de ...*, Tomo I, cit., p. 52).

39 A título de exemplo de garantias constitucionais, os juízes detêm autonomia funcional, inamovibilidade, a irredutibilidade de remuneração; aos parlamentares, há a liberdade de expressar opiniões sem incidirem em crimes contra a honra; ao Presidente da República, não se permite ser processado criminalmente, no curso do mandato, por crimes alheios ao exercício das funções.

uns aos outros, através de controles recíprocos interinstitucionais⁴⁰.

Uma das facetas dessa interdependência consiste na compreensão de que os órgãos devem cooperar entre si para o funcionamento do Estado, através de um relacionamento interinstitucional frequente⁴¹. A outra diz respeito à controlabilidade e às técnicas de contenção dos Poderes, o conhecido sistema de *freios e contrapesos*, que visam a impedir a prática de atos despóticos dos outros Poderes⁴², mediante algumas técnicas específicas⁴³, como o controle prévio ou posterior da validade de determinados atos, o julgamento jurídico ou político de membros dos outros Poderes, ou através de medidas que demonstrem a independência do órgão e o descontentamento político frente a iniciativas irregulares ou ativistas dos demais Poderes.

Demonstra-se, pois, que a separação dos poderes não apresenta, de modo algum, uma concepção de rigidez e distinção absoluta dos encargos estatais. O que se deve ter em consideração é a exigência de que cada Poder exerça de forma preponderante as atribuições típicas que lhes são tradicionalmente outorgadas e que haja o respeito a um núcleo essencial de funções. Os instrumentos de freios e contrapesos servem para garantir esse mínimo existencial

40 Nesse sentido, anota ÂNGELA CRISTINA PELICOLI: "Quando se fala do princípio da separação dos poderes, quer-se atualmente dizer que há 'conexões recíprocas e controles mútuos' entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A idéia de controle, de fiscalização e de coordenação dos Poderes é o eixo em torno do qual hoje gira a reflexão sobre o mencionado princípio." (*A sentença normativa ...*, cit., p. 61).

41 É o que ocorre nos casos de apresentação de informações sobre planos de governo ou relatórios de atuação, nas solicitações de autorização para prática de determinados atos institucionais, no processo de nomeação de membros dos Tribunais ou para os altos cargos da Administração Pública, entre outras situações.

42 Esse sistema de controle difere do exercício de funções anômalas, em que pese ambos convirjam para a garantia da independência e harmonia entre os Poderes. No exercício de funções atípicas, cada Poder cumpre uma competência constitucional que foi definida como necessária para o seu regular funcionamento, sem interferir em qualquer dos demais. Já no controle, há também o exercício de uma competência que repercutirá diretamente no âmbito das atividades exercidas de forma irregular pelo outro Poder, com o fim de contê-lo no abuso.

43 Entre as técnicas tradicionais de controle, podem ser citadas: (i) o instituto do veto do Executivo aos projetos de lei do Legislativo, em que, por razões de inconstitucionalidade ou de ordem pública, impede que o ato normativo aprovado pelo Parlamento entre em vigor; (ii) em contraponto, a possibilidade de o Poder Legislativo rejeitar o veto, impondo assim a prevalência da norma por ele editada; (iii) o julgamento pelo Legislativo de autoridades pela prática de determinados atos que atentem contra a estrutura do Estado, nos chamados processos de *impeachment*; (iv) a atuação do Judiciário na análise da constitucionalidade das leis editadas pelo Parlamento, tornando-as nulas em caso de verificação de vício, bem assim ao declarar a invalidade de normas editadas pelo Executivo, impedindo, de certa forma, a realização de políticas públicas; (v) o julgamento pelo Judiciário de toda e qualquer autoridade, inclusive o Presidente da República e os Membros do Parlamento, pela prática de crimes comuns e demais atos ilícitos de natureza civil, podendo resultar inclusive na perda de seus cargos.

de prerrogativas, afastando abusos e sobreposições de funções por parte dos Poderes. A teoria da separação dos poderes implica, em suma, os seguintes conceitos: (i) a constituição de um núcleo essencial de funções destinadas precipuamente a cada Poder, daí decorrendo a fixação de garantias institucionais e a vedação de sobreposição de funções; e (ii) a interdependência, mediante colaboração e controle recíproco entre os Poderes.

Nesse ambiente de separação dos poderes, surge o primeiro aspecto a denotar um limite à atividade judiciária, as denominadas *questões políticas*, que foram previstas expressamente na Constituição Federal de 1934, que dispunha, em seu artigo 68, ser “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”⁴⁴. Apesar de o enunciado não mais existir depois da Carta de 1937, é possível ainda apontar, com certas reservas interpretativas, que o conteúdo normativo nele estabelecido pode ser extraído, de forma implícita, da Constituição de 1988, notadamente do princípio da separação de poderes.

Com efeito, o exame das *questões políticas* indica a existência de determinadas temáticas que são de exclusiva atribuição de um determinado Poder, que fazem parte da sua essência e razão de ser, não podendo, de nenhum modo, haver a invasão dessas atividades pelo Judiciário, sob pena de grave afronta à separação dos Poderes. Em tais situações, exige-se do Poder Judiciário uma atividade de *self-restraint*, de autocontenção, eximindo-se de apreciar o mérito das aludidas matérias.

A identificação destas questões passa pela compreensão, dentro de um determinado sistema jurídico, de quais são as matérias – ou alguns de seus aspectos – em que se verifica uma exclusiva apreciação discricionária e soberana dos Poderes Executivo e Legislativo, isto é, as hipóteses em que se permite fazer um juízo próprio de conveniência e oportunidade acerca de determinados pressupostos e do conteúdo do ato a ser praticado⁴⁵. Há, assim,

44 Informa ANTONIO UMBERTO DE SOUZA JÚNIOR que “O registro histórico mais antigo do reconhecimento de uma questão política remonta ao ano de 1460: negaram os juizes pedido formulado pelo Duque de York, na Grã-Bretanha, no sentido de que lhe reconhecessem os direitos como legítimo herdeiro do trono. Argumentaram os magistrados competir ‘ao senhor de sangue real e dono dessas terras tomar conhecimento e intrometer-se em tais assuntos’” (*O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas ...*, cit. p. 66).

45 Vale, a propósito, citar a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO sobre a distinção entre ato discricionário e competência discricionária: “Aliás, cabe aqui observar que embora seja comum falar-se em ‘ato discricionário’, a expressão deve ser recebida apenas com uma maneira elíptica

em princípio, um espaço de atuação incindível à análise e controle judicial, pelo qual o Poder (Executivo ou Legislativo) é livre para agir.

Todavia, essa liberdade não é ampla e está sempre vinculada ao regramento constitucional que dispõe sobre a competência e os requisitos do ato jurídico e, ainda, da não superveniência de danos a direitos subjetivos individuais constitucionalmente tutelados. Em tais situações, caberá ao Judiciário interferir, seja para averiguar a observância do devido processo legal instituído para a consecução do ato; seja para apurar e corrigir o ferimento a direitos fundamentais dos cidadãos⁴⁶ ou a interesses dos entes públicos envolvidos; seja, por fim, para o controle de constitucionalidade do ato normativo editado.

Importante também afirmar que o entendimento sobre o que constitui uma questão política tem variado ao longo do tempo na jurisprudência do STF. A princípio, a Corte Suprema adotou uma posição de reverência exagerada aos demais Poderes, deixando de atuar mesmo em casos de flagrante desrespeito a direitos fundamentais, como se verificou no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 300, de 30/04/1892, impetrado em favor de presos políticos, no qual o STF não apreciou o pedido sob o argumento de que a prisão ocorrera ao abrigo da decretação do estado de sítio, em que vigorava a suspensão de garantias constitucionais⁴⁷.

Ademais, considerando a dificuldade de encontrar contornos dogmáticos precisos para a definição das questões políticas⁴⁸, o de dizer 'ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou que o compõem'. Com efeito, o que é discricionária é a competência do agente quanto ao aspecto ou aspectos tais ou quais, conforme se viu. O ato será apenas o 'produto' do exercício dela. Então, a discricção não está no ato, não é uma *qualidade* dele; logo, não é ele que é discricionário, embora seja nele (ou em sua omissão) que ela haverá de se revelar." (*Discricionarietà e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 4ª tiragem, São Paulo, Malheiros Editores, 2000, p. 18, grifo do autor).

46 CLÁUDIO ARI MELLO sugere que, para defesa dos direitos fundamentais, deve o juiz constitucional ignorar a autoconterção e assumir o exercício de um "ativismo judicial moderado", aquele em que se busca o equilíbrio entre a garantia dos direitos e o princípio republicano da preferência dos órgãos políticos na definição dos direitos dos cidadãos. (*Democracia Constitucional ...*, cit., p. 295-300).

47 Cf. TEIXEIRA, JOSÉ ELAERES MARQUES, *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal*, dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 2004, p. 49-60. Disponível em <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/87028>, acesso em 08/09/2018.

48 Cf. MELLO, CLÁUDIO ARI, *Democracia Constitucional ...*, cit., p. 259-265. JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, por sua vez, estabelece alguns critérios para conceituação do instituto: "Uma questão será política, portanto, se estiver afeta, constitucional e privativamente, a um outro Poder (questão meramente ou exclusivamente política), não havendo uma prefixação jurídica de seu conteúdo, conveniência e oportunidade, e se não violar direitos individuais." (*A Constituição reinventada pela*

que se tem feito é o enunciado exemplificativo de determinadas matérias inalcançáveis à jurisdição, ou de controle jurisdicional mitigado, considerando o princípio da separação dos poderes. Podem ser citados, entre outros limites à apreciação do Juiz constitucional, as seguintes temáticas: (i) exercício da sanção ou do veto pelo Presidente da República; (ii) a deliberação legislativa de derrubada do veto; (iii) os atos de natureza *interna corporis* do Parlamento; (iv) a elaboração de medidas provisórias; (v) o julgamento político de membros dos Poderes por crimes de responsabilidade; (vi) a fixação do orçamento público; (vii) a concessão de indultos ou anistias; (viii) a declaração de guerra ou paz; e (ix) a celebração de tratados internacionais.

Advirta-se, porém, que, mesmo sobre alguns desses temas, a jurisprudência do STF tem demonstrado uma evolução acerca da possibilidade de apreciação judiciária de certos aspectos, principalmente quando envolvem a preservação de garantias constitucionais. Nesse sentido, entende-se possível a apreciação do atendimento dos pressupostos de *relevância* e *urgência* para edição das medidas provisórias⁴⁹; a aferição da regularidade de determinados atos *interna corporis* no processo legislativo, tais como os requisitos para instalação de comissões parlamentares de inquérito⁵⁰; a garantia do devido processo legal e a regulação de aspectos processuais do procedimento de *impeachment*⁵¹; e a análise do atendimento das normas constitucionais na lei do orçamento⁵².

jurisdição constitucional, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 320). De outro lado, ELIVAL DA SILVA RAMOS rejeita as questões políticas como parâmetro dogmático para identificação do ativismo judicial, desenvolvendo uma teoria acerca da intensidade do controle judicial sobre alguns atos do Poder Público: (i) ausência de controle judicial sobre o mérito de atos relativos à função de governo, como o estabelecimento do orçamento público; (ii) há um controle mínimo sobre atos jurisdicionais do Legislativo; (iii) controle médio fraco para os atos *interna corporis*, atos de Chefia do Estado e controle de constitucionalidade fundado em princípios; (iv) controle médio forte para o controle de constitucionalidade fundado em regras e de atos administrativos em que haja discricionariedade; e (v) controle forte para os atos administrativos plenamente vinculados (*Ativismo Judicial ...*, cit., p. 150-151 e 154-170).

49 Cite-se, por todos, o julgamento pelo STF da ADI n.º 2.213, Rel. Min. CELSO DE MELLO, em 04/04/2002. Para aprofundar o tema, cf. SAMPAIO, JOSÉ ADÉRCIO LEITE, *A Constituição reinventada ...*, cit., p. 451-458.

50 Cf. *Ibidem*, p. 527-530.

51 Foi o que ocorreu no julgamento, pelo STF, do MS n.º 21.564 (Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, rel. para o acórdão Min. CARLOS VELLOSO, em 23/09/1992), referente ao *impeachment* do ex-Presidente Fernando Collor de Mello; e da ADPF n.º 378 (Rel. Min. EDSON FACHIN, rel. para o acórdão Min. ROBERTO BARROSO, em 17/12/2015), no caso da ex-Presidente Dilma Rousseff. Sobre o assunto, cf. SAMPAIO, JOSÉ ADÉRCIO LEITE, *A Constituição reinventada ...*, cit., p. 313-315 e 530-541; e TEIXEIRA, JOSÉ ELAERES MARQUES, *A doutrina ...*, cit., p. 174-179.

52 Cf. ADI n.º 2.925, de 19/12/2004 (Rel. Min. ELLEN GRACIE, rel. para acórdão Min. MARCO AURÉLIO).

Enfim, em que pese a ausência de critérios que permitam a delimitação precisa sobre o que são as *questões políticas*, fato é que se reconhece, até mesmo pela experiência empírica, a existência de temáticas sobre as quais o Poder Judiciário não compete intervir⁵³, referente às atividades essenciais dos demais Poderes, conforme listagem exemplificativa apresentada. A intervenção judicial somente será possível quando se verificar que a prática do ato encerrou (ou pode ocasionar) dano a direitos subjetivos fundamentais, individuais ou coletivos, casos em que a atuação não se mostrará ativista. As *questões políticas* representam, portanto, um limite inicial à jurisdição constitucional, cujo grau de sindicabilidade deve ser objeto de atenção e cuidado do juiz constitucional para evitar a mácula ao princípio da separação dos poderes.

3.2 A INTERPRETAÇÃO QUE ALTERA O SENTIDO DA NORMA CONSTITUCIONAL

É no âmbito da atividade de interpretação das normas constitucionais que se verifica a maior possibilidade de incidência do fenômeno do ativismo judicial. Isso ocorre porque, como assentado brevemente, as novas concepções acerca do constitucionalismo ensinaram a criação de métodos de interpretação que não encontram ressonância num sistema judicial científico⁵⁴ e que são usados apenas como escudo para permitir uma maior participação do Judiciário na concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Para a identificação de uma jurisdição ativista, é importante, assim, revisitar alguns conceitos da hermenêutica jurídica e da interpretação, notadamente considerando a força normativa da Constituição e seus postulados de princípios e valores. Não é objeto do artigo um estudo aprofundado sobre a interpretação constitucional, mas apenas a referência a critérios dogmáticos básicos sobre o que se pode entender como uma interpretação que segue um caminho racional e transparente para justificar a decisão, apartando-a daquela exegese que desnatura o sentido da norma e configura o ativismo judicial.

53 É que também entendem MELLO, CLÁUDIO ARI (*Democracia Constitucional ...*, cit., p. 258) e SARMENTO, DANIEL (*Por Um Constitucionalismo Inclusivo ...*, cit., p. 261-262).

54 São aqueles métodos que “conduzem à construção progressiva de normas que acabam se distanciando do sentido literal ou comum do dispositivo normativo interpretado” (CAMPOS, CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO, “As dimensões do ativismo judicial ...”, cit., p. 257).

Nesse escopo, vale dizer inicialmente que a interpretação da Constituição não difere em geral da interpretação das normas ordinárias⁵⁵, uma vez que é objetivo comum, em qualquer situação, a identificação do sentido do enunciado normativo, através de certos métodos e critérios. Não obstante, a interpretação constitucional conta com particularidades, considerando especialmente as seguintes circunstâncias: (i) a Constituição é a norma suprema e fonte de legitimidade das demais normas; (ii) a Carta Magna tem como um de seus objetos regular o relacionamento entre os Poderes, influenciando politicamente as decisões nela embasadas; (iii) estabelece a Constituição os direitos fundamentais e as garantias para o seu atendimento; e (iv) as normas constitucionais enfeixam, em geral, enunciados de conteúdo aberto referente aos princípios e valores sociais, políticos e morais que regem as relações sociais.

Outrossim, importante sempre lembrar que a interpretação da norma constitucional se relaciona diretamente com a sua aplicação, uma vez que “não se busca um sentido para a norma senão com o objetivo de conformar a vida social”⁵⁶. Não há mais a dualidade entre interpretação e a aplicação, como sendo a primeira uma mera atividade de revelação abstrata do sentido da norma, e a outra, apenas a fase de concretização e incidência aos fatos. A norma deve ser sempre interpretada considerando as circunstâncias específicas do problema a ser resolvido e a realidade social a ele subjacente, com o fim de buscar a melhor solução possível⁵⁷.

Ainda como pressuposto básico do processo de interpretação, é preciso compreender que *dispositivo* e *norma* são realidades distintas e inconfundíveis. O primeiro é apenas o conjunto de signos linguísticos que formam um enunciado; a norma, por sua vez, é o sentido extraído ou construído a partir da interpretação do texto normativo. Em resumo, “os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”⁵⁸.

55 Cf. CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 1174.

56 MENDES, GILMAR FERREIRA; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET, *Curso de Direito Constitucional*, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2016, p. 79.

57 EROS ROBERTO GRAU ensina que “os textos normativos carecem de interpretação não apenas por não serem unívocos ou evidentes – isto é, por serem destituídos de clareza –, mas sim porque devem ser aplicados a casos concretos, reais ou fictícios” (*Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/ Aplicação do Direito*, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 29).

58 ÁVILA, HUMBERTO, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 11ª ed. revista, São Paulo, Malheiros Editores, 2010, p. 30.

Essa questão revela-se importante porque, no plano da validade, pode haver distinção entre o dispositivo e os possíveis sentidos normativos dele advindos. Com propriedade, afirma ELIVAL DA SILVA RAMOS que a “invalidade de uma lei, para exemplificar, nem sempre corresponde à invalidade de todos os seus dispositivos e normas, sendo que, por vezes, se verifica uma certa dissociação entre dispositivo e norma também sob o prisma de sua higidez, podendo um dispositivo válido conter norma inválida”⁵⁹.

Um outro pressuposto primordial a ser fixado é que a interpretação não pode alterar o sentido possível do enunciado normativo, pois, como ensina LUÍS ROBERTO BARROSO, “os conceitos e possibilidades semânticas do texto figuram como ponto de partida e como limite máximo da interpretação”⁶⁰. Ou seja, o primeiro dos limites interpretativos é o próprio texto do dispositivo objeto da interpretação, de modo que não pode o juiz constitucional criar, como resultado da interpretação, um sentido normativo impossível de ser extraído dos signos linguísticos do objeto interpretativo⁶¹. Permite-se ao julgador, utilizando-se de alguns critérios e em certas situações, apenas ampliar a aplicação da norma a hipóteses não previstas pelo legislador, notadamente quando da interpretação dos princípios e das disposições que contenham vocábulos de conteúdo jurídico indeterminado.

Por fim, além dos pressupostos apontados da atividade de interpretação, para a correta apreensão do sentido da norma constitucional e para fins de transparência e controle da jurisdição constitucional, necessário se mostra a utilização de um método específico e dos princípios instrumentais da interpretação constitucional, bem

59 São as hipóteses de inconstitucionalidade parcial do ato normativo e de inconstitucionalidade parcial qualitativa, sem redução do texto (*Ativismo Judicial ...*, cit., p. 191). Também pode existir diferença de tratamento entre o dispositivo e a norma no plano da eficácia, considerando especialmente as normas que traduzem os direitos sociais e econômicos. Esse tema, contudo, diz respeito ao ativismo judicial frente ao Poder Executivo, na intromissão na definição de políticas públicas, que não é objeto do presente estudo.

60 *Curso de ...*, cit., p. 330.

61 Por isso é que LÊNIO LUIZ STRECK adverte, com razão, que “quando se popularizou a assertiva de que texto não é igual à norma e que a norma é o produto da interpretação do texto, nem de longe quer dizer que o texto não vale nada ou que a norma e texto sejam ‘coisas à disposição do intérprete’, ou, ainda, que depende do intérprete a ‘fixação da norma’” (“Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto”, *In* STRECK, LÊNIO LUIZ e MORAIS, JOSÉ LUIZ BOLZAN DE (org.), *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, p. 114).

assim que a densificação de conceitos jurídicos indeterminados e a ponderação dos conflitos normativos sejam realizadas através de critérios racionais de justificação, o que se verá a seguir.

3.2.1 O MÉTODO E OS PRINCÍPIOS INSTRUMENTAIS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Um método de interpretação permite a identificação de um *iter* procedimental de cunho racional para se alcançar o efetivo significado da disposição normativa e permitir sua correta aplicação. É através do método que se atinge a própria cientificidade do Direito, porquanto não existe conhecimento jurídico sem um caminho para compreensão da norma⁶². Nesta senda, a ausência de um método adequado de interpretação ou a utilização desordenada de mais de um método podem indicar uma prática ativista na decisão do juiz constitucional.

Três são os métodos de interpretação constitucional tradicionalmente apontados pela doutrina: o hermenêutico-clássico, o tópico e o hermenêutico-concretizador⁶³.

No modelo *clássico* ou tradicional, a interpretação é vista como uma atividade técnica de extração do sentido do texto constitucional através de um raciocínio silogístico, mediante utilização dos elementos tradicionais de interpretação jurídica apontados por SAVIGNY, sem que haja uma hierarquia ou ordenação entre eles, que devem ser combinados e controlados reciprocamente na exegese da norma constitucional. Para compreensão do enunciado, procede-se a sua interpretação textual ou gramatical, mediante análise estrita de seu texto e dos possíveis sentidos morfológicos; à interpretação sistemática, compreendendo a norma dentro de um ordenamento jurídico e a sua relação com outras normas; à interpretação histórica, em que se analisam os registros do processo de criação da

62 Nessa compreensão, explica CARLOS BLANCO DE MORAIS que “o método permite, nomeadamente: identificar os elementos da interpretação; determinar o modo como estes se conjugam entre si; medir o peso diferencial que poderão ter na revelação da solução interpretativa; elencar cânones ou pontos de vista racionais que permitam controlar, no plano argumentativo, a solidez da solução final obtida; e fundamentar o ajustamento dessa solução à resolução de uma situação problemática.” (*Curso de ...*, Tomo II, cit., p. 617). Sobre a importância da escolha do método como uma questão de poder, cf. *Idem*, “As ‘ideologias da interpretação’ ...”, cit., p. 288-290.

63 Essa classificação acompanha o entendimento de BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET (*Curso de Direito Constitucional ...*, cit., p. 89) e de BARROSO, LUÍS ROBERTO (*Curso de ...*, cit., p. 316-317), os quais seguem a categorização elaborada por ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE.

norma; e à interpretação teleológica⁶⁴ ou axiológica, com o escopo de verificar o atingimento dos fins visados pela norma.

Além desses elementos doutrinários, o método clássico propugna o respeito às regras de hermenêuticas previstas em atos normativos formais. Nesse sentido, os artigos 1º a 6º do Decreto-Lei n.º 4.657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) preveem diversas regras específicas que orientam a interpretação, como as que tratam do direito intertemporal (parâmetros de vigência, hierarquia e revogação das normas), da vedação da escusa de desconhecimento da lei, dos casos de suprimento da omissão legislativa, das finalidades a serem observadas na aplicação das normas, do respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada, entre outras disposições⁶⁵.

O método *tópico* (ou tópico-problemático), idealizado por THEODOR VIEHWEG, compreende “a Constituição como um conjunto aberto de regras e princípios, dos quais o aplicador deve escolher aquele que seja mais adequado para a promoção de uma solução justa ao caso concreto que analisa”⁶⁶. O foco da análise é o problema a ser resolvido, sendo a Constituição um conjunto de múltiplos argumentos para a solução. O intérprete não está preso à norma jurídica para resolver a questão, podendo encontrar argumentos viáveis na realidade histórica, nos valores e princípios gerais do Direito⁶⁷.

Não teve esse método difusão relevante em países de tradição do sistema *civil law*, notadamente naqueles marcadas por profunda variedade de valores tutelados pelos diversos atores sociais, sendo mais comumente utilizado no regime do *common law*, no qual, em

64 Para DIMOULIS, DIMITRI (*Positivismo ...*, cit., p. 151), porém, deve-se “rejeitar os métodos teleológicos porque adulteram os conteúdos normativos fazendo referência a uma (suposta e oculta) vontade do legislador (teleologia subjetiva) ou a necessidade de modificação da norma em detrimento de seu conteúdo (teleologia objetiva)”, sendo que “nos dois casos, o intérprete faz um indevido recurso a elementos que não pertencem ao sistema jurídico”.

65 Também se pode afirmar a existência de alguns axiomas apontados pela doutrina, que igualmente servem de parâmetros à atividade interpretativa, como por exemplo, as assertivas de que as normas restritivas de direito devem ser interpretadas restritivamente e a de que não há palavras inúteis na lei.

66 MENDES, GILMAR; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET, *Curso de Direito Constitucional ...*, cit., p. 90.

67 Explica JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO que, por esse método, “os aplicadores-interpretadores servem-se de vários *tópoi* ou pontos de vista, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto constitucional, a interpretação mais conveniente para o problema” (*Direito Constitucional e Teoria ...*, cit., p. 1175).

geral, se valorizam os fatos e os precedentes judiciais na interpretação da norma jurídica e há um certo consenso sobre o conteúdo valorativo da Constituição. Contudo, a despeito das críticas, parte da doutrina aponta que o método tópico “contribuiu de maneira decisiva para a percepção de que fato e realidade são elementos decisivos para a atribuição de sentido à norma, mitigando o poder da norma abstrata e o apego exagerado a uma visão sistemática do Direito”⁶⁸.

Por fim, pelo método *concretizador*, difundido por KONRAD HESSE, o objeto primordial de análise é o texto constitucional, mas sem perder de vista a importância da realidade social para a correta solução da tarefa interpretativa⁶⁹. Por esse método, a atividade interpretativa deve primeiro identificar o *programa normativo* do enunciado, que constitui o sentido do texto obtido pela utilização dos elementos tradicionais de interpretação e dos cânones específicos de exegese constitucional, para depois o relacionar com o *ambiente normativo*, a realidade política e social em que a norma será concretizada. A interpretação é realizada em razão dos fatos a ela incidentes, testando os sentidos possíveis do texto constitucional de acordo com sua aplicação na realidade concreta, isto é, “transformando a interpretação em ‘movimento de ir e vir’ (círculo hermenêutico)”⁷⁰ pela atividade mediadora do intérprete.

Para tanto, deve-se valorizar a pré-compreensão do intérprete para o fim de descobrir o sentido da norma constitucional, mediante a consciência da realidade social que circunda a interpretação e aplicação da norma jurídica⁷¹. Além da norma e do problema, importante também se mostra a figura do intérprete, que passa a funcionar não apenas para extrair tecnicamente o sentido do enunciado, mas como executor de uma função criativa do direito que complementa o trabalho do legislador na densificação de conceitos

68 BARROSO, LUÍS ROBERTO, *Curso de ...*, cit., p. 347.

69 Cf. HESSE, KONRAD, “A interpretação constitucional”, tradução de Inocêncio Mártires Coelho, *In Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 101-122; e BARROSO, LUÍS ROBERTO, *Curso de ...*, cit., p. 317.

70 CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, *Direito Constitucional e Teoria ...*, cit., p. 1176.

71 SARMENTO, DANIEL (*Por Um Constitucionalismo Inclusivo ...*, cit., p. 220-231), em que pese reconhecer a importância das pré-compreensões do intérprete, afirma não ser esse aspecto o único e mais relevante fator para a obtenção do melhor resultado interpretativo, sob pena de se autorizar o arbítrio nas decisões judiciais, sendo necessário, portanto, que haja um método adequado para controle da atividade hermenêutica, que incluirá a própria avaliação crítica das mencionadas pré-compreensões.

abertos, no intuito de alcançar o cumprimento dos valores havidos como relevantes para a sociedade.

O método concretizador não ignora a relevância dos elementos clássicos de interpretação. Porém, consciente da insuficiência desses elementos para o descortino do sentido das normas constitucionais, especialmente naquelas em que há espaços fluidos ou conceitos indeterminados para a densificação pelo intérprete (princípios e certas regras), referido método acrescenta outros parâmetros para concretizar os valores constitucionais e nortear a tarefa hermenêutica, que são os cânones ou princípios estruturais de interpretação constitucional.

Em que pese variadas as classificações doutrinárias acerca desses princípios estruturais, e de seus segmentos, relevante apontar os mais comuns enumerados pela doutrina, os princípios da *unidade* da Constituição, da *supremacia* da Constituição e da *divisão de poderes*.

Pelo princípio da *unidade* da Constituição, entende-se que a norma constitucional integra um corpo harmônico de normas de igual hierarquia, de modo a serem evitadas as antinomias, considerando o todo uniforme e indivisível da Constituição. Parte-se do pressuposto que o Constituinte, como um ser racional, estabeleceu uma ordenação jurídica sem contradições intrínsecas, devendo o intérprete esforçar-se para encontrar soluções que permitam a convivência harmônica das normas constitucionais, especialmente das normas-princípios.

Já pelo princípio da *supremacia* da Constituição, compreende-se que as normas constitucionais são hierarquicamente superiores às demais normas ou atos oriundos dos Poderes constituídos, de modo que dele “decorre uma condição de *constitucionalidade* a que estão sujeitos todos os atos estatais”⁷². Há, pois, uma diretriz de que as ações do Estado devem encontrar fonte de justificação nas normas constitucionais e nos direitos fundamentais lá estabelecidos, sob pena de serem declaradas inconstitucionais através de um controle conferido, em geral, a um órgão do Poder Judiciário, que exerce a jurisdição constitucional.

72 FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES, *Estado de Direito e Constituição*, 4ª ed. revista e atualizada, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 87, grifo do autor.

A supremacia da Constituição é respaldada pelos seguintes subprincípios: (i) máxima eficácia e efetividade, que orienta o intérprete a buscar o sentido do texto que garanta a maior eficácia possível à norma constitucional, ou seja, que almeje maior aptidão para a produção dos seus efeitos naturais; (ii) força normativa da Constituição⁷³, pelo qual se devem priorizar as soluções que possibilitam “a atualização normativa da constituição e, ao mesmo tempo, garantam a sua eficácia e permanência”⁷⁴; e (iii) interpretação conforme a Constituição, em que, presumindo-se constitucional a lei editada, deve o intérprete, desde que não desnature o conteúdo semântico do dispositivo, obter um sentido da lei que esteja em harmonia com a Constituição, desprezando os que lhe forem contrários.

Por fim, como decorrência da separação dos poderes, o princípio *da conformidade ou correção funcional*, que propugna um imperativo de deferência, pelo Judiciário, às competências dos outros Poderes do Estado. Consiste, em suma, na impossibilidade de a tarefa interpretativa gerar, como resultado, um sentido que afete danosamente o sistema de competências definidas na Constituição para os poderes estatais. Por tal princípio, deve o Judiciário adotar a *judicial self-restraint*, uma autocontenção para evitar a prática de atividade tipicamente política, sem prejuízo, obviamente, do regular exercício de sua função da jurisdição constitucional e de controle dos atos do Poder Público⁷⁵.

Esses cânones ou princípios de interpretação são meros auxiliares no desempenho da tarefa hermenêutica e não há hierarquia entre eles, até porque, por exemplo, uma análise com enfoque apenas no princípio da máxima efetividade pode desencadear uma solução que ofenda o princípio da conformidade, caso se verifique infringência à separação dos poderes. Exige-se, portanto, cautela na justificação do uso dos princípios de interpretação constitucional,

73 Cf. HESSE, KONRAD, *A força normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

74 SARLET, INGO WOLFGANG; MARINONI, LUIZ GUILHERME; MITIDIERO, DANIEL, *Curso de Direito Constitucional*, 3ª ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 229.

75 Vinculado a esse princípio, a doutrina das *capacidades institucionais* reconhece que o Judiciário não detém conhecimento técnico aprofundado em certas temáticas, a exemplo da área econômica, sendo necessário maior respeito às opções dos outros Poderes ou a proposição de um *diálogo institucional* para o fim de se preservar as capacidades e competências dos órgãos estatais e evitar a prática do ativismo judicial (cf. *Ibidem*, p. 233).

que devem, quando possível, ser combinados para a obtenção da melhor solução interpretativa⁷⁶.

Apresentados os conceitos, é possível então apontar um método preferencial para se alcançar a melhor solução de interpretação e aplicação da norma constitucional?

Do que se anotou, e sem embargo da existência de outros métodos de interpretação constitucional referenciados pela doutrina⁷⁷, vê-se claramente que o método *tradicional*, embora não seja sempre o mais adequado, ainda é extremamente relevante para a exegese constitucional, porquanto se apresenta como ponto de partida para descoberta do sentido da norma. O *tópico*, de outro lado, ao se preocupar demasiadamente com o problema, independentemente da solução normativa, não pode ser considerado como método científico para um regime jurídico em que a norma é a fonte primária do Direito⁷⁸.

Desta forma, o método *concretizador* é o que se mostra como o mais acertado para interpretação da norma constitucional e garantia da transparência e controle no agir do Juiz⁷⁹, uma vez que busca conciliar três aspectos importantes para a interpretação e

76 Importante, a propósito, a advertência apresentada por INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO: "Nesse sentido, com apoio em Böckenförde, deve-se esclarecer, desde logo, que esses princípios não têm caráter normativo, o que significa dizer que eles não encerram interpretações de antemão obrigatórias, valendo apenas como simples tópicos ou pontos de vista interpretativos, que se manejam como argumentos – sem gradação, nem limite – para a solução dos problemas de interpretação, mas que não nos habilitam, enquanto tais, nem a valorar nem a eleger os argumentos utilizáveis em dada situação hermenêutica. (...) Quanto à sua função dogmática, deve-se dizer que embora se apresentem como enunciados lógicos e, nessa condição, pareçam anteriores aos problemas hermenêuticos que, afinal, ajudam a resolver, em verdade, e quase sempre os princípios da interpretação funcionam como fórmulas persuasivas, das quais se valem os aplicadores do direito para justificar pré-decisões que, mesmo necessárias ou convenientes, sem o apoio desses cânones interpretativos se mostrariam arbitrárias ou desprovidas de fundamento." ("Fiscalização da Constituição: métodos e princípios da interpretação constitucional", *In Direito e Cidadania*, Ano V, n.º 18, Praia, 2003, p. 194).

77 PAULO GUSTAVO GONET BRANCO cita os métodos *científico-espiritual*, de RUDOLF SMEND, pela qual a Constituição é "um sistema cultural e de valores de um povo, cabendo à interpretação aproximar-se desses valores subjacentes à Constituição", e o *jurídico-estruturante*, de FRIEDRICH MÜLLER, um desenvolvimento do método concretizador, pelo qual "a norma não se confunde com o seu texto (programa normativo), mas tem a sua estrutura composta também pelo trecho da realidade social em que incide (o domínio normativo), sendo esse elemento indispensável para a extração do significado da norma" (*Curso de Direito Constitucional ...*, cit., p. 90-91).

78 Como alerta JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, "A concretização do texto constitucional através dos *tópoi* merece sérias reticências. Além de poder conduzir a um casuismo sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas. A interpretação é uma actividade normativamente vinculada, constituindo a *constitutivo scripta* um limite ineliminável (Hesse) que não admite o sacrifício da primazia da norma em prol da prioridade do problema (F. Müller)." (*Direito Constitucional e Teoria ...*, cit., p. 1175-1176).

79 Cf. HESSE, KONRAD, "A interpretação constitucional" ..., cit., p. 103.

aplicação da norma: (i) a relevância que assume o fato social e as consequências do resultado interpretativo⁸⁰; (ii) a necessidade de respeito aos critérios tradicionais de interpretação que conformam, entre outros aspectos, a observância dos limites linguísticos do texto normativo; e (iii) a liberdade e importância do intérprete na concretização dos princípios e vetores axiológicos da Constituição.

Ressalte-se, contudo, que esse método não pode ser utilizado acriticamente, ao sabor das preferências do intérprete. A despeito de se admitir “um influxo axiológico no processo de descodificação de princípios constitucionais que incorporem valores morais ou políticos socialmente aceites”⁸¹, as normas e princípios possuem sentidos mínimos de entendimento, premissas para sua utilização e focos de aplicação específicos, não podendo o intérprete ir além do que permite o conjunto de valores previstos na Constituição Federal, bem como desprezar os elementos tradicionais da interpretação e os princípios de interpretação constitucional.

3.2.2 O USO DA PONDERAÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os elementos clássicos de interpretação – que representam o programa normativo do método concretizador – são adequados à análise de dispositivos em que há uma precisão maior na determinação de seu conteúdo, ou seja, especialmente para a interpretação das *regras*, aquelas normas que contêm a previsão de condutas já estabelecidas pelo legislador como hábeis a atingir uma finalidade. A Constituição, porém, também abrange normas do tipo princípios, que são comandos indicativos de valores e interesses a serem perseguidos, sem a identificação prévia da conduta mais adequada para tal mister. Nesta situação, o intérprete tem maior liberdade para verificar a compatibilidade entre os efeitos concretos que a norma busca realizar e a promoção dos valores albergados nos princípios constitucionais⁸², isto é, o seu ajustamento ao ambiente

80 Mais uma vez a lição de KONRAD HESSE: “Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação” (*A força normativa ...*, cit., p. 22).

81 MORAIS, CARLOS BLANCO DE, *Curso de ...*, Tomo II, cit., p. 621. Acerca de outras considerações críticas, negativas e positivas, sobre o método concretizador, cf. *Ibidem*, p. 626-628.

82 Cf. ÁVILA, HUMBERTO, *Teoria dos princípios ...*, cit., p. 78-79.

normativo, o que não pode, obviamente, ser feito apenas com base nos critérios interpretativos tradicionais.

Neste sentido, o intérprete deve se valer de cânones específicos de interpretação constitucional, entre os quais se mostra relevante o da *unidade da Constituição*, que funciona como uma diretiva de interpretação, um objetivo de harmonia normativa a ser alcançado. Referido princípio, ademais, tem relação direta com outros princípios ou postulados⁸³ que lhe conferem uma certa estrutura formal para a extração do sentido das normas-princípio e para solução das colisões normativas, notadamente as que envolvem direitos fundamentais. Assim, reforça-se a unidade da Constituição pelo princípio geral da *concordância prática*, que busca a harmonização dos bens jurídicos em conflitos; pela *ponderação*⁸⁴ ou balanceamento, para delinear o princípio ou interesse prevalente numa dada situação; e pela *proteção ao núcleo essencial* do direito a ser restringido, que também merece proteção constitucional⁸⁵.

Vale dizer, contudo, que os princípios ou postulados da concordância prática, ponderação e proteção do núcleo essencial de um direito fundamental não apresentam, como característica intrínseca, uma estrutura capaz de garantir ou fornecer um caminho metódico para se alcançar a convivência harmônica entre os bens, direitos e interesses em conflito. Devem, portanto, ser complementados por outros postulados, sendo seus suportes primordiais a razoabilidade, a proporcionalidade e a proibição do defeito⁸⁶.

83 É a nomenclatura utilizada por HUMBERTO ÁVILA, que considera os postulados como as condições essenciais que permitem a interpretação de um objeto cultural, classificando-se em: (i) hermenêuticos, voltados à compreensão do Direito; e (ii) aplicativos, que estruturam a aplicação concreta do Direito (*Ibidem*, p. 123-124). Nesse trabalho, em que pese algumas reservas, será seguida a sugestão do citado autor, com o objetivo principal de diferenciar os postulados dos princípios de interpretação constitucional.

84 Para ANA PAULA DE BARCELOS, a ponderação consiste na “*técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais*” (*Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 23, grifo do autor).

85 JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO acrescenta, como relacionado à unidade da Constituição, o princípio do efeito integrador, pelo qual “na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política.” (*Direito Constitucional e Teoria ...*, cit., p. 1187).

86 A razoabilidade e a proporcionalidade, em que pese suas origens denotem uma ideia de controle da prática de atos do Poder Público que acarretam danos a direitos fundamentais, passaram a ser utilizados como critérios interpretativos, especialmente acerca da constitucionalidade de normas que possam, igualmente, afetar direitos dos cidadãos (cf. SARLET, INGO WOLFGANG *et al.*, *Curso de ...*, cit., p. 226). A proibição do defeito também é relevante no controle das omissões estatais e na proteção deficiente dos direitos fundamentais.

O postulado da razoabilidade serve para estruturar a aplicação das normas e é utilizado em vários contextos e finalidades. HUMBERTO ÁVILA aponta três acepções⁸⁷: (i) *razoabilidade como equidade*, em que se busca a harmonização da norma geral com o caso individual a ser considerado (razoável é o que normalmente acontece); (ii) *razoabilidade como congruência*, em que se faz a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação (a norma precisa estar vinculada à realidade); e (iii) *razoabilidade como equivalência*, em que se exige “uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona”⁸⁸.

Já o princípio ou postulado da proporcionalidade concede ao intérprete uma estrutura metódica e lógico-racional para a tarefa hermenêutica de solução de conflitos entre direitos fundamentais, propugnando, em síntese, que a medida ou a norma em análise deve ser adequada ao fim a que se propugna; a menos lesiva ao direito violado e com a mesma intensidade de satisfação do interesse perseguido; e a que ofereça um quadro geral de efeitos positivos satisfatórios em comparação com os danos ocasionalmente gerados ao direito prejudicado⁸⁹.

Por fim, a proibição do defeito (ou da proteção deficiente)⁹⁰ impõe ao Estado o dever de agir, de editar normas ou praticar atos com vistas à garantia e aplicação dos direitos fundamentais. O postulado da proibição do defeito oferece uma justificação dogmática ao intérprete para adotar, quando for o caso, uma interpretação extensiva da norma constitucional, visando a abranger situações inicialmente não previstas pelo Constituinte, mas que podem ser extraídas do contorno de abrangência dos valores constitucionais.

87 Cf. *Teoria dos princípios ...*, cit., p. 154-160.

88 *Ibidem*, p. 160.

89 Sobre o conceito e aplicação do postulado da proporcionalidade, cf. MELLO, Ruy Nestor Bastos, “O princípio da proporcionalidade como instrumento de controle das restrições normativas à elegibilidade nos sistemas jurídicos do Brasil e de Portugal”, *In* Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, *Revista Populus*, vol. 6, Salvador, 2019, p. 208/214. Disponível em <http://eje.tre-ba.jus.br/course/view.php?id=58>, acesso em 15/5/2021.

90 GILMAR MENDES entende que a proteção insuficiente do direito fundamental constitui uma função ou parcela do princípio da proporcionalidade (*Curso de Direito Constitucional ...*, cit., p. 226). Em sentido oposto, VITALINO CANAS aduz que o princípio da proibição do defeito se distingue do princípio da proporcionalidade (por ele nominado de proibição do excesso), porquanto possuem “pressupostos de aplicação, âmbito de aplicação, estrutura e objeto, regime jurídico e funções diversas” (*O princípio da proibição do excesso na conformação e controlo dos atos legislativos*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 957).

Expostas as noções gerais sobre o cânone da unidade da Constituição e seus postulados instrumentais, as questões que se afiguram mais importantes, para fins de identificação do ativismo judicial na interpretação de princípios ou na resolução de colisões normativas, dizem respeito a saber quando é que se faz necessária a utilização da ponderação e como fazê-la de modo a apresentar uma justificação racional sobre a decisão adotada.

Sobre o primeiro aspecto, a opção pela forma de interpretação e aplicação da norma dependerá do grau de acerto da descrição da conduta contida na disposição normativa, sendo certo que “o peso do *programa normativo no processo de interpretação de princípios é menor do que o que subjaz à descodificação das regras*”⁹¹. Em outras palavras, quando o texto normativo estiver bem detalhado e definido, bastará a utilização dos elementos clássicos interpretativos para sua compreensão; no entanto, se a norma do tipo princípio contiver conceitos jurídicos de precisão indefinida ou apontar valores morais e políticos de relevância social, “o peso da *etapa concretizadora resulta ser bem mais significativa*”⁹², sendo imprescindível socorrer-se da técnica de ponderação de bens e valores, com o auxílio dos postulados estruturais informados, para definir o sentido da prescrição.

É preciso, assim, cuidado do intérprete para não utilizar a ponderação de forma desenfreada, para definição de toda querela jurídica, uma vez que a *preferência* de ordenação para descortino do sentido da norma é a dos elementos tradicionais de interpretação (com auxílio dos cânones de interpretação constitucional) e, somente na impossibilidade de resolução da causa, é que se deve partir para atividade ponderativa⁹³. O importante é restringir ao máximo a carga de subjetivismo sobre a opção do juiz constitucional, com o fim de garantir a segurança jurídica, sem olvidar a possibilidade de atualização da norma constitucional.

91 MORAIS, CARLOS BLANCO DE, *Curso de ...*, Tomo II, cit., p. 664, grifo do autor.

92 *Ibidem*, p. 664, grifo do autor.

93 A propósito, veja-se a crítica sagaz de ARTHUR MAXIMUS MONTEIRO sobre o uso indevido da ponderação pelo Judiciário brasileiro, inclusive em desacordo com as lições apresentadas por ROBERT ALEXY: “Verdadeiramente, a ‘nova hermenêutica’ não oferece resposta satisfatória a uma simples indagação: por que fugir do método subsuntivo se for possível extrair da norma constitucional, ou de sua regulamentação ordinária, um resultado ‘*amparado por uma solidez lógica e finalística*’ evidente? Invocar de antemão a ponderação, muitas vezes ignorando regras estabelecidas pelo legislador ordinário, representa deturpação manifesta do método propostos pelo jusfilósofo alemão” (*Controle de constitucionalidade...*, cit. p. 107, grifo do autor).

Outrossim, a ponderação não deve ser realizada de forma acrítica e irracional, sendo necessário elencar alguns critérios mínimos de descoberta do sentido da norma ou, pelo menos, de justificação adequada da posição adotada. Um desses critérios, a ser anotado mais adiante, diz respeito à densificação dos conceitos jurídicos indeterminados e ao respeito ao sentido normativo possível da expressão normativa. Além desses aspectos, a atividade de concretização de princípios não pode resultar, de forma alguma, na criação de norma pelo juiz constitucional, com a fixação de regra de conduta não estabelecida previamente pelo legislador.

Outro critério relevante a se adotar consiste na compreensão de que certos princípios constitucionais têm precedência de valor axiológico em relação aos demais, como, por exemplo, os princípios democrático, da soberania nacional e da separação dos poderes, que, preferencialmente, não devem ceder perante outros em caso de conflitos⁹⁴. Também se entende que as liberdades públicas têm um valor constitucional mais elevado do que os direitos sociais e econômicos, ressalvada a preservação do direito ao mínimo existencial⁹⁵.

Já com relação à ponderação propriamente dita, elenca HUMBERTO ÁVILA algumas etapas estruturais para a referida operação: (i) *preparação da ponderação*, em que se faz a análise de todos os elementos circundantes ao caso, identificando o que deve ser ponderado; (ii) *realização da ponderação*, justificando o porquê da primazia de um bem em relação ao outro; e (iii) *reconstrução da ponderação*, estabelecendo as regras de relação entre os bens sopesados, com a pretensão de estender sua validade para outras situações similares⁹⁶.

Advirta-se, em arremate, que, por mais que a doutrina apresente critérios mínimos de estruturação da ponderação, não se impedirá a existência de um grau de subjetivismo do julgador no momento de optar por conferir maior peso a esse ou a aquele prin-

94 Cf. MORAIS, CARLOS BLANCO DE, *Curso de ...*, Tomo II, cit., p. 673. Em sentido diverso, LUÍS ROBERTO BARROSO, aponta não haver hierarquia em abstrato entre os princípios constitucionais (*Curso de ...*, cit., p. 371).

95 Cf. SARMENTO, DANIEL e SOUZA NETO, CLÁUDIO PEREIRA DE, *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*, 2ª ed., Belo Horizonte, Forum, 2017, p. 526-527.

96 Cf. ÁVILA, HUMBERTO, *Teoria dos princípios ...*, cit., p. 146-147. De forma semelhante, cf. BARROSO, LUÍS ROBERTO, *Curso de ...*, cit., p. 376-381, e BARCELOS, ANA PAULA DE, *Ponderação ...*, cit., p. 92.

cípio⁹⁷. O que se exige, em resumo, é que o julgador apresente, de forma exaustiva, as razões jurídicas que impuseram a necessidade da operação de ponderação e o porquê da solução por ele adotada, sob pena de, não o fazendo, impedir o devido controle social e político da decisão e de configurar, pela deficiência dessa justificação, uma situação de ativismo judiciário.

3.2.3 DENSIFICAÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Os enunciados normativos de uma Constituição, especialmente aqueles que expressam princípios, valores ou diretrizes, contêm geralmente vocábulos de conteúdo aberto, cujos sentidos não podem ser determinados pela mera leitura de seu texto, exigindo, ao contrário, uma atividade de complementação de seu significado, a ser realizado pelo intérprete e considerando as circunstâncias de um problema a ser resolvido.

Esse modelo linguístico das normas constitucionais reflete uma técnica legislativa utilizada pelo Constituinte em razão da impossibilidade de tutelar todos os valores e direitos a reger a vida comunitária a partir de conceitos fechados e regras concretas de convivência. O legislador, portanto, precisou utilizar termos plurissignificativos para definir o plexo de princípios e fundamentos relevantes na Constituição, permitindo, de outro vértice, a sua concretização pelos intérpretes com base em argumentos a serem extraídos do próprio ordenamento jurídico, incluindo os valores morais estabelecidos positivamente⁹⁸.

Nessa atividade de densificação se reconhece que haverá certo grau de variação no entendimento do enunciado constitucional, o que pode representar um risco à segurança jurídica que se

97 Objeta-se, assim, a orientação apontada por ALEXY a respeito da possibilidade de quantificar os pesos dos valores dos interesses em conflito e, através de uma formulação matemática, discernir o valor preponderante, uma vez que "a justificação da atribuição de um maior peso a um princípio sobre outro, num processo de concretização estribado na técnica da ponderação assenta, essencialmente, na pertinência da argumentação jurídica e técnica, e menos em fórmulas matemáticas, incapazes de quantificar com rigor, elementos qualitativos de expressiva relevância" (MORAIS, CARLOS BLANCO DE, *Curso de ...*, Tomo II, cit., p. 682, grifo do autor).

98 Observe-se que os *hard cases* submetidos à jurisdição constitucional, como a autorização da eutanásia ou o aborto de fetos anencefálicos, não se resolvem tão somente com base em regras de conteúdo fechado, mas exigem a argumentação jurídica fundada em princípios de ordem moral, a serem extraídos da própria Constituição. O que não se pode admitir é o intérprete pretender "modificar a decisão do legislador quando há divergência sobre a 'ideia' de direito e de justiça" (DIMOULIS, DIMITRI, *Positivismo ...*, cit., p. 101).

espera do ordenamento. Assim, é fundamental estabelecer alguns parâmetros básicos que permitam identificar limites impostos ao intérprete, sob pena de ultrapassar o sentido admissível da norma jurídica e, eventualmente, configurar o ativismo judicial.

A primeira nota a que o julgador deve se ater é que, considerando o princípio da separação dos poderes, ao legislador é conferida a primazia do trabalho de concretização das normas constitucionais e apreensão de seus conceitos jurídicos. Na sua função de legislar, cabe-lhe adotar certas premissas de entendimento sobre os fatos e as normas jurídicas, devendo, de regra, o Poder Judiciário adotar uma postura de deferência para com essa liberdade discricionária do Poder Legislativo, olvidando-se de invalidar uma norma sem que se verifique uma efetiva transgressão aos princípios reitores da Constituição ou aos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos.

Um outro pressuposto da atividade de densificação é a compreensão racional de que os conceitos contidos nos enunciados, por mais vagos e imprecisos, possuem “*algum conteúdo determinável*, isto é, certa densidade mínima, pois, se não o tivessem, não seriam conceitos e as vozes que os designam sequer seriam palavras”⁹⁹. Há, assim, zonas de certeza positiva e de certeza negativa quanto à compreensão e aplicação do conceito indeterminado a uma dada situação fática ou jurídica, não se podendo aceitar que o intérprete adote uma significação não permitida pelo signo linguístico em exame.

Neste sentido, ensina JORGE MIRANDA que a tarefa de delimitação ou densificação do conteúdo jurídico dos conceitos indeterminados deve ser “pautada pela perspectiva dos princípios, bens e interesses constitucionalmente relevantes”¹⁰⁰, não sendo permitido o intérprete “*transfigurar* o conceito, de modo a que cubra dimensões essenciais e qualitativamente distintas daquelas que caracterizam a sua intenção jurídico-normativa”¹⁰¹.

99 MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE, *Discricionariedade ...*, cit., p. 28-29, grifo do autor.
100 *Teoria do Estado e da Constituição*, 3ª ed. revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 324.

101 *Ibidem*, p. 324, grifo do autor. JORGE MIRANDA acrescenta que o legislador, em que pese sua margem maior de conformação, também não pode ampliar demasiadamente o sentido de um conceito jurídico indeterminado.

Uma hipótese aceitável de densificação consiste em verificar se o conceito exposto na Constituição já possui alguma significação na legislação ordinária. Não se trata de interpretar a Carta Magna a partir da lei, mas sim de buscar a harmonia de todo o ordenamento, não se podendo aceitar que o sentido de um vocábulo constitucional seja distinto daquele já concebido como adequado na lei infraconstitucional e, ainda mais, quando tem o apoio da doutrina¹⁰².

Enfim, a simples presença de conceitos jurídicos vagos nas normas constitucionais não encerra uma escusa para a prática de decisões judiciais ativistas, sob o fundamento de que o intérprete teria uma liberdade maior na tarefa de criação da norma concreta ao caso em análise. Em verdade, a técnica de exposição normativa de termos plurissignificativos exprime um dever ao julgador de encontrar um sentido razoável ao enunciado, respeitando a posição do Legislador, com base em conceitos racionais e mediante a apresentação de uma fundamentação hábil ao convencimento dos demais atores do processo judicial e político.

Como conclusão final sobre a temática da interpretação, pode-se afirmar que o conhecimento dos aspectos básicos sobre a interpretação constitucional contribui para divisar alguns limites para a atuação do intérprete na tarefa de encontrar sentido aos enunciados normativos, os quais, se ultrapassados, podem configurar o ativismo judicial. Também resta assentada a importância da utilização adequada dos métodos, elementos e princípios de interpretação constitucional e do dever que o intérprete tem de apresentar à crítica doutrinária qual foi o caminho racional adotado para encontrar o sentido da norma constitucional.

É fundamental, portanto, que a exegese a ser empreendida pelo intérprete compreenda e respeite os aspectos básicos e essenciais do processo de interpretação, uma vez que a não observância do método adequado e o apego demasiado a critérios que levam em conta apenas as preferências do intérprete fatalmente implicarão uma atividade que foge aos parâmetros da jurisdição constitucional, podendo implicar o indesejável ativismo judicial.

102 Por isso é que PAULO GUSTAVO GONET BRANCO afirma que “se o constituinte se dedica a disciplinar um assunto de cunho técnico, os termos de que se vale, em princípio, devem ser compreendidos como o são na área do saber especializado” (*Curso de Direito Constitucional ...*, cit., p. 85).

3.3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL “INCONSTITUCIONAL”

A mutação constitucional consiste na “mudança do conteúdo e do alcance das normas constitucionais pela via informal, isto é, sem que seja alterado o texto da Constituição”¹⁰³ através dos mecanismos formais e clássicos das emendas constitucionais. Essa alteração informal do sentido preexistente da norma constitucional pode também encerrar um campo frutífero para incidência do ativismo judicial.

A mutação da Constituição pode se manifestar de várias formas¹⁰⁴, sendo relevante, no particular, analisar a alteração que decorre do processo de (re)interpretação da norma constitucional e avaliar se a mudança do sentido da norma é adequada (mutação constitucional), traduzindo o equilíbrio entre a rigidez e a plasticidade das normas constitucionais; ou se ela é inválida (mutação inconstitucional¹⁰⁵), por afrontar o princípio da supremacia da Constituição.

Importante deixar claro que a mutação constitucional difere da interpretação evolutiva, aquela que ocorre quando se amplia a aplicação da norma a uma hipótese de incidência não prevista ou que não existia na época da edição do ato normativo. A marca essencial da mutação constitucional é a mudança de sentido da norma em comparação com um entendimento anterior, demonstrando, em tese, a natural evolução do pensamento jurídico com base na realidade social que circunda a norma.

Para que não se configure, contudo, uma mutação inconstitucional, é preciso que sejam observados os mesmos limites relacionados à interpretação, conforme já aduzidos, importando que se preserve, no processo interpretativo, a carga semântica possível e racional a ser extraída da descrição normativa e os princípios es-

103 SARLET, INGO WOLFGANG *et al.*, *Curso de ...*, p. 161.

104 É possível verificar a mutação constitucional em razão do costume constitucional (por exemplo, ao se aceitar que o Presidente possa negar aplicação à lei inconstitucional) ou por força da legislação infraconstitucional (quando se desencadeia uma nova interpretação avalizada pela doutrina em geral).

105 Adota-se, no artigo, a distinção semântica enunciada por ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ: “A expressão *mutação constitucional* é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, significado e o alcance da Constituição *sem contrariá-la*; as modalidades de processos que introduzem alteração constitucional, contrariando a Constituição, ultrapassando os limites constitucionais fixados pelas normas, enfim, as alterações inconstitucionais são designadas por *mutações inconstitucionais*.” (*Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, 2ª ed., Osasco, EDIFIEO, 2015, p. 10, grifo do autor.)

senciais que estabelecem um sentido de unidade da Constituição para cumprimento de seus propósitos fundamentais.

Em suma, conforme aponta CARLOS BLANCO DE MORAIS, ocorrerá a mutação constitucional interpretativa inadequada “quando as jurisdições constitucionais, com ou sem conexão com o direito constitucional positivo, revelam critérios materiais de decisão de natureza inovadora que não defluem ‘prima facie’ da semântica do texto da Lei Fundamental e que implicam alterações constitutivas no ordenamento constitucional”¹⁰⁶.

A frequente crítica que se faz em derredor da mutação constitucional levada a efeito pelo STF – e de seu possível caráter de ativismo judicial – geralmente se relaciona com a ausência de segurança jurídica de seus próprios precedentes.

Isso porque a mutação constitucional, em regra, deve constituir um processo relativamente lento, sedimentado através de ponderada e consistente reflexão jurídica sobre o conteúdo da norma constitucional, mas a experiência prática do STF demonstra que o ritmo de alterações interpretativas tem sido muito rápido, denotando pouca deferência para com o sentido normativo da Constituição¹⁰⁷. O tema, no particular, será novamente apreciado quando da análise crítica da apreciação pelo STF da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, especificamente acerca da regularidade ou não da mutação constitucional sobre a possibilidade de estender ao direito eleitoral o princípio da não culpabilidade penal.

3.4 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DEFICIENTE

Um outro parâmetro para verificar o ativismo judicial se relaciona com a argumentação jurídica exigida para justificar a decisão judicial, ou seja, a existência de “um teste argumentativo

106 *Curso de ...*, Tomo II, cit., p. 250.

107 Veja o caso da prisão por decisão condenatória de segunda instância. No período republicano, o STF sempre admitiu essa possibilidade, mas em 05/02/2009, no julgamento do HC n.º 84.078, Rel. Min. EROS GRAU, a Corte passou a proibir a “execução antecipada da pena”. Já em 17/02/2016, no HC n.º 126.292, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, o STF retomou a posição inicial, admitindo a “execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação”. O tema voltou a ser tratado em 04/04/2018, no julgamento do HC n.º 152.752, Rel. Min. EDSON FACHIN, impetrado pelo ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, sendo mantida a posição de 2016, mas com a maioria mínima de um voto. Por fim, esse entendimento foi modificado no julgamento das ADCs n.ºs 43, 44 e 54, em 7/11/2019, DJe de 11/11/2019, em que se assentou a constitucionalidade do art. 283 do CPP, que somente permite as modalidades de prisões em flagrante delito, cautelares (temporárias e preventivas) ou decorrentes de condenação transitada em julgado.

minimamente rigoroso que comprove a solidez da solução final encontrada”¹⁰⁸. Impõe-se, assim, que a decisão judicial cumpra certos requisitos dogmáticos e científicos que permitam a sua compreensão e aceitabilidade jurídica e social.

Referida exigência é sobremaneira importante para análise dos conhecidos *hard cases*, aqueles que envolvem conceitos jurídicos indeterminados ou colisões de princípios e direitos fundamentais, cuja solução não será obtida de modo evidente a partir de uma regra específica do ordenamento jurídico. É essencial que o Juiz, na atividade de ponderação a ser realizada, esclareça fundamentadamente a opção escolhida para construir a norma do caso concreto, não sendo suficiente apenas apontar que um direito ou princípio prevalece sobre o outro, mas sim o porquê dessa constatação, através de uma justificação material racional¹⁰⁹. Se não o fizer, pode-se estar diante de uma decisão judicial ativista, que cria ou altera indevidamente a solução desenhada pelo legislador para o caso em exame¹¹⁰.

Nesse desiderato, a doutrina especializada aponta alguns requisitos de justificação que devem estar contidos, em maior ou menor escala, nas decisões judiciais¹¹¹: (i) a fundamentação jurídica deve se basear, até mesmo implicitamente, em norma formal contida no sistema jurídico, válida e vigente; (ii) o fundamento adotado deve ter um caráter de generalidade, sendo possível sua utilização para outros casos semelhantes e não apenas como posição casuística¹¹²; (iii) deve haver a análise sobre os precedentes

108 MORAIS, CARLOS BLANCO DE, *Curso de ...*, Tomo II, cit., p. 435. Cite-se também o preciso ensinamento de LUÍS ROBERTO BARROSO: “A argumentação jurídica é um caso especial da teoria da argumentação. Com tal, deve obedecer às regras do discurso racional: as conclusões devem decorrer logicamente das premissas, não se admite o uso da força ou da coação psicológica, deve-se observar o princípio da não contradição, o debate deve estar aberto a todos, dentre outras. Paralelamente, outras regras específicas do discurso jurídico deverão estar presentes, como a preferência para os elementos normativos do sistema, o respeito às possibilidades semânticas dos textos legais, a deferência para com as deliberações majoritárias e a observância dos precedentes, para citar alguns exemplos.” (*Curso de...*, cit., p. 383).

109 Cf. BARCELOS, ANA PAULA DE, *Ponderação ...*, cit., p. 41-48.

110 EDUARDO APPIO salienta, com precisão, que “A interpretação judicial de cláusulas constitucionais abertas pode representar, em alguns casos, uma verdadeira tirania judicial, nas hipóteses em que a motivação da decisão do juiz se revele insuficiente, bem como nos casos em que a motivação do ato é apenas aparente e tem por fito esconder os verdadeiros motivos da decisão.” (*Controle Judicial ...*, cit., p. 60).

111 Cf. BARROSO, LUÍS ROBERTO, *Curso de ...*, cit., p. 354 e 384-387; e SAMPAIO, JOSÉ ADÉRCIO LEITE, *A Constituição reinventada ...*, cit. p. 773-785.

112 Nesse sentido, KARL LARENZ: “O juiz que interpreta uma lei afirma implicitamente que ela ‘corretamente’ deve interpretar-se assim em *todos* os seus casos futuros, e não doutro modo. A atividade

judiciais¹¹³, para o fim de confirmá-los ou, se for o caso, negar sua aplicação fundamentadamente; e (iv) devem ser avaliadas as consequências da deliberação judicial, os efeitos positivos e negativos a serem produzidos, especialmente para evitar o sacrifício de direitos fundamentais.

Observe-se, contudo, que estes parâmetros mencionados se voltam para a solução de apenas um dos problemas da argumentação jurídica, que é o da “verificação da correção ou validade de uma argumentação que, consideradas certas premissas fáticas e a incidência de determinadas normas, conclui que uma consequência jurídica deve ser aplicada ao caso concreto”¹¹⁴. Avalia-se o momento final de aplicação da norma, sem se preocupar com a identificação dos fatos e das normas aplicáveis.

Sucedem que esses dois últimos elementos (fatos e normas) são também relevantes para a teoria da argumentação jurídica, porquanto é a partir da correta observação da integralidade dos fatos relevantes e da regular escolha das normas jurídicas a serem objeto de análise que se poderá construir uma fundamentação justificada para a decisão judicial. A não observância correta dessas fases na argumentação pode ensejar a omissão (deliberada ou não) de aspectos fundamentais para a decisão judicial, a qual, em razão disso, poderá ser descrita como ativista.

Assim é que, ao se aplicar um princípio a uma situação concreta, tal apreciação deve ser feita a partir da densificação dos conceitos contidos no enunciado normativo, não bastando sua mera exposição acrítica, porquanto o princípio possui conteúdo e requisitos de incidência¹¹⁵. Também não pode o exegeta ignorar

interpretativa do juiz está, tal como a da ciência, subordinada à exigência da ‘correção’ dos seus resultados, ‘correção’ no sentido de razão suficiente do conhecimento. Tem-se aqui em vista, é certo, não apenas uma correção lógico-formal, mas também correção, ou antes, rectidão, material, no sentido dum conhecimento *correcto* no seu conteúdo” (*Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed., tradução de José de Souza Brito e José Antônio Veloso, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, *apud* RAMOS, ELIVAL DA SILVA, *Ativismo Judicial ...*, cit., p. 173).

113 CARLOS BLANCO DE MORAIS aponta os precedentes do próprio juiz constitucional como “normas de *soft law*, que operam como ‘fontes-facto’ e se assumem materialmente como um prolongamento da própria Constituição na qualidade de sub-critérios complementares da Lei Fundamental” (*Curso de ...*, Tomo II, cit., p. 644), situando-os como aspectos relevantes de análise do elemento histórico da interpretação.

114 BARROSO, LUÍS ROBERTO, *Curso de...*, cit., p. 387-388.

115 DANIEL SARMENTO também apresenta um critério relevante para fundamentação jurídica que demande a aplicação de princípios: “Deve-se adotar a premissa de que quanto mais vaga for a norma a ser aplicada, e mais intenso o componente volitivo envolvido no processo decisório, maior deve ser o ônus argumentativo do intérprete, no sentido de mostrar que a solução por ele adotada é a

a existência de pressupostos objetivos estabelecidos na norma constitucional para conformar sua decisão ou mesmo para deixar de aplicá-los¹¹⁶.

A argumentação jurídica, com base em todos os elementos de interpretação expostos e após uma depurada seleção dos fatos e das normas jurídicas, permitirá o convencimento da racionalidade e plausibilidade da solução determinada pelo juiz constitucional. Na tentativa de se evitar o ativismo judicial, não se está a buscar a adoção da decisão certa, com base numa norma estática do ordenamento jurídico; o que se almeja, numa teoria moderna do constitucionalismo, são decisões aceitáveis, dentre as opções axiológicas estabelecidas pelo Constituinte e desde que racional e juridicamente fundamentadas.

3.5 A CRIAÇÃO DO DIREITO PELO JUDICIÁRIO¹¹⁷

O ativismo judicial que mais tem afetado o Parlamento ocorre quando o Judiciário se arvora na principal tarefa do Legislativo, adotando decisões que, em verdade, se traduzem na edição de normas em abstrato e inovam na ordem jurídica, criando o direito.

Como sabido, a norma jurídica regula, ordinariamente, comportamentos através de disposições gerais e abstratas, que valem para todos. A jurisdição, por sua vez, implica o julgamento de conflitos intersubjetivos ou normativos, que se efetiva pela conformação do direito objetivo e com o fim de garantir a pacificação social. O juiz aprecia os conflitos e decide através da interpretação

que melhor realiza os valores do ordenamento naquele caso concreto.” (*Por Um Constitucionalismo Inclusivo ...*, cit., p. 265).

116 Um exemplo de ativismo judicial é o julgamento pelo STF, em 20/03/2014, da Reclamação n.º 4.335, Rel. Min. GILMAR MENDES, na qual se consignou o “efeito *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso”, reinterpretando-se o papel do Senado Federal definido no artigo 52, X, CF, apenas para conferir publicidade às decisões de inconstitucionalidade do STF. Para ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, essa decisão “viola diretamente a própria força normativa da Constituição escrita e a efetividade de suas normas, cujo respeito obriga todos os poderes constituídos, inclusive o STF, que, como guardião da Constituição, deve a ela se curvar” (“Jurisdição Constitucional: conflitos e tensões entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo”, *In Espaço Jurídico Journal of Law*, vol. 17, n.º 1, 2016, p. 198. Disponível em <http://dx.doi.org/10.18593/ejil.v17i1.5805>, acesso em 08/09/2018).

117 Apesar de o defeito na interpretação da norma ser a principal fonte do ativismo judicial, a indicação da “criação do direito” como um parâmetro específico se justifica por duas razões: (i) a inovação da ordem jurídica pelo Judiciário é uma evidência que torna mais fácil a percepção de uma prática ativista; e (ii) há situações em que a criação do direito não decorre de sofisticadas técnicas interpretativas, mas apenas do resultado objetivo da aplicação direta de regras e fórmulas do controle da constitucionalidade das normas.

e aplicação das normas jurídicas produzidas pelo Legislativo, nelas incluídas as regras concretas de conduta e os princípios jurídicos que dão sustentação axiológica ao ordenamento jurídico.

É certo, destarte, que o STF não pode exercer uma atividade de expansão do ordenamento jurídico, mediante criação de regras gerais de conduta, notadamente a imposição de sanções não estabelecidas em lei ou na Constituição. A jurisprudência, nos sistemas romano-germânico (*civil law*), não constitui fonte formal de direito, não cria a norma jurídica, apenas serve como referência de atuação, às vezes obrigatória, aos demais integrantes do Judiciário.

Observe-se, porém, que não é tão simples a identificação de uma atividade judicial ativista que invade a tarefa de criação do direito. A moderna teoria da hermenêutica jurídica admite como válida uma certa atividade criadora do julgador quando da interpretação e aplicação da norma a um caso concreto. O magistrado tem o poder/dever de extrair o sentido do enunciado jurídico e, ao concretizá-lo para uma dada situação, promove as necessárias adaptações ou desdobramentos, criando a norma jurídica de decisão e, ao fim e ao cabo, contribuindo para a formação do direito no caso específico analisado.

De igual modo, não há ativismo judicial na modalidade de interpretação evolutiva, em que ocorre “o ajustamento do sentido de certos preceitos constitucionais a novas realidades políticas, económicas e sociais que o respectivo enunciado não abarcava expressamente”¹¹⁸. Não se cria, nesta situação, uma norma geral e abstrata, apenas se amplia a hipótese de incidência de aplicação da norma, como sói ocorrer nos casos de inovações tecnológicas que passaram a ser objeto de apreciação posteriormente à edição da norma¹¹⁹.

A distinção que marca a atividade jurisdicional e legislativa quanto à criação do direito é que a primeira, diferentemente da segunda, está sempre vinculada direta ou indiretamente ao comando expresso na lei ou na Constituição¹²⁰. Ao Judiciário somente se permite criar o direito por uma norma concreta de decisão

118 MORAIS, CARLOS BLANCO DE, *Curso de ...*, Tomo II, cit., p. 250.

119 Por exemplo, a norma que garante o direito de privacidade deve ser interpretada ampliativamente para proteger o cidadão por ofensas através da *internet*, ambiente que não existia quando da promulgação da CF-88.

120 Cf. RAMOS, ELIVAL DA SILVA, *Ativismo Judicial ...*, cit., p. 122.

estabelecida em conformidade com os parâmetros normativos previamente estatuídos pelo direito positivo. O legislador, ao contrário, é livre para moldar novos comportamentos jurídicos, através da edição de atos normativos primários, que encontram limites apenas na Constituição.

Em suma, o que se propõe como conceito de ativismo judicial perante o Poder Legislativo, com relação à criação do direito, é a atividade do juiz constitucional que, através da “manipulação do conteúdo normativo do ato controlado”¹²¹ ou da inobservância dos pressupostos constitucionais para a prolação da decisão judicial, estabelece um novo marco normativo no ordenamento jurídico, estatutando, permitindo ou proibindo algo impossível de ser construído a partir de uma interpretação racional da Constituição¹²².

Importante apresentar, com mais detalhes, algumas destas situações de atividade criadora do direito a servirem de critérios limitadores do ativismo judicial¹²³.

3.5.1 AS SENTENÇAS MANIPULATIVAS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE¹²⁴

No âmbito específico do controle de constitucionalidade, as decisões que inovam a ordem jurídica são denominadas de

121 *Ibidem*, p. 202.

122 A essa descrição, ÂNGELA CRISTINA PELICOLI dá o nome de *sentença normativa*, ou seja, o “termo que abarca o conjunto das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal que criam norma geral e abstrata, transformando, adequando, modificando e integrando o texto de lei ou de ato normativo, com o objetivo de concretizar a Constituição.” (*A sentença normativa ...*, cit., p. 184).

123 Além das situações mencionadas nesse estudo, a criação do direito pelo STF pode ocorrer pela simples inobservância da regra básica processual de limitar a sentença aos termos do pedido. É o que ocorreu no julgamento da Petição n.º 3.388 (Rel. Min. AYRES BRITTO, decisão de 19/03/2009), em que se pretendia a declaração de nulidade do processo de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Em sua decisão, o STF não se limitou a declarar a regularidade constitucional do mencionado processo, mas estabeleceu, em acréscimo, que fossem cumpridas determinadas “salvaguardas institucionais”, consideradas como “pressupostos para o reconhecimento da demarcação efetuada”. Em verdade, o STF inovou no ordenamento jurídico, ao estabelecer regras sobre o procedimento, requisitos e condições para a demarcação de terras indígenas, não previstas na legislação.

124 No tópico em análise, apenas são identificadas as técnicas decisórias do controle de constitucionalidade que podem ensejar o ativismo judicial pelo vício da criação do direito. Há, contudo, outros tipos de decisões que também podem configurar o ativismo, mas não pela inovação da ordem jurídica, a saber: (i) a declaração de *inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade*, que é adotada pelo STF “quando a situação que ensejou a propositura da ação direta se mostrar absolutamente inalterada em razão do estado de fato consolidado ou possibilitar um agravamento no seu estado de inconstitucionalidade caso pronunciados os seus efeitos” (CUNHA JÚNIOR, DIRLEY DA, *Controle de Constitucionalidade ...*, cit., p. 252); e (ii) a técnica do *apelo ao legislador*, quando o juiz constitucional verifica uma *inconstitucionalidade progressiva* da norma, a declara constitucional, mas incita o legislador a corrigir um vício nela incidente que a tornará, no futuro, inconstitucional.

decisões *ou sentenças manipulativas em sentido amplo*¹²⁵ e são aquelas “que importam, em alguma medida, na interferência sobre o conteúdo normativo dos dispositivos legais fiscalizados, logrando impor aos operadores e destinatários do sistema jurídico variantes interpretativas ou efeitos, em detrimento de outros que, *prima facie*, deles também se poderiam extrair”¹²⁶.

Uma de suas espécies são as *sentenças interpretativas*, nomeadas por CARLOS BLANCO DE MORAIS de “sentenças interpretativas condicionais”¹²⁷, pelas quais se propõe a existência de “alternativas exegéticas diversas, associadas ao enunciado normativo, algumas conformes e outras desconformes à Constituição”¹²⁸. Para análise da configuração do ativismo judicial nesta espécie de decisão, deve-se avaliar o fundamento jurídico utilizado para definir o sentido normativo havido por adequado e para excluir aquele entendido como indevido, bem assim – e principalmente – se o sentido obtido da norma é passível de ser justificado pela própria interpretação constitucional.

As sentenças interpretativas podem ser de duas modalidades¹²⁹. A primeira são as *decisões interpretativas de rejeição ou improcedência*, pelas quais não se acolhe a imputação de inconstitucionalidade por considerar ser possível extrair do dispositivo um sentido normativo que seja compatível com a Constituição. Essa decisão é diferente de uma simples improcedência do pedido porque, na sua justificação, anota-se a inconstitucionalidade de uma determinada interpretação da norma, valendo apenas aquela apontada como conforme a Constituição.

De outro lado, há as *decisões interpretativas de acolhimento*

125 BERNARDO DE MENDONÇA TEIXEIRA CASTRO alude ao conceito de “sentenças intermédias”, que seria um terceiro gênero entre as sentenças de rejeição e de procedência de inconstitucionalidade, englobando, de forma geral, as “sentenças manipulativas” do conteúdo da decisão e as sentenças modeladoras dos efeitos da decisão. (*As sentenças intermédias na ordem constitucional nacional*, Coimbra, Edições Almedina, 2016, p. 65-66).

126 RAMOS, ELIVAL DA SILVA, *Ativismo Judicial ...*, cit., p. 213. Especificamente sobre a manipulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade, cf. SAMPAIO, FLÁVIA CERQUEIRA, “Os efeitos diferidos para o futuro de uma decisão de inconstitucionalidade”, In MORAIS, CARLOS BLANCO DE (coord.), *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional*, Lisboa, AAFDL, 2009, p. 665-734.

127 *Justiça Constitucional: o direito do contencioso constitucional*, Tomo II, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 376.

128 RAMOS, ELIVAL DA SILVA, *Ativismo Judicial ...*, cit., p. 215.

129 Acerca das distinções entre os tipos de sentenças interpretativas, cf. LOPES, PEDRO MONIZ, “Sobre as sentenças de inconstitucionalidade parcial qualitativa”, In MORAIS, CARLOS BLANCO DE (coord.), *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional*, Lisboa, AAFDL, 2009, p. 497-525.

ou procedência, que são “aquelas que sancionam com inconstitucionalidade parcial qualitativa o ato legislativo controlado, restringindo a sanção de invalidade não a alguns de seus dispositivos (inconstitucionalidade parcial quantitativa), mas a determinadas variantes interpretativas associadas a um ou mais de um de seus enunciados normativos”¹³⁰. Nessa decisão, o tribunal declara a inconstitucionalidade parcial qualitativa, sem redução de texto, o que significa que o dispositivo analisado permanece em vigor na sua integralidade, vedando-se, contudo, a extração de um (ou mais de um) sentido normativo reputado inconstitucional pelo julgador.

Essas técnicas de decisões judiciais de controle de constitucionalidade, por si sós, não afrontam a Constituição, inclusive são previstas formalmente no ordenamento jurídico, conforme art. 28 da Lei n.º 9.968/99. Contudo, o que deve ser objeto de extremo cuidado é a verificação se o juiz constitucional, com o fim de compatibilizar a lei com a Constituição ou para rejeitar expressamente um sentido normativo, resultou por admitir como válida uma exegese do dispositivo que afronta a teoria da interpretação constitucional, notadamente com desrespeito à margem de conformação que suporta a literalidade do dispositivo examinado¹³¹.

A outra espécie das sentenças manipulativas consiste nas *sentenças manipulativas em sentido estrito*, aquelas que “não se limitam a trabalhar o conteúdo dos dispositivos legais fiscalizados mediante a discriminação entre programas normativos compatíveis ou não com a Constituição”¹³², mas buscam uma nova compreensão do dispositivo, amparado em elementos extraídos de outras normas, com o fim de ampliar ou reduzir o seu espaço de incidência normativa. Em tais situações, o juiz “procede a uma modificação e

130 RAMOS, ELIVAL DA SILVA, *Ativismo Judicial ...*, cit., p. 218. CARLOS BLANCO DE MORAIS classifica as decisões interpretativas de acolhimento como sentenças redutivas, “dado que restringem sempre o conteúdo normativo, real ou hipotético, emergente de uma determinada disposição, eliminando uma norma inconstitucional que nela se encontra contida” (*Justiça Constitucional ...*, cit., p. 403).

131 Exemplo de ativismo foi o julgamento da ADI n.º 4.277 (Rel. Min. AYRES BRITTO, decisão de 05/05/2011), em que o STF, ignorando a expressa e literal disposição do artigo 223, § 3º, CF, pelo qual se reconhece como entidade familiar “a união estável entre o homem e a mulher”, estendeu o sentido da norma para abranger também as relações homoafetivas, conferindo interpretação conforme ao artigo 1.723 do Código Civil para “dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar”. Em que pese louvável moralmente a decisão do STF, que visava à proteção contra quaisquer formas de preconceito, fato é que a disciplina constitucional era (e é) absolutamente clara, sendo operada, em verdade, uma alteração indevida de seu sentido.

132 RAMOS, ELIVAL DA SILVA, *Ativismo Judicial ...*, cit., p. 220.

integração das normas submetidas ao seu exame, de modo a que estas adquiram um conteúdo diferente do que aquele que originalmente possuíam”¹³³.

Dentro dessa categoria, há as *sentenças aditivas*, quando se declara inconstitucional uma norma, sem ou com redução de seu texto, geralmente por infração ao princípio da igualdade, porque deixou de prever uma certa situação em que deveria atuar ou não previu sua incidência a certos destinatários. Por essa técnica, diferentemente da decisão interpretativa de acolhimento, o Tribunal primeiro elimina o sentido normativo havido por inconstitucional e, depois, procede à reconstrução do dispositivo, determinando sua ampliação a uma nova hipótese de incidência ou a outros destinatários. A disposição normativa deve ser então interpretada sempre com o acréscimo de sua parcela adjuntiva estabelecida pelo juiz constitucional.

A princípio, trata-se de uma regular fórmula ou técnica de controle de constitucionalidade embasada na interpretação extensiva da norma sob análise, mas o que precisa ser observado, para verificação do ativismo judicial, é se a parte acrescida ao sentido do dispositivo está devidamente respaldada por uma fonte normativa própria do ordenamento jurídico (não pode ser criação original do Judiciário) e autorizada pelo espaço natural de abrangência da norma a ser expandida, de acordo com os seus naturais limites interpretativos¹³⁴.

A doutrina alude ainda às *sentenças aditivas de princípio*¹³⁵, que são as que declaram a inconstitucionalidade da norma e, identificando uma lacuna, geralmente axiológica, apontam ao legislador um determinado princípio jurídico a ser levado em consideração para a correção da irregularidade. Nesta espécie, não há a componente aditiva, posto que a reconstrução da norma será feita pelo Legislativo, levando em conta ou não o princípio estabelecido pelo

133 CASTRO, BERNARDO DE MENDONÇA TEIXEIRA, *As sentenças intermédias ...*, cit., p. 119.

134 É o que bem explica ELIVAL DA SILVA RAMOS: “Os marcos fronteiriços (tênuos, reconheça-se) entre uma sentença manipulativa aditiva, respeitosa do ordenamento jurídico, e o ativismo judicial podem ser divisados em dois aspectos fundamentais: o princípio ou a norma constitucional especificamente justificante deve gozar de plenitude eficaz, sendo que a disciplina legislativa dele ou dela discrepante deve estar compreendida no seu campo de abrangência; de outra parte, o dispositivo ou o conjunto de dispositivos (regime jurídico) objeto da expansão reconstrutiva deve contar com uma textualidade que a ela dê suporte, vale dizer, que não a coloque, inequivocamente, fora de seu espaço de interpretação.” (*Ativismo Judicial...*, cit., p. 224).

135 Cf. MORAIS, CARLOS BLANCO DE, *Justiça Constitucional...*, cit., p. 441-446.

Tribunal. Esse tipo de decisão pode ser considerado ativismo judicial se o princípio jurídico tiver força vinculante, situação que limitaria a liberdade de conformação do legislador.

Uma outra categoria são as *sentenças substitutivas ou criativas*, quando se declara inconstitucional um dispositivo porque ele prevê, de forma equivocada, uma certa disciplina quando, na verdade, outra seria a correta, sendo esta que passa a ser determinada pelo juiz constitucional. Em tais situações, o julgador decide com base em valores ou princípios constitucionais, mas em desacordo com a literalidade da disposição normativa, sendo claro exemplo de ativismo judicial, porquanto é o juiz que cria a norma geral e abstrata.

3.5.2 ATOS NORMATIVOS “PRÓPRIOS” DO STF EM DESACORDO COM A CONSTITUIÇÃO

Na pretensão de sistematizar os critérios materiais para identificação do ativismo judicial, pode-se dizer que o fenômeno também se verifica quando o próprio guardião da norma constitucional dela se dissocia na prática de atos relacionados a sua competência normativa, na edição de ato normativo que ultrapasse o feixe de competências indicadas nos incisos I e II do artigo 96 da Constituição Federal, relacionadas ao regramento de atos internos do Tribunal. A inobservância dessa regra constitucional consistiria numa inovação indevida na ordem jurídica e, portanto, configuraria o ativismo judicial.

Um outro possível exemplo de atividade criadora de norma pelo STF são as súmulas vinculantes, previstas no artigo 103-A da Constituição Federal, que “consubstanciam comandos dirigidos aos órgãos administrativos e judiciários, para que interpretem determinada lei ou dispositivo legal (ou constitucional) ou adotem postura quanto à validade ou eficácia de determinada lei ou dispositivo legal de modo coerente com o entendimento sumulado”¹³⁶.

A Constituição estabelece alguns pressupostos para edição da súmula vinculante, notadamente as exigências de que a matéria a ser nela tratada: (i) tenha sido objeto de reiteradas decisões da Corte Superior; (ii) constitua uma controvérsia atual entre órgãos do Judiciário ou entre estes e a Administração; e (iii) seja relevante

¹³⁶ RAMOS, ELIVAL DA SILVA, *Ativismo Judicial...*, cit., p. 312.

ao ponto de causar grave insegurança jurídica e possível aumento da demanda judicial sobre o assunto¹³⁷. Além disso, o objeto de discussão na súmula deve ser a validade, a interpretação e a eficácia de uma determinada norma.

Trata-se, sem dúvidas, de ato de criação do direito pelo STF¹³⁸, mas limitado pela específica disciplina constitucional, que tem por finalidade apenas a reprodução de um entendimento jurídico previamente estabelecido e consolidado na Suprema Corte para prevenir litígios e evitar a reprodução desenfreada de causas judiciais. Porém, se não forem atendidos esses pressupostos, a súmula vinculante implicará inovação indevida na ordem jurídica¹³⁹.

Outra situação a merecer exame é sobre os efeitos da decisão proferida pelo STF em Mandado de Injunção (MI). De forma exemplificativa, no julgamento dos MIs n.ºs 670, 708 e 712, relacionadas à mora do Congresso na regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, o STF editou a norma específica para o trato da matéria¹⁴⁰, rompendo com a tradição de apenas cientificar o Legislativo para suprimento da omissão.

Questiona-se, então: a edição da norma pelo STF, no julgamento de mandado de injunção, é um exemplo de ativismo judicial? Não necessariamente.

O mandado de injunção, segundo forte pensamento doutrinário

137 Adverte ALEXANDRE DE MORAES que “a *controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica* é requisito essencial para edição das *súmulas vinculantes*, deixando clara uma das finalidades dessa nova previsão constitucional, qual seja, a garantia da segurança jurídica, ao exigir a necessária discussão sobre os múltiplos argumentos jurídicos, antes de o Supremo Tribunal Federal editar uma súmula” (“As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial”, *In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 127-128, grifo do autor).

138 Cf. ALMEIDA, FERNANDO DIAS MENEZES DE, “Súmula Vinculante”, *In MORAIS, CARLOS BLANCO DE e RAMOS, ELIVAL DA SILVA (coord.), Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, São Paulo, Almedina, 2012, p. 217-220.

139 Uma evidência clara desse tipo de irregularidade foi a edição da súmula vinculante n.º 11 pelo STF, em agosto de 2008, que disciplinou o uso de algemas pelas autoridades policiais. Independentemente do valor de seu conteúdo, à época de sua edição, não havia, como objeto de análise, uma norma específica que disciplinasse o tema, tampouco a discussão reiterada da questão na Corte Suprema.

140 Sobre o caso, explica DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR que “em três mandados de injunção coletivos im- petrados por sindicatos de servidores públicos reivindicando para seus substituídos a viabilização do direito de greve do art. 37, VII, da Constituição, o STF, por maioria de votos, admitiu os pedidos *para garantir o imediato exercício do direito* em tela, segundo os critérios previstos na lei de greve do setor privado”, afirmando ainda se tratar de “uma louvável sinalização do Supremo Tribunal Federal pela efetividade da ação do mandado de injunção” (*Controle de Constitucionalidade ...*, cit., p. 151, grifo do autor).

rio¹⁴¹, constitui remédio constitucional que busca garantir concretamente o exercício de um direito fundamental violado pela omissão do Estado, cabendo ao Judiciário, para tanto, editar a norma regulamentadora essencial para fruição do direito reivindicado. Em tese, portanto, pode o juiz constitucional produzir a norma, sendo que o seu conteúdo é que revelará se foram ou não ultrapassados os contornos de legitimação do juiz constitucional, a depender da extensão e eficácia da norma produzida para além do caso objeto de julgamento.

No caso específico do MI relativo à greve dos servidores públicos, concorda-se com ELIVAL DA SILVA RAMOS, pelo qual a posição assumida pelo STF “não se descola da textualidade do dispositivo e encontra amparo no elemento sistemático (o princípio da máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais – art. 5º, § 1º da CF), não podendo, portanto, ser refutada por incidir em ativismo judicial, muito embora se revele menos favorável ao princípio da separação dos Poderes do que a diretriz concretista-subjetivista”¹⁴².

4. O ATIVISMO JUDICIAL DO STF NO ÂMBITO DA REFORMA POLÍTICA

Anotadas as considerações teóricas acerca dos limites jurisdicionais do STF e de seu papel fundamental no Estado Constitucional brasileiro, importa agora registrar, de forma específica, algumas situações em que a Corte Suprema se posicionou a respeito da constitucionalidade de normas relativas à reforma política, de funcionamento do sistema eleitoral e partidário, que envolvem diretamente os interesses do Parlamento brasileiro.

O objetivo da análise é discutir criticamente se as decisões do STF constituem manifestações do ativismo judicial ou se se situam nos limites definidos pela Constituição para o desempenho do papel da Corte constitucional.

141 DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR aponta diversos autores que se posicionam em tal sentido, como, por exemplo, JOSÉ AFONSO DA SILVA, SÉRGIO BERMUDEZ, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, LUÍS ROBERTO BARROSO, FLÁVIA PIOVESAN, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, CLÉMERSON MERLIN CLÉVE (*Ibidem*, p. 147-149).

142 *Ativismo Judicial...*, cit., p. 318-310. Em sentido contrário, PAULO ADIB CASSEB afirma que o ativismo se verificou neste caso não apenas pela aplicação aos servidores públicos da Lei n.º 7.783/89, que regula a greve no setor privado, mas principalmente em razão das adaptações normativas efetuadas pelo STF para resolução concreta da causa. (“O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal brasileiro: casos concretos”, *In* MORAIS, CARLOS BLANCO DE (coord.), *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional*, Lisboa, AAFDL, 2009, p. 135)

Como método de apresentação, inicialmente se fará uma exposição resumida dos casos, dos argumentos jurídicos envolvidos e da decisão adotada^{143 144}. Ao final, será exposta a conclusão sobre a ocorrência ou não de uma prática ativista, indicando, se for o caso, o(s) parâmetro(s) ultrapassado(s) pela Corte Suprema.

4.1 INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS ELEITORAIS E O ATIVISMO JUDICIAL NA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS

Inicia-se a apreciação casuística pela análise de decisões do STF que declararam a inconstitucionalidade de leis eleitorais com base em justificações embasadas em referências ao conteúdo e aplicação dos princípios jurídicos constitucionais.

4.1.1 CLÁUSULAS DE BARREIRA OU DE DESEMPENHO DOS PARTIDOS POLÍTICOS

As denominadas cláusulas de barreira ou de desempenho consistem em penalidades e limitações externas aos partidos políticos que não cumprem requisitos geralmente relacionados à obtenção de um percentual de votos em eleições ou à efetiva eleição de Deputados para o Congresso Nacional. Nesse propósito, diversas leis foram editadas pelo Parlamento que tinham, em verdade, o objetivo principal de reduzir o exagerado número de partidos no Brasil, por se tratar de uma situação prejudicial à governabilidade e que cria distorções no funcionamento do sistema partidário e eleitoral.

143 Em que pese relevante, a temática da *verticalização* das coligações partidárias não será objeto de análise porque o STF não conheceu das ADIs n.ºs 2.626 e 2.628 (Rel. Min. SIDNEY SANCHES, rel. para o acórdão Min. ELLEN GRACIE, decisões de 18/04/2002), que impugnavam a Resolução TSE n.º 20.993/02, que vedou, a partir das eleições de 2002, as coligações entre partidos com candidatos distintos ao cargo de Presidente da República. O STF apontou, com a devida fundamentação, o descabimento do controle de constitucionalidade de ato interpretativo, não havendo, assim, decisão de mérito sobre a constitucionalidade da norma do TSE. Ainda sobre o tema, também não se visualiza a prática do ativismo na decisão do STF na ADI n.º 3.685 (Rel. Min. ELLEN GRACIE, acórdão de 22/03/2006) porque, nesta demanda, apenas se impediu a vigência da EC n.º 52/2006 (que afastou a exigência da verticalização para as eleições de 2006), por infração ao princípio da anuidade eleitoral, numa interpretação adequada e razoável do art. 16 da CF-88.

144 Registre-se também que não se fará um comentário crítico sobre o MS n.º 22.972, no qual se avaliava a possibilidade de o Parlamento discutir a alteração do regime político no Brasil (a despeito da rejeição desse sistema no plebiscito ocorrido em 1993), uma vez que, em decisão proferida em 08/06/2018, o processo foi extinto sem resolução de mérito pelo Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES. Apenas a título de opinião do autor, entende-se ser possível permitir a renovação da discussão do tema pelo Congresso Nacional, com a ressalva de que eventual proposta legislativa em prol do parlamentarismo deve observar, para sua legitimação, a necessidade de obter a aprovação popular, preferencialmente através de novo plebiscito.

As mencionadas leis foram objeto de ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) intentadas por partidos políticos supostamente prejudicados, sendo as normas, em geral, declaradas inconstitucionais pelo STF, com e sem redução de texto, bem como, num dos casos, foi efetuada a interpretação conforme a Constituição. Veja-se a síntese dos atos normativos impugnados, dos processos judiciais instaurados e das conclusões do STF:

(i) os §§ 1º e 2º, e seus incisos I, II e III, do artigo 5º, da Lei n.º 8.713/93 foram declarados inconstitucionais no julgamento da ADI n.º 958, proposta em 13/10/1993 e decidida em 11/05/1994, Rel. Min. MARCO AURÉLIO;

(ii) os artigos 13 e 48, os incisos I e II do artigo 41 e trechos dos artigos 41 e 49, todos da Lei n.º 9.096/95, foram julgados inconstitucionais, bem assim declarada a inconstitucionalidade sem redução do texto do *caput* dos seus artigos 56 e 57, nas ADIs n.º 1.351 e 1.354, propostas em 28/09/1995 e 06/10/1995, respectivamente, e julgadas em conjunto em 07/12/2006¹⁴⁵, ambas do Rel. Min. MARCO AURÉLIO;

(iii) trecho do § 2º do artigo 47 da Lei n.º 9.504/97 foi declarado inconstitucional e foi dada interpretação conforme à Constituição ao inciso II do § 2º do mesmo artigo, nas ADIs n.ºs 4.430 e 4.795, propostas em 14/06/2010 e 11/06/2012, respectivamente, e julgadas em 29/06/2012¹⁴⁶, ambas do Rel. Min. DIAS TOFFOLI; e

145 Explica SÉRGIO POMPEU DE FREITAS CAMPOS, que “no início de 1996, o Tribunal julgou – e, por unanimidade de votos, indeferiu – o pedido de medida cautelar na ADI n.º 1.354”, mas que “em fins de 2006, ou seja, mais de 10 anos depois, porém, quando resolveu julgar definitivamente as referidas ações, às vésperas da vigência das normas permanentes da Lei dos Partidos Políticos que estabeleciam cláusulas de barreira, notadamente no julgamento do mérito da ADI n.º 1.351, o STF decidiu em sentido oposto, declarando a inconstitucionalidade das referidas disposições.” (“Legislativo e Judiciário na Reforma Política: divergências sobre a cláusula de barreira”, *In* RESENDE, ANTÔNIO JOSÉ CALHAU DE, BERNARDES JÚNIOR, JOSÉ ALCIONE (org.), Temas de Direito Parlamentar, 1ª ed., Belo Horizonte, Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2016, p. 246-248).

146 Também registra SÉRGIO POMPEU DE FREITAS CAMPOS que “O Tribunal julgou, então, essas ações, declarando a inconstitucionalidade da exclusão dos partidos sem representação na Câmara dos Deputados da divisão do tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão; e, ainda, a inconstitucionalidade da exclusão de novos partidos que não tenham participado de eleições gerais da divisão do tempo de propaganda eleitoral proporcional à representação na mesma Casa Legislativa.” (*Ibidem*, p. 253.)

(iv) os artigos 1º e 2º da Lei n.º 12.875/13, que alterou os artigos 29, § 6º e 41-A da Lei n.º 9.096/95, e o artigo 47, §§ 2º e 7º da Lei n.º 9.504/97, foram julgados inconstitucionais no âmbito da ADI n.º 5.105, proposta em 31/03/2014 e julgada em 01/10/2015, Rel. Min. Luiz Fux.

De modo geral, as normas impugnadas estabeleciam que o descumprimento dos requisitos de representatividade acarretaria os seguintes óbices ao funcionamento parlamentar: (i) o impedimento de apresentar candidatos nas eleições; (ii) limitações no acesso ao “direito de antena”, ou seja, à propaganda partidária e eleitoral gratuita no rádio e na televisão; e (iii) limites no recebimento de recursos financeiros oriundo do Fundo Partidário.

No âmbito do STF, os fundamentos jurídicos que sufragaram a inconstitucionalidade das restrições podem ser assim resumidos: (i) consagração no artigo 1º, inciso V, da CF-88, do fundamento do pluralismo político e da representação de todos os segmentos sociais; (ii) ofensa ao princípio da autonomia partidária contido no *caput* e no § 1º do artigo 17, da Constituição; (iii) a CF-88 não repetiu a regra limitadora do funcionamento parlamentar prevista na Carta de 1967 e em alterações posteriores; (iv) infração ao princípio democrático, considerando que a diminuição do número de partidos reduziria o número de possíveis candidatos, em razão da exigência de filiação partidária; (v) ofensa ao princípio da igualdade de tratamento ou de chances entre os partidos políticos, especialmente em razão da vedação de acesso à propaganda partidária e eleitoral gratuita; e (vi) desatendimento dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando a gravidade das sanções aplicadas aos partidos políticos que não atendessem às cláusulas de desempenho.

Questiona-se: estas decisões do STF podem ser consideradas ativismo judicial?

O primeiro critério ensaiado nesse artigo para definição do ativismo é o da afetação ao princípio da separação dos poderes pela atuação do Judiciário no âmbito das *questões políticas*. Nos casos em exame, não obstante o forte conteúdo político das matérias, não se pode dizer que a temática seria insindicável pelo Judiciário, por duas razões.

Primeiro porque a Constituição Federal consagrou o direito de os partidos políticos obterem recursos do fundo partidário e acessarem gratuitamente o rádio e a televisão, para difusão de suas propagandas partidárias. Desta forma, mesmo que relegada a disciplina do tema à legislação ordinária, fato é que o direito foi reconhecido constitucionalmente, sendo plenamente possível discutir a legitimidade das restrições estabelecidas na lei. O segundo motivo é que as aludidas cláusulas de barreira afetaram direitos e interesses individuais e coletivos, de partidos políticos e candidatos, sendo imprescindível a apreciação judicial, até para saber se houve o sacrifício total do direito de funcionamento dos partidos prejudicados.

Não se tratando de uma *questão política*¹⁴⁷ e, também, não se podendo cogitar de uma argumentação jurídica defeituosa ou da criação do direito pelo STF, a discussão a ser enfrentada diz respeito a saber se a concretização dos princípios jurídicos, através da técnica da ponderação, obedeceu aos critérios próprios da interpretação constitucional. Relembre-se ainda que a mera perspectiva de discordância de parte ou da totalidade dos argumentos expostos pelo STF não é relevante porque, como apontado, para identificar o ativismo judicial, não basta apresentar argumentos que contradigam a tese do julgado, mas, principalmente, deve-se registrar os limites interpretativos que foram ultrapassados.

Consideradas estas premissas, com exceção da decisão proferida na ADI n.º 958¹⁴⁸, restou configurada a prática do ativismo judicial nas mencionadas deliberações do STF sobre a inconstitucionalidade das cláusulas de barreira aos partidos políticos, em decorrência, principalmente, da expansão indevida do sentido dos princípios constitucionais e, em certa medida, pelo desacerto da apreensão da realidade fática para aplicação das normas eleitorais.

147 Observe-se que o STF, ao não conhecer da ADI n.º 1.822 (Rel. Min. MOREIRA ALVES, acórdão de 26/06/1998), que também impugnava cláusulas de barreira de partidos políticos (algumas das normas inclusive objeto das ADIs n.ºs 4.430 e 4.795), assim o fez não por entender que a matéria fosse uma *questão política*, mas porque a solução da controvérsia exigia uma postura de *legislador positivo*, situação vedada no controle de constitucionalidade.

148 Nesta ação, em que pese também tenham sido valorados em demasia alguns princípios constitucionais, não se pode dizer que houve ativismo judicial porque a alteração legislativa declarada inconstitucional se tratava de um absurdo casuísmo, uma vez que relacionava o impedimento de registro de candidatos para as eleições de 1994 aos resultados eleitorais do pleito de 1990, ou seja, a dados fáticos já existentes e conhecidos do Legislador, configurando nítida e eloquente infração ao princípio da igualdade.

Como dito, a fundamentação do STF se baseou essencialmente na interpretação dos princípios constitucionais do pluralismo político, da liberdade de criação dos partidos políticos, da autonomia partidária, do regime democrático, da igualdade e dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade, porquanto inexistentes na Constituição regras específicas a disciplinar as limitações ao funcionamento dos partidos. Assim, o paradigma interpretativo tradicional restou prescindível pela pouca utilidade dos elementos clássicos da interpretação, abrindo-se espaço para a atividade de ponderação do conflito entre os aludidos princípios e o do caráter nacional dos partidos políticos, que exige a contínua representatividade dos órgãos partidários.

Nessa tarefa de ponderação, depois de contextualizar genericamente o conteúdo semântico dos princípios, entendeu o STF que as limitações ao funcionamento parlamentar seriam prejudiciais ao próprio Estado Democrático de Direito, pois impediriam que as minorias sociais fossem devidamente representadas politicamente. Apostaram na ideia de que a vedação às cláusulas de barreira permitiria uma participação maior dos diversos setores da sociedade, que passariam a ser ouvidos no Parlamento nacional, sendo certo, contudo, que tal suposição não se verificou na realidade, haja vista, notadamente, o grau de degradação política por que passa a maioria dos partidos políticos existentes no Brasil.

Não obstante a eloquência na defesa dos valores constitucionais pelos Ministros do STF, essa espécie de argumentação principiológica deveria ter sido evitada, uma vez que, dada a elevada densidade política das normas, é prudente admitir o Parlamento como o Poder mais legitimado para o acertamento da matéria. Com efeito, levando em conta as repercussões políticas e sociais das regras, caberia ao Judiciário adotar uma postura de deferência às opções construídas pelo Congresso, até porque todas elas eram plenamente defensáveis juridicamente, considerando especialmente que o princípio da isonomia, em sua dimensão material, permite o tratamento diferenciado dos partidos em razão de sua representatividade política¹⁴⁹.

149 Veja-se, a propósito, a percutiente e lapidar anotação do Min. EDSON FACHIN, em voto na ADI n.º 5.105: **“Por fim, ainda que descartados os argumentos anteriores, remanesce a seguinte indagação: se há posições igualmente respeitáveis (sob o ponto de vista jurídico) quanto ao direito ou à garantia que deve preponderar nessa análise: se o direito de igualdade material entre**

Também releva apontar que, no julgamento das ADIs n.ºs 1.351 e 1.354, o Rel. Min. MARCO AURÉLIO procurou avaliar o resultado da decisão com sua repercussão na realidade, apontando os partidos políticos que seriam prejudicados pela novel legislação¹⁵⁰. Sucede que o julgador não fez uso adequado do método interpretativo concretizador, tratando-se apenas de um casuismo explícito e que não observou a circunstância de a Lei n.º 9.096/95 ter postergado o início de vigência das citadas regras para as eleições de 2006¹⁵¹, portanto, sem qualquer alusão a certames eleitorais ocorridos anteriormente. A aludida verificação da realidade social sobre a qual a norma iria incidir não se mostrou apta para justificar a apontada inconstitucionalidade.

Por essas razões, o Poder Legislativo ensaiou um *ouerruling* ao editar a Lei n.º 12.875/13 logo após o julgamento pelo STF das ADIs n.ºs 4.430 e 4.795, estabelecendo novas regras que contrariaram diretamente a interpretação da Corte Suprema. Tal questão foi inclusive objeto de análise quando do julgamento da ADI n.º 5.105, em que se apontou a ausência de fundamentação idônea do Parlamento a justificar a superação dos argumentos delineados pelo STF¹⁵². Observe-se, porém, que o resultado do julgamento os partidos criados, fundidos ou incorporados, por força do caput do art. 17, CF ou o que prestigia o sistema político partidário, a fidelidade partidária (§1º do art. 17, CF), a partir da compreensão do direito dos partidos constituídos às cadeiras por ele conquistadas nas eleições proporcionais e cujo ocupante migra para outra agremiação – e se a Constituição atribuiu a tarefa de regulamentar o §3º do artigo 17 (que trata da divisão do tempo de antena e acesso aos recursos do fundo partidário) à lei, como poderia a Suprema Corte declarar a inconstitucionalidade da opção do Legislativo se ela não é teratológica, mas decorre de escolhas válidas em termos constitucionais (tão válidas que sufragadas pela própria Corte em tempos muito recentes sem que tenha havido alteração na base fática ou normativa) ainda que não reflitam a posição mais moderna (mas não unânime da Corte)? Pode o Judiciário sobrepor-se a escolhas válidas de competência do Legislativo? Nesse caso, parece-me adequado, do que até aqui se viu, que a Corte exercite a autocontenção.” (grifos no original)

150 Leia-se o trecho do voto do Relator, sobre a questão: “Sem normas e fatos não há julgamento. Pois bem, qual foi o desempenho desses partidos, considerada a votação para preenchimento das cadeiras da Câmara dos Deputados, nas eleições últimas? Dos vinte e nove partidos existentes, apenas sete alcançaram e suplantaram o patamar de cinco por cento dos votos para a Câmara dos Deputados em todo o território nacional, distribuídos de tal forma a perfazer pelo menos dois por cento em cada qual de nove Estados”. Em contraponto, a lúcida e contundente crítica apresentada por SÉRGIO POMPEU DE FREITAS CAMPOS: “É interessante observar, nesse diapasão, como o STF comporta-se de forma similar à que condena no legislador. Assim, se, na ADI n.º 958, o Tribunal censurou a definição da cláusula de barreira na Lei n.º 8.713/93, porque baseada em dados eleitorais conhecidos, o STF só julgou a ADI n.º 1.351 após conhecer o resultado eleitoral que determinaria os efeitos da cláusula da Lei dos Partidos Políticos.” (“Legislativo e Judiciário na Reforma Política ...”, cit. p. 34).

151 Conforme dispôs a regra de transição estabelecida no artigo 57 da Lei n.º 9.096/95.

152 Vide item 7 da ementa do julgado: “O Congresso Nacional, no caso *sub examine*, ao editar a Lei n.º 12.875/2013, não apresentou, em suas justificações, qualquer argumentação idônea a superar os fundamentos assentados pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs n.º

dessa ADI foi de uma maioria mínima de um voto, já contendo posicionamentos de Ministros do STF a demonstrar uma alteração de entendimento sobre a temática da cláusula de desempenho dos partidos políticos.

Ainda como reação, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional n.º 97, de 04/10/2017, inserindo na própria Constituição Federal algumas regras limitadoras do acesso, pelos partidos políticos, a recursos do fundo partidário e ao rádio e à televisão. Houve, assim, a constitucionalização de normas que, a rigor, deveriam ser tratadas pela legislação ordinária, demonstrando, portanto, mais uma postura reativa do Legislativo às posições até então assumidas pelo STF, situação que também reforça o posicionamento sobre a configuração de ativismo judicial nas decisões que declararam a inconstitucionalidade das cláusulas de barreira ou de desempenho dos partidos políticos.

4.1.2 DOAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA À CAMPANHA ELEITORAL

A temática relativa às doações feitas por pessoas jurídicas à campanha eleitoral foi objeto da ADI n.º 4.650, ajuizada pela OAB, em 05/09/2011, em que se apontou a inconstitucionalidade de regras das Leis n.ºs 9.504/1997 e 9.096/1995, que permitiam referidas doações a partidos e a candidatos eletivos.

Sob a relatoria do Min. Luiz Fux, em julgamento concluído em 17/09/2015, o STF julgou procedente a ação de inconstitucionalidade e vedou, a partir das eleições de 2016, que as campanhas eleitorais obtivessem recursos de pessoas jurídicas. Posteriormente, em razão dessa decisão, o Congresso Nacional editou a Lei n.º 13.165, de 29/09/2015, extirpando as regras que permitiam as doações de empresas a partidos ou candidatos.

A deliberação do STF também se baseou na interpretação do alcance de princípios constitucionais, uma vez que a Constituição não dispunha de um regramento específico sobre o financiamento de partidos políticos e das campanhas eleitorais. Entendeu-se, em resumo, que o processo eleitoral dependente do poder econômico

4430 e n.º 4795, Rel. Min. Dias Toffoli, em que restou consignado que o art. 17 da Constituição de 1988 – que consagra o direito político fundamental da liberdade de criação de partidos – tutela, de igual modo, as agremiações que tenham representação no Congresso Nacional, sendo irrelevante perquirir se esta representatividade resulta, ou não, da criação de nova legenda no curso da legislação.”

constituiria infração aos seguintes princípios: (i) da cidadania, uma vez que as pessoas jurídicas são ficções legais e não cidadãos; (ii) da igualdade, visto que o regime de financiamento favorece o poder econômico dos mais ricos, com prejuízo aos eleitores e aos candidatos mais pobres; (iii) da democracia e República, que imporiam o trato regular da coisa pública em detrimento de interesses particulares.

O presente caso se assemelha ao das cláusulas de barreira dos partidos políticos, podendo-se concluir que, mesmo admitindo que o tema da vedação das doações de pessoas jurídicas detenha uma maior legitimidade perante a sociedade e a decisão do STF tenha sido mais bem apurada na fundamentação, ainda assim houve a prática do ativismo judicial, em razão da indevida interpretação extensiva dos princípios constitucionais e da não observância de limites substanciais ao controle normativo constitucional.

Inicialmente, importa dizer que não se trata a temática de *questão política*. Essa alegação, inclusive, foi apontada nas informações prestadas pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, mas devidamente rejeitada pelo STF, ao argumento de que apenas se estava fazendo o controle de constitucionalidade das leis, tarefa que cabe ao guardião da Constituição. Além disso, mesmo sem um disciplinamento do tema na Carta Magna, há uma estrutura de princípios jurídicos que disciplinam o regime democrático e mostra-se possível e necessário que o Judiciário verifique a compatibilidade da legislação com as referidas normas.

Vê-se também que, diferentemente dos julgados anteriormente analisados, na apreciação das doações de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, o STF avaliou corretamente a realidade circundante e a repercussão danosa que a permissão dessas doações provocava ao processo político brasileiro, seguindo-se o método concretizador da interpretação. Inclusive, foram anotadas no acórdão as referências à crise de representatividade política, evidenciadas pelo ambiente de operações policiais que demonstraram a espúria troca de favores entre as doações a partidos e candidatos e os benefícios governamentais a particulares, em detrimento do Estado brasileiro¹⁵³.

153 Ademais, como aponta SÉRGIO POMPEU DE FREITAS CAMPOS, é fato conhecido que “as principais crises no governo federal brasileiro no século corrente, decorrentes de propalados escândalos de corrupção, têm relação com o financiamento de partidos políticos” (“Legislativo e Judiciário ...”, cit., p. 237).

Também não se pode imputar ao STF o desconhecimento de dados fáticos e informações gerais relevantes para a tomada de posição, posto que, na instrução processual da ação direta de inconstitucionalidade, houve a realização de audiência pública com a finalidade de “ouvir especialistas, cientistas políticos, juristas, membros da classe política e entidades da sociedade civil organizada sobre a dinâmica do financiamento das campanhas eleitorais”¹⁵⁴. Dessa forma, pode-se dizer que foi observada a teoria das *capacidades institucionais*, se ocupando o STF em conhecer detalhes específicos sobre o tema antes de decidir.

No entanto, malgrado a positiva preocupação do STF em se ater à realidade histórica e de se informar mais amiúde sobre o complexo tema a ser decidido, incidiu o julgador no mesmo equívoco da apreciação das cláusulas de barreira, ao sustentar que determinados princípios constitucionais imporiam uma formatação diferente para um conjunto de regras políticas, sem se apontar, de modo preciso, a efetiva incompatibilidade desse modelo com a Constituição. Nesse sentido, mostrou-se exagerado aduzir que a defesa do princípio democrático implicaria, necessariamente, a vedação da doação de pessoa jurídica à campanha eleitoral, até porque inexistente uma relação lógico-racional em vincular a condição de cidadão à possibilidade de aportar recursos na campanha eleitoral, eis que, se praticada sem abusos e nos limites adequados, as doações das empresas em nada afetam a essência do regime democrático¹⁵⁵.

O que poderia ter feito o STF, sem o desrespeito à competência jurisdicional e aos cânones interpretativos da unidade da Constituição e da separação dos poderes, seria apenas ampliar, com a finalidade de prevenção dos abusos, determinadas restrições às doações de pessoas jurídicas, através das técnicas de interpretação conforme ou da declaração de inconstitucionalidade parcial qualitativa sem redução do texto. Essa, inclusive, foi a proposta apresentada no voto do Min. TEORI ZAVASCKI, que vedava a doação à

154 Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=234544>, acesso em 11/09/2018.

155 Foi o que apontou o Min. CELSO DE MELLO no seguinte trecho de seu voto: “**O que** a Constituição da República **não** tolera **nem** admite **é o abuso** do poder econômico; **não, porém**, o seu **regular** exercício, cuja atuação **não provoca** os efeitos perversos – **e deslegitimadores** dos resultados eleitorais – **que decorrem** dos excessos que, **efetivamente**, **devem** ser coibidos.” (grifos no original)

campanha eleitoral de pessoas jurídicas que mantivessem vínculos com o Estado, impedia a celebração de contratos públicos com as doadoras e limitava as doações de uma empresa a um só partido ou candidato.

Um outro argumento sustentado pelo STF foi o de que se fazia necessária sua intervenção para salvaguarda dos pressupostos democráticos, já que o Parlamento teria interesse na manutenção do sistema deletério das doações de pessoas jurídicas¹⁵⁶. Em que pese com certa razão, percebe-se neste fundamento um desvio do exercício da atividade judiciária, porquanto adentra num campo de apuração das percepções sociais e políticas, próprio do corpo Legislativo. Além disso, a assertiva parece não ser verdadeira, eis que a sociedade dispõe de meios políticos para alcançar as alterações legislativas que entenda adequadas, especialmente através da iniciativa popular de projetos de lei, como ocorreu no caso da Lei da Ficha Limpa.

Percebe-se, da leitura do acórdão, em verdade, o enunciar de posições pessoais de alguns dos Ministros que se utilizaram da jurisdição constitucional para estabelecer seus modelos ideais do sistema político-partidário, extraíndo sentidos normativos impositivos de serem obtidos da leitura e conformação dos princípios jurídicos avaliados, não se preocupando, pois, com as limitações do Judiciário em tal esfera de atuação. Por mais que não se simpatize com o modelo de financiamento, ou se prefira um outro, a ideia da separação de poderes não autoriza que o Judiciário invalide opções editadas pelo Parlamento e autorizadas pela Constituição.

Como repercussão negativa da decisão do STF, ao se vedar terminantemente a doação de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, a alternativa (ou reação) do Parlamento para contornar a ausência de recursos financeiros nas eleições foi a edição de um novo marco legislativo (Lei n.º 13.487/17), que previu a criação do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, com a utilização

156 Assim se pronunciou o Rel. Min. Luiz Fux: "Com efeito, não raro se vislumbram hipóteses em que se exige uma postura mais *incisiva* da Suprema Corte, especialmente para salvaguardar os pressupostos do regime democrático. Em tais cenários, diagnosticado o inadequado funcionamento das instituições, é dever da Corte Constitucional *otimizar e aperfeiçoar* o processo democrático, de sorte (i) a *corrigir* as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a *proteger* os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias." (grifos no original)

de dinheiro público para o custeio das campanhas eleitorais, em detrimento das mais diversas necessidades de que sofrem os cidadãos. Se essa alternativa é adequada ou não, é uma questão a ser discutida em outro estudo, mas, sem dúvidas alguma, esse novo modelo decorreu essencialmente da deliberação do STF que invadiu uma seara que não lhe é própria, de moldar as regras do sistema político eleitoral.

Em conclusão, embora a decisão da Suprema Corte possa ser elogiável do ponto de vista político e social, é certo que houve a invalidação de normas do Legislativo através de errôneos critérios interpretativos, notadamente a exagerada densificação de princípios constitucionais e o desrespeito ao princípio hermenêutico da separação dos poderes. O juiz constitucional excedeu seu feixe de competências porque, em vez de apenas determinar ajustes visando a corrigir defeitos pontuais do sistema, procedeu à nulificação definitiva de um modelo de financiamento que encontrava amparo justificável na Constituição Federal.

4.2 CASSAÇÃO DE MANDATO DO PARLAMENTAR PELA JUSTIÇA ELEITORAL

A possibilidade de cassação do mandato de Deputados Federais e Senadores é um tema extremamente sensível no desenho institucional do princípio da separação dos poderes e, por essa razão, sua disciplina é de natureza estritamente constitucional. Uma das hipóteses de cabimento da perda do mandato dos congressistas, definida no artigo 55 da Carta Magna, ocorre “quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição”.

Assim, ao menos no plano jurídico-constitucional, admite-se que a Justiça Eleitoral possa decretar a cassação do mandato de um Deputado Federal ou de Senador, devendo-se perquirir, contudo, em quais situações essa providência será admissível, que devem ser estabelecidas na própria Constituição. Analisam-se a seguir duas situações em que o STF validou a atuação da Justiça Eleitoral no julgamento de ações de cassação de mandato eleitoral para o fim de avaliar se as decisões são (ou não) exemplos de ativismo judicial.

4.2.1 PRÁTICA DE ILÍCITOS ELEITORAIS: A ADEQUADA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

No julgamento das ADIs n.ºs 3.305¹⁵⁷ (Rel. Min. EROS GRAU, de 13/09/06) e 3.592¹⁵⁸ (Rel. Min. GILMAR MENDES, de 26/10/06), o STF apreciou a imputação de inconstitucionalidade dos artigos 77 e 41-A da Lei n.º 9.504/97, respectivamente, que impõem a penalidade de cassação de mandato em decorrência da prática de atos ilícitos eleitorais.

De forma semelhante em ambas as ações, os vícios de inconstitucionalidade eram embasados nos seguintes argumentos: (i) as disposições constituiriam causas de inelegibilidade estabelecidas por lei ordinária, quando a Constituição exige a edição de lei complementar; (ii) a Constituição prevê um procedimento especial para apuração do abuso do poder econômico e o seu tratamento por lei ordinária incorreria em inconstitucionalidade material; e (iii) a regra do artigo 77 da Lei n.º 9.504/97 ofenderia o princípio da igualdade porque se dirige exclusivamente aos candidatos a cargos do Poder Executivo e não aos do Legislativo.

Nas decisões, o STF julgou constitucionais os atos normativos, aduzindo que as sanções estabelecidas não configuram novas hipóteses de inelegibilidades, mas apenas uma punição em decorrência da prática de atos irregulares, e que as representações eleitorais que visam a apurar os ilícitos objetivam prevenir abusos e resguardar a vontade do eleitor, notadamente considerando o *caput* do artigo 14 da Constituição, pelo qual “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos”. Também se destacou a ausência de afronta ao princípio da igualdade na regra do artigo 77 da Lei n.º 9.504/97, porquanto justificado o tratamento mais rigoroso aos candidatos ao Executivo, já que eles é que detêm a prerrogativa de autorizar a realização de obras públicas.

Nas situações ora descritas, não há que se cogitar minimamente da incidência do ativismo judicial pelo STF. Primeiro porque existe uma base constitucional sólida a prever, genericamente, que a Justiça Eleitoral pode decretar a perda de mandato dos congressistas,

157 Proposta pelo Partido Liberal - PL em 16/09/2004 e julgada improcedente em 13/09/2006.

158 Ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro - PSB em 27/09/2005 e julgada improcedente em 26/10/2006.

nos casos em que a própria Carta Magna especificar. Segundo porque, ao examinar a compatibilidade material entre a pena de cassação de mandato em razão da prática de ilícitos eleitorais e o regramento constitucional, o STF destacou que o artigo 77 da Lei n.º 9.504/97 “homenageia o princípio da impessoalidade, um eminente princípio republicano que postula a distinção nítida entre o espaço público e o espaço privado”¹⁵⁹, previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição, e que ambas as disposições também estão embasadas no *caput* do artigo 14 da Carta Magna, interpretado extensivamente para nele incluir a proteção do *voto livre*¹⁶⁰, consequência lógica e inafastável da defesa que a Constituição já faz ao voto direto e secreto.

De igual modo, o STF destacou a plena conformação das normas ao princípio da igualdade, uma vez que a legislação apreciada bem destacou as consequências jurídicas para aqueles que praticarem atos ilícitos durante o processo eleitoral em franco prejuízo contra os demais candidatos que agiram na conformidade da lei. Por fim, também acertou o STF ao concluir, nos julgados, que não há coincidência ontológica entre a inelegibilidade, que é o impedimento para futuras candidaturas, e a cassação de um mandato conquistado numa eleição, que ocorre em razão de práticas ilícitas que afrontaram o direito constitucional do voto direto, livre e secreto.

Vê-se, portanto, que os casos abordados nas duas ADIs foram solucionados através, principalmente, da interpretação de princípios jurídicos, que fora realizada de acordo com os contornos da teoria da hermenêutica constitucional. O conteúdo normativo e a função explícita dos princípios constitucionais utilizados pelo STF demonstram o valor constitucional da preservação da vontade livre do eleitor e da necessidade de punir os candidatos eleitos que se beneficiaram de vínculos particulares com a Administração Pública ou da captação indevida de votos, mediante a entrega de vantagens aos eleitores.

159 Trecho do voto-vista do Min. CARLOS AYRES BRITTO no julgamento da ADI n.º 3.305.

160 Conforme apontado em voto-vista do Min. GILMAR MENDES na ADI n.º 3.305.

4.2.2 INFIDELIDADE PARTIDÁRIA: O ATIVISMO JUDICIAL PELA CRIAÇÃO DO DIREITO

O exemplo apontado no tópico anterior, em que pese não constitua ativismo judicial, serve como parâmetro de análise para apreciação de outra deliberação do STF, esta sim uma clara manifestação do ativismo, em que se permitiu à Justiça Eleitoral cassar mandato de membros do Parlamento eleitos pelo sistema proporcional¹⁶¹, em razão de ato de desfiliação partidária sem justa causa, atuando o juiz constitucional fora dos limites definidos na Constituição. Houve, nesse caso, a edição de uma sentença normativa pelo STF, que atuou indevidamente na qualidade de legislador positivo, criando uma norma geral e abstrata.

A problemática foi iniciada a partir da decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em 27/03/2007, no processo de Consulta n.º 1.398, Rel. Min. CÉSAR ASFOR ROCHA, em que se respondeu afirmativamente à seguinte questão formulada pelo Partido da Frente Liberal (PFL): “Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”.

O TSE apresentou, entre outros, os seguintes fundamentos para a decisão: (i) o mandato eletivo pertence ao partido, que evidou esforços para garantir a eleição de seus candidatos; (ii) no cotejo entre os bens e valores conflitantes, prevalecem os princípios constitucionais que tratam das normas de organização dos partidos políticos; (iii) e o sentido normativo de algumas das disposições constitucionais: o artigo 17, § 1º da Carta Magna determina a fidelidade partidária como norma a reger os partidos políticos; o artigo 45 estatui o sistema proporcional nas eleições; o artigo 14 prevê o direito do eleitor a ser respeitado o seu voto; e o artigo 17, inciso IV, garante o direito de o partido funcionar no Parlamento.

Em razão da decisão do TSE, os partidos Popular Socialista (PPS), da Social Democracia do Brasil (PSDB) e o Democratas (DEM) impetraram, no STF, os Mandados de Segurança (MS) n.ºs 26.602 (Rel. Min. EROS GRAU), 26.603 (Rel. Min. CELSO DE MELLO) e 26.604 (Rel. Min. CARMEN LÚCIA), respectivamente, contra atos

¹⁶¹ Depois de forte controvérsia, o STF decidiu, em 27/05/2015, na ADI n.º 5.081 (Rel. Min. ROBERTO BARROSO), que o instituto da fidelidade partidária tem seus efeitos limitados aos cargos eletivos do sistema proporcional, ou seja, aos Deputados Federais, Estaduais e Distritais e aos Vereadores.

praticados pelo Presidente da Câmara dos Deputados que indeferira requerimentos de posse para os suplentes de Deputados que abandonaram as citadas legendas.

No julgamento dos Mandados de Segurança, realizado em conjunto no dia 04/10/2007, o STF ratificou o entendimento do TSE de que o mandato pertence ao partido e que deve o eleito guardarlhe fidelidade, sob pena de perda do cargo. Consignou, ainda, a possibilidade extraordinária de, ao interpretar a Constituição, poder o STF reformulá-la, o que seria um de seus papéis fundamentais. Também se aduziu que a perda do mandato não constituiria sanção, mas apenas a consequência da prática de um ato lícito e, por fim, que o instituto da fidelidade partidária começou a vigorar a partir da resposta do TSE à Consulta n.º 1398, em 27/03/2007. Forte nesses argumentos, o STF decidiu pelo indeferimento do pedido formulado nos Mandados de Segurança n.ºs 26.602 e 26.603 (em razão da data da desfiliação anterior a 27/03/2017) e pelo deferimento parcial do pedido do mandado n.º 26.604, para que a questão relacionada a uma congressista, que havia se desfiliado do DEM após a resposta do TSE à Consulta n.º 1.398, fosse encaminhada pelo Presidente da Câmara dos Deputados para deliberação do TSE.

Na sequência dessas decisões da Suprema Corte, o TSE editou a Resolução n.º 22.610, de 25/10/2007, para regular o processamento da representação eleitoral que visasse à perda do cargo eletivo por ato de infidelidade partidária. Contra esse ato normativo, contudo, foram ajuizadas as ADIs n.ºs 3.999, pelo Partido Social Cristão (PSC), e 4.086, pelo Procurador-Geral da República, nas quais se pediu a declaração de inconstitucionalidade da mencionada Resolução, argumentando essencialmente que o TSE legislou sobre direito processual, temática de competência privativa da União.

Os processos foram apensados sob a relatoria do Min. JOAQUIM BARBOSA e, em 12/11/2008, decidiu-se pela constitucionalidade da norma editada pelo TSE, ao fundamento de que, no julgamento dos citados Mandados de Segurança, o STF já havia fixado a possibilidade da perda de cargo decorrente da desfiliação partidária sem justa causa e que, portanto, caberia ao TSE regulamentar a matéria enquanto omissis o Poder Legislativo nessa tarefa.

Descrita a situação fática e jurídica, a sua apreciação crítica

será feita em razão, notadamente, da posição do STF no julgamento dos Mandados de Segurança, nos quais constam os fundamentos constitucionais adotados para validar a cassação de mandato por ato de infidelidade partidária. A decisão nas ADIs n.ºs 3.999 e 4.086 revela-se mais como uma consequência do que fora decidido nos Mandados de Segurança, em que pese também contenha graves irregularidades a ensejar, ainda mais, a configuração do ativismo judicial¹⁶².

Os limites que foram ultrapassados para incidência do ativismo judicial, na situação em apreço, dizem respeito à interpretação indevida do sentido normativo de princípios jurídicos (democrático, eleição proporcional, representação popular); à ocorrência de mutação inconstitucional; e, principalmente, à inovação na ordem jurídica pelo STF, com a imposição de hipótese de perda do mandato eleitoral não prevista no artigo 55 da CF-88.

Da análise das decisões, verifica-se inicialmente que o TSE e o STF realizaram um contorcionismo interpretativo na defesa da ideia de que a perda do cargo por desfiliação partidária sem justa causa não constituiria, propriamente, uma sanção jurídica, mas sim uma mera decorrência da prática de um ato legítimo. A questão foi abordada em específico no MS n.º 26.604, consignando o STF que o parlamentar, ao se desfiliar do partido que o elegeu, praticara um ato de livre escolha que acarretaria o *sacrifício do direito* de permanecer na ocupação do cargo eletivo, porquanto teria violado o compromisso de fidelidade aos projetos políticos da agremiação que lhe deu o suporte para a conquista da vaga na eleição¹⁶³. Com base nessa fundamentação, afastou o STF a alegação de que a Constituição deveria expressamente prever a desfiliação sem justa

162 PAULO ADIB CASSEB sintetizou os vícios nessa decisão do STF: “Patente está que a matéria ora analisada evidencia o ativismo judicial da Corte Suprema, tanto no reconhecimento de hipótese de perda de mandato não contemplada pelos ordenamentos constitucional e legal, como também de nova competência da Justiça Eleitoral, sem qualquer previsão expressa, nesse sentido, no direito positivo.” (“O ativismo judicial ...”, cit., p. 132).

163 Veja-se o trecho da fundamentação da Rel. Min. CARMEM LÚCIA: “A situação de desfiliação partidária como causa do afastamento do parlamentar do cargo no qual se investira não configura, como algumas das outras tratadas, expressamente, pela Constituição, hipótese de cassação de mandato. Cuida-se de desligamento do parlamentar do cargo que vinha ocupando, por força de sua ruptura, imotivada e assumida no exercício de sua liberdade pessoal, do vínculo partidário que assumira, no sistema de representação política proporcional, mediante filiação a determinada organização. Sem essa vinculação não há como ele desempenhar o mandato que é inerente ao cargo, donde o desprovemento automático do cargo”

causa como hipótese ensejadora da perda do mandato.

O argumento não convence, em absoluto, uma vez que, para aplicação da teoria do sacrifício de direito por ato lícito, seria necessário que a consequência da perda automática do mandato pela infidelidade partidária sem justa causa fosse uma circunstância plenamente respaldada na doutrina e jurisprudência eleitoral e, bem assim, entronizada na percepção, mesmo empírica, dos parlamentares. Na verdade, a situação jurídica era totalmente diversa, porquanto o precedente jurisprudencial do STF sobre o tema, exarado no MS n.º 20.927 (Rel. Min. MOREIRA ALVES), julgado em 11/10/1989, era no sentido do descabimento da perda do cargo de parlamentar por desfiliação partidária, exatamente por constituir uma sanção não contida na Constituição¹⁶⁴.

O STF operou, portanto, uma mutação constitucional indevida do entendimento anterior, o que poderia ser evitado se o juiz constitucional tivesse valorizado o elemento histórico na interpretação. Nesse sentido, em que pese a Emenda Constitucional n.º 1/1969 haja disciplinado a perda do mandato como sanção ao deputado ou senador que praticasse atos de infidelidade partidária¹⁶⁵, a CF-88 abandonou, conscientemente, o trato da matéria, não mais trazendo a infidelidade partidária como situação passível de acarretar a cassação do mandato. O silêncio eloquente da nova Carta Magna disse muito, apontando claramente que o Poder Constituinte não mais desejou estabelecer a infidelidade partidária, independentemente de ser ato lícito ou ilícito, como motivo para a perda do cargo eletivo do parlamentar.

No caso em questão, portanto, tanto o TSE como STF estabeleceram, de forma indireta, uma sanção não prevista na

¹⁶⁴ Leia-se a ementa do acórdão: "Mandado de Segurança. Fidelidade partidária. Suplente de deputado federal. - Em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela Justiça Eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu. - A inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da Constituição e da lei, aos respectivos suplentes. - Mandado de segurança indeferido."

¹⁶⁵ Vejam as regras previstas na Carta Constitucional de 67/69: "Art. 35. Perderá o mandato o deputado ou senador: (...) V - que praticar atos de infidelidade partidária, segundo o previsto no parágrafo único do artigo 152. (...) Art. 152. (...) Parágrafo único. Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmara Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa." Essas regras foram, posteriormente, suprimidas pela Emenda Constitucional n.º 25/85.

Constituição, numa clara interpretação equivocada e ampliativa dos princípios constitucionais, especialmente o da representação proporcional, estendendo-o para além de sua significação¹⁶⁶. Tal perspectiva pode ser ilustrada por um trecho do debate ocorrido no TSE, no julgamento da Consulta n.º 1.398, em que o Min. MARCELO RIBEIRO, vencido na votação, advertiu que “Não há norma na Constituição, nem em lei infraconstitucional, que diga que aquele que mudar de partido perderá o mandato. Isso, no final das contas, é o objeto da consulta”, ao passo que o Min. MARCO AURÉLIO, vencedor no julgado, rebateu: “E precisaria de uma norma diante dos princípios consagradas na Constituição Federal? Seria acaciano.”. Em suma, na visão da maioria dos julgadores do TSE e o STF, o princípio constitucional vale tudo, até mesmo impor a aplicação da grave penalidade de perda do mandato eletivo¹⁶⁷.

Ao agir desse modo, o STF produziu, tecnicamente, uma irregular decisão manipulativa de efeito aditivo, pois alargou a incidência dos princípios constitucionais para aplicar a penalidade – ou *consequência* – da perda do mandato às hipóteses de desfiliação partidária sem justa causa, situação não permitida pelo taxativo rol de causas ensejadoras da cassação do mandato, expressamente estabelecidas no artigo 55 da Constituição Federal.

Buscando ainda justificar a decisão, GILMAR MENDES explica que o STF teria entendido os princípios constitucionais como autorizadores da decretação da perda de cargo por infidelidade partidária em razão da consideração da “importância da realidade política na interpretação constitucional”¹⁶⁸, posto que se verificava uma

166 ELIVAL DA SILVA RAMOS aponta o equívoco na interpretação do princípio da representação proporcional: “Mas que comando se pode extrair do tantas vezes invocado princípio da representação proporcional? Na verdade, o seu espaço de interpretação não comporta muito mais do que a diretriz de que, no preenchimento de cargos legislativos sujeitos a esse sistema eleitoral, deve-se observar a proporção entre o número desses cargos e a votação obtida pelas agremiações partidárias, na forma da legislação eleitoral.” (*Ativismo judicial ...*, cit., p. 255).

167 CARLOS ALEXANDRE AZEVEDO CAMPOS também menciona esse caso como exemplo de ativismo, em que o STF “construiu uma regra, a partir do art. 14, § 3º, V c/c art. 45, *caput*, ambos da Constituição, punindo o parlamentar com a perda do seu cargo eletivo, em favor do partido político pelo qual se elegeu, na hipótese de abandono da agremiação durante a vigência do mandato, nada obstante a Constituição ter disciplinado (arts. 55 e 56) as hipóteses exaustivas desta espécie de penalidade eleitoral sem que tenha sequer chegado perto de tal previsão” (“As dimensões do ativismo judicial ...”, cit., p. 259).

168 “Anotações acerca da apreciação e revisão de fatos e prognoses legislativos perante a Corte Constitucional alemã e o Supremo Tribunal Federal brasileiro”, In MORAIS, CARLOS BLANCO DE e RAMOS, ELIVAL DA SILVA (coord.), *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, São Paulo, Almedina, 2012, p. 183.

demasiada e abusiva alternância de mandatários eleitos de seus partidos, sendo necessário realizar “uma interpretação sistemática baseada nos valores da fidelidade partidária e da democracia representativa”¹⁶⁹.

Sucedede que essa apreciação relevante da realidade histórica jamais poderia suplantar o vício de origem do entendimento do STF, que foi o de prever, ele próprio, uma penalidade não consignada no estatuto constitucional, ou mesmo legal, atinente à temática¹⁷⁰. Por mais que a realidade política demonstrasse o total descrédito do instituto da fidelidade partidária, a opção do Constituinte, certa ou errada, foi a de não sancionar a conduta de migração injustificada a outro partido, não podendo o Judiciário alterar a norma constitucional¹⁷¹.

Outra crítica relevante deve ser feita com relação à decisão proferida no julgamento pelo STF das ADIs n.ºs 3.999 e 4.086, que declarou a constitucionalidade da Resolução TSE n.º 22.610/07, marco normativo processual da perda do mandato por infidelidade partidária. A Corte Suprema chancelou a invasão, pelo TSE, da competência legislativa privativa da União para legislar sobre direito processual, quando ao órgão máximo da Justiça Eleitoral somente é autorizado expedir normas que visem a regulamentar a própria lei eleitoral, sendo ainda vedado restringir direitos ou impor sanções não consignadas em lei formal. Também se mostra injustificado admitir a competência normativa do TSE como se fora uma resposta transitória e excepcional para a omissão legislativa, uma vez que a Constituição Federal não autoriza, de modo algum, que o TSE inove no ordenamento jurídico¹⁷².

169 *Ibidem*, p. 186.

170 Situação diferente ocorre no ordenamento jurídico português, em que consta expressamente na Constituição da República Portuguesa a previsão da penalidade de perda do mandato em caso de infidelidade partidária: “Artigo 160.º (Perda e renúncia do mandato) 1. Perdem o mandato os Deputados que: (...) c) Se inscrevam em partido diverso daquele pelo qual foram apresentados a sufrágio.”.

171 Por isso é que JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO critica esse tipo de análise do juiz constitucional: “Perspectiva diferente se deve adoptar quanto às tentativas de legitimação de uma interpretação constitucional criadora que, com base na *força normativa dos factos*, pretenda ‘constitucionalizar’ uma alteração constitucional em inequívoca contradição com a *constitutivo scripta*.” (*Direito Constitucional e Teoria ...*, cit., p. 1192, grifo do autor).

172 Digno de nota a posição altiva do Min. EROS GRAU sobre o tema, conforme trecho de seu voto: “Não vou cansar a Corte. Para mim essa resolução é multiplamente inconstitucional: o artigo 1º afronta os artigos 22, I e XLVIII, da Constituição; o artigo 2º dispõe sobre matéria reservada à lei complementar; os artigos 3º ao 9º e 11 inovam em Direito Processual e o § 2º do artigo 1º inova atribuições do Ministério Público. De modo que me perdoem, mas acho que isso é um abuso de

Registre-se, por fim, que, em razão das decisões do STF, foi editada a Lei n.º 13.165/15, acrescentando o artigo 22-A à Lei n.º 9.096/95 para tratar da infidelidade partidária como causa da perda do mandato político. Mas, de outro vértice, a título de reação ao ativismo judicial, o Legislativo estabeleceu, como hipóteses de justa causa, a previsão de marcos temporais em que a prática do ato de desfiliação não implicaria a perda do cargo¹⁷³, fugindo da moldura jurídica da Resolução TSE n.º 22.610/07, que impunha a necessidade de justificação fundada essencialmente em atos irregulares do partido político, tais como as alterações indevidas do programa partidário ou a grave discriminação pessoal em face do parlamentar.

Enfim, ao inovar indevidamente na ordem jurídica, estabelecendo uma hipótese não prevista na CF-88 (a infidelidade partidária) para acarretar a perda do mandato parlamentar, o STF exorbitou de suas funções, incidindo em patente e manifesto ativismo judicial.

4.3A JUSTIFICADA (E CORRETA) DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DA FICHA LIMPA

A chamada Lei da Ficha Limpa corresponde à Lei Complementar n.º 135/2010, que resultou de iniciativa popular¹⁷⁴ e alterou profundamente a disciplina então estabelecida na Lei Complementar n.º 64/90, acrescentando-lhe novas causas de inelegibilidade, aumentando os períodos de duração e estabelecendo novos marcos temporais para início dos impedimentos. A referida lei criou, entre outras, as situações de inelegibilidade de pessoas condenadas pela prática de ilícitos cíveis e criminais, a partir da deliberação de um órgão judicial colegiado, sendo desnecessário aguardar o trânsito em julgado da condenação.

No julgamento conjunto da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 4.578, proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL), e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.ºs 29 e 30, ajuizadas pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pela OAB, respectivamente, todas da relatoria do Min, Luiz Inconstitucionalidade.

173 Vide art. 22-A, III, Lei nº 9.504/97 e art. 1º da Emenda Constitucional n.º 91/2016.

174 O projeto de iniciativa popular, que contou com cerca de 1,3 milhão de assinaturas, em verdade, em razão de dificuldades na conferência das assinaturas, foi “aproveitado” a um projeto já em trâmite no Congresso (Fonte <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21571>, acesso em 28/09/2018).

Fux, o STF, em 16/02/2012, declarou a constitucionalidade da Lei Complementar n.º 135/2010, enfrentando uma série de argumentos sobre a infringência de normas constitucionais relativas aos princípios da presunção de inocência ou de não culpabilidade, da irretroatividade, do ato jurídico perfeito, bem assim da ofensa aos postulados da proporcionalidade, razoabilidade e da proteção do núcleo essencial do direito à elegibilidade.

Em que pese a relevância de discutir toda a fundamentação do julgado, para os fins desse artigo, importa analisar apenas o tópico referente à não extensão do princípio da presunção de inocência ao direito eleitoral. Isso porque, no particular, o STF havia decidido anteriormente, na ADPF n.º 144¹⁷⁵, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgada em 06/08/2008, que a Justiça eleitoral não poderia impedir a participação no processo eleitoral de candidatos que respondessem a processo judicial, sem condenações com trânsito em julgado, exatamente sob o argumento de que a presunção da inocência no âmbito criminal se irradiaria para a esfera eleitoral.

O objetivo central de análise, portanto, consiste em verificar se a mudança de posicionamento do STF efetuada no julgamento de constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, no tocante à não aplicação do princípio da presunção de inocência no âmbito eleitoral, em contraposição à decisão adotada na ADPF n.º 144, constituiu ou não uma mutação inconstitucional reveladora de prática do ativismo judicial.

Inicialmente, independentemente de eventuais vícios na interpretação constitucional, não é adequado cogitar do ativismo judicial a título de invasão da atividade normativa do Legislativo, uma vez que o STF manteve válida uma norma editada pelo Parlamento, declarando-a plenamente constitucional, de modo que lhe prestou deferência¹⁷⁶.

Já com relação à mutação constitucional, é preciso perceber

175 A ADPF foi ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) buscando a auto-aplicabilidade do § 9º do art. 14 da Constituição Federal e, com isso, que se permitisse aos juízes eleitorais negar pedidos de candidatura eletiva de pessoas que fossem réus em processos judiciais ou condenados sem o trânsito em julgado.

176 De se notar que pode haver ativismo judicial na decisão que declarar a constitucionalidade de ato normativo do Executivo ou Judiciário, principalmente se afrontarem a competência privativa do Legislativo; ou na decisão do STF de interpretação da norma conforme à Constituição, a depender da solução interpretativa adotada para fixar o sentido normativo ajustado ao texto constitucional.

que a declaração de constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, na acepção da não aplicação do princípio da presunção de inocência ao direito eleitoral, levou em consideração, entre outros aspectos, que a decisão adotada na ADPF n.º 144 considerou a então realidade histórica de um regime ditatorial vigente no Brasil até os idos de 1985, buscando notadamente proteger o princípio democrático contra os influxos autoritários de menoscabo aos direitos fundamentais. De outro lado, quando da edição da Lei da Ficha Limpa, já havia uma conscientização social sobre o fortalecimento do regime democrático e se preocupava a sociedade com outras questões importantes do sistema político, especialmente a crise moral de representatividade dos eleitos.

Nesse diapasão, a alteração de entendimento expressado pelo STF mostrou-se justificada pela imposição do cânone interpretativo da força normativa da Constituição, visando a atualizar a norma aos anseios da sociedade brasileira, eis que se mostrava excessiva a extensão da presunção de inocência para além dos seus limites criminais porquanto impedia a garantia da efetividade dos valores constitucionais de proteção à probidade e moralidade das eleições, considerada a vida pregressa dos candidatos, consoante dicção do artigo 14, § 9º da CF-88.

Além disso, conforme bem salientado pelo Rel. Min. LUIZ FUX, ao se buscar a melhor interpretação para a norma que prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, percebe-se que a sua literalidade não comporta interpretação extensiva a outro ramo do direito. Como se explicou nesse trabalho, o limite interpretativo de um enunciado é evidenciado prefacialmente pelo seu próprio conteúdo textual e, no caso em tela, a redação é extremamente objetiva e explícita em apontar que o princípio (ou regra) da não culpabilidade tem eficácia apenas no âmbito criminal¹⁷⁷.

A mutação constitucional em questão se justificou porque a

177 ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS apresenta outros argumentos em prol do afastamento do princípio da presunção de inocência no âmbito eleitoral: “Contudo, o comando do art. 5º, LVII (presunção de inocência) não proíbe todo e qualquer efeito de decisão condenatória fruto de órgão colegiado: por isso, permite-se a prisão processual, a decretação de indisponibilidade de bens etc. Além disso, o art. 15, III, da CF/1988, já permite a suspensão de direitos políticos pelo trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o que esvaziaria de sentido exigir o mesmo trânsito em julgado na hipótese do art. 14, § 9º, da CF.” (“Aspectos controvertidos da inelegibilidade prevista na alínea ‘e’ da Lei Complementar n. 64/1990”, *In ANPR (org.), Pontos Controvertidos sobre a Lei da Ficha Limpa*, Belo Horizonte, Del Rey, 2016, p. 15).

posição anterior do STF foi adotada com base em outra realidade e, bem assim, em razão de seu equívoco conceitual, pois a CF-88 não autoriza o entendimento de que a presunção de inocência seja expandida, de modo absoluto, a outros âmbitos normativos que não o do direito penal¹⁷⁸. Apenas se pode admitir uma irradiação de aspectos secundários do aludido princípio, no que toca à produção probatória e ao tratamento do acusado durante o curso do processo judicial, mas não se pode aceitar a exigência do trânsito em julgado como pressuposto para incidência de outras normas jurídicas, especialmente das que tratam do regime de inelegibilidades.

Em conclusão, a decisão de constitucionalidade a Lei da Ficha Limpa, na parte específica em que não se verificou infringência ao princípio constitucional da presunção de inocência, não implicou usurpação da atividade do legislativo ou mutação constitucional indevida, tampouco a ocorrência de ativismo judicial.

5. CONCLUSÕES

O presente artigo abordou o ativismo judicial do STF nas causas que afetam o Legislativo. Buscou-se demonstrar o conceito do ativismo e os parâmetros dogmáticos para identificar os limites da jurisdição constitucional e, ao final, elaborou-se uma crítica a decisões do STF em demandas sobre a reforma política, indicando a incidência ou não do ativismo.

A seguir, apresentam-se sinteticamente as conclusões do trabalho.

1) O estudo do ativismo judicial no Brasil passa, preliminarmente, pela compreensão de uma teoria do Direito que, embora admita a integração dos valores morais ao ordenamento, compreende que a norma, constituída de regras e princípios, é o fundamento principal de validade de um sistema que se preocupa com a segurança jurídica, coerência e unidade no regramento das relações sociais. Impõe-se ainda, nessa tarefa, a aceitação de uma adequada teoria da interpretação constitucional que, embasada em método e critérios exegéticos específicos, permite ao Judiciário apenas

178 Em tal sentido, EDSON DE RESENDE DE CASTRO apresenta a seguinte conclusão: “E se as inelegibilidades não pressupõem a ideia de culpa – porque não são pena, nenhum confronto há com a garantia constitucional da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, inscrita no art. 5º, LVII, da CF” (*Curso de Direito Eleitoral*, 8ª ed. revista e atualizada, Belo Horizonte, Del Rey, 2016, p. 150).

criar a norma de decisão concreta, sem inovar na ordem jurídica. Em acréscimo, a análise do ativismo judicial há de ser feita sob a perspectiva de um sistema jurídico de origem romano-germânico, que tem a norma positivada como fonte de Direito por excelência, sem olvidar, contudo, da importância da jurisprudência.

2) O ativismo judicial representa um fenômeno da realidade social, jurídica e política de um Estado, verificado em razão da atuação expansiva do Poder Judiciário para além de suas competências regularmente estabelecidas no ordenamento positivo. O seu conceito denota sempre um caráter negativo porque implica a invasão das atribuições dos demais Poderes, não se confundindo, contudo, com a legítima atuação judicial em prol dos direitos fundamentais, desde que atendidos os limites constitucionais da jurisdição.

3) Constituem fatores que impulsionam o ativismo judicial no Brasil: (i) a previsão na Constituição de uma gama de direitos políticos, econômicos e sociais em prol dos cidadãos, geralmente através de normas de conteúdo semântico plurissignificativo; (ii) o descaso e a ineficiência dos demais Poderes na execução dos seus encargos constitucionais, aliado à permanente crise de representatividade dos mandatários; (iii) a constante judicialização no STF de temáticas de natureza política; (iv) a ampliação das formas e do rol de legitimados para o exercício do controle de constitucionalidade pelo STF; e (v) a influência teórica da concepção pós-positivista do Direito e do neoconstitucionalismo, que propõem a majoração da força normativa dos princípios jurídicos na interpretação e aplicação das normas.

4) O ativismo judicial acarreta sérias e danosas consequências para o sistema jurídico como um todo e ao equilíbrio das relações interinstitucionais dos Poderes do Estado, podendo-se citar: (i) perda da segurança jurídica e coerência que se espera do Direito, em razão do subjetivismo judicial nas decisões e do desrespeito aos precedentes jurisprudenciais; (ii) ausência de legitimidade democrática e de responsabilização política do Judiciário na adoção de decisões que ultrapassam suas competências; (iii) desarmonia na separação dos Poderes, em razão do empoderamento do Judiciário e enfraquecimento do Legislativo, que é a instância natural das decisões políticas; (iv) riscos da prática do *outruling* pelo Legislativo, mediante desobediência às decisões judiciais ativistas ou pelo enfrentamento

às lédimas prerrogativas do Judiciário, inclusive através da indevida constitucionalização de matérias de reserva legal.

5) O presente artigo não abordou as soluções para evitar a prática do ativismo judicial, apenas buscou apresentar os elementos que permitam sua identificação. De toda sorte, é possível anotar que a resolução do problema passa pela adoção de ações por três atores importantes do processo jurídico e político: (i) os doutrinadores que, de modo imparcial, devem sempre apontar as críticas à indevida expansão do Judiciário, indicando os critérios jurídicos delimitadores da jurisdição; (ii) os juízes, que precisam compreender os seus limites e, quando for o caso, devem adotar uma postura de autocontenção institucional; e (iii) os parlamentares, que precisam cumprir efetivamente os seus encargos constitucionais, não se olvidando de discutir temas políticos relevantes e polêmicos para a sociedade brasileira.

6) A identificação do ativismo judicial, considerando suas graves consequências, deve levar em consideração o princípio da inafastabilidade do exercício da jurisdição e a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade dos atos normativos. Não basta discordar fundamentadamente das decisões judiciais para considerá-las ativistas, exigindo-se, ao contrário, uma cautelosa e profunda investigação para saber se foram ultrapassadas as linhas que definem o conteúdo material da jurisdição, sendo relevante, em suma, a elaboração consubstanciada de parâmetros dogmáticos para verificação da prática ativista.

7) Nesse propósito, a título de premissas conceituais, mostra-se importante compreender que o ativismo judicial: (i) pode se manifestar tanto na invasão de uma função essencial de um outro Poder como no exercício de uma atribuição anômala, sendo o seu conceito vinculado essencialmente ao desbordamento da atuação judicial; (ii) pode se manifestar em qualquer ato da Corte Suprema que tenha por objeto a interpretação da Constituição e não apenas no exercício do controle de constitucionalidade das leis; e (iii) se verifica não apenas pela indevida inovação na ordem jurídica, mas sempre que a decisão judicial seja fruto de uma interpretação distorcida e injustificável do sentido normativo da Constituição.

8) A teoria das *questões políticas* constitui o primeiro dos limites do ativismo judicial e está diretamente relacionada com a

preservação do princípio da separação dos poderes, compreendido pelas ideias do núcleo essencial de funções de cada Poder e da interdependência no exercício das atribuições entre os Poderes. Nada obstante controversa a aplicação dessa teoria no Direito, é senso comum que não compete ao Judiciário exercer o controle da discricionariedade de temas estritamente políticos, cabendo-lhe apenas sindicá-la a observância dos pressupostos constitucionais e a ocorrência de eventual dano a direito subjetivo individual ou coletivo. O Judiciário, na apreciação desse tipo de causa, deve agir com vigilância e cuidado para não afetar o equilíbrio institucional da separação dos Poderes.

9) A análise da correção da interpretação constitucional é o caminho dogmático mais relevante para identificar a prática ativista. Em que pese a interpretação da Constituição não seja uma atividade distinta da interpretação em geral, o intérprete deve prestar atenção às seguintes especificidades: (i) a Constituição encerra a norma suprema de um Estado e é fonte de legitimidade para as demais normas do ordenamento; (ii) um dos objetos da Carta Magna é a disciplina da relação entre os Poderes, de modo que as decisões nela embasadas estão impregnadas de conotação política; (iii) a Constituição define o rol de direitos fundamentais dos cidadãos e assegura o seu atendimento pelo Estado; e (iv) os enunciados normativos da Constituição, em geral, apresentam signos linguísticos de conteúdo aberto, contendo a indicação de valores morais relevantes para o regramento das relações sociais.

10) A realização de uma adequada tarefa interpretativa, das normas em geral e da Constituição, demanda a compreensão e o atendimento aos seguintes pressupostos conceituais: (i) percepção da estrita vinculação entre a atividade de interpretação e a de concretização da norma, sendo permitido ao juiz criar a norma de decisão a ser aplicada ao caso concreto; (ii) diversidade conceitual entre o dispositivo (objeto da interpretação) e a norma jurídica (resultado da interpretação); (iii) obediência, pelo intérprete, ao sentido jurídico possível de ser extraído do enunciado normativo; (iv) utilização de um método próprio de interpretação e de princípios ou cânones instrumentais da interpretação constitucional.

11) O método de interpretação *concretizador* é o que melhor estrutura uma ordem sequencial e lógico-racional para compre-

ensão do sentido da disposição normativa, com o fim de evitar o subjetivismo e casuísmo nas decisões judiciais. Através dele, o intérprete, que tem a norma como objeto de primordial atenção, busca identificar inicialmente o *programa normativo* do enunciado (o seu sentido jurídico em abstrato), utilizando-se, como ponto de partida, dos elementos tradicionais de interpretação (subsunção da norma através dos critérios gramatical, sistemático, histórico e teleológico) e de alguns cânones específicos da interpretação constitucional; ajustando-o posteriormente ao *ambiente normativo*, que constitui a realidade social e política em que a norma será inserida. Valoriza-se também a figura do intérprete, a partir de suas pré-compreensões, como um personagem importante na criação da norma concreta de decisão e no respeito aos valores explicitados na Constituição.

12) Na insuficiência dos elementos tradicionais para se encontrar o sentido da norma, impõe-se a adoção dos seguintes cânones ou princípios instrumentais da interpretação constitucional: (i) unidade da Constituição, que privilegia a harmonia entre suas normas; (ii) supremacia da Constituição frente às demais normas jurídicas, sendo seus subprincípios a máxima eficácia e efetividade de suas normas, a força normativa da Constituição e a interpretação conforme a Constituição; (iii) conformidade funcional, em que se defende uma postura do Judiciário de deferência às atribuições dos demais Poderes, evitando-se alcançar um sentido normativo que afete o equilíbrio dessa separação de competências funcionais.

13) Para se alcançar a diretriz de unidade e convivência harmônica das normas constitucionais e, considerando sobretudo que a interpretação dos princípios jurídicos de baixa densidade normativa não pode ser realizada apenas pelo método silogístico da subsunção, o intérprete deve se socorrer da ponderação como técnica para resolução de conflitos entre bens, interesses e valores, com a observância dos postulados da razoabilidade, proporcionalidade e proibição da proteção insuficiente. A ponderação não significa uma porta aberta ao ativismo judicial nem permite a inovação judicial da ordem jurídica. Deve ser realizada de forma criteriosa, mediante a correta identificação do objeto da ponderação e a enunciação de razões que justifiquem a preponderância dos interesses e a possibilidade de extensão dos fundamentos para situações semelhantes,

não se tratando, portanto, de casuísmo judiciário.

14) A presença de expressões plurissignificativas nas disposições normativas constitucionais encerra uma técnica do legislador constituinte para expressar os princípios, valores e diretrizes fundamentais da Carta Magna, não servindo, contudo, como justificativa para uma atuação criativa do intérprete na densificação de seus conceitos. Algumas diretrizes são possíveis de serem anunciadas para o pleno êxito dessa tarefa: (i) aceitação da precedência do legislador na definição dos conceitos jurídicos da norma constitucional; (ii) compreensão de que os enunciados possuem algum conceito discernível na doutrina, lei ou jurisprudência, não sendo permitido jamais a transfiguração do seu sentido; (iii) exigência de maior grau de fundamentação jurídica sobre as soluções interpretativas.

15) A mutação constitucional interpretativa significa a alteração do sentido normativo preexistente de um enunciado da Constituição através de uma nova exegese do juiz constitucional, constituindo um campo vasto para incidência do ativismo judicial. Os limites para uma adequada mutação constitucional são, basicamente, os mesmos da interpretação, especialmente a impossibilidade de se alterar o sentido expresso da norma e o respeito à unidade do ordenamento jurídico constitucional, aliado à observação de que a superação do precedente jurisprudencial impõe uma maior carga de justificação da alteração da tese jurídica.

16) A argumentação jurídica deficiente, que não consegue minimamente demonstrar os pressupostos lógicos e os fundamentos de uma decisão, ou que não selecionou e analisou adequadamente os fatos e as normas do caso em exame, pode indicar a deformação do processo interpretativo. São requisitos para uma adequada argumentação jurídica: (i) decisão respaldada num fundamento de ordem normativa, válido no ordenamento; (ii) generalidade e utilização do argumento em outras situações similares; (iii) a devida análise dos precedentes judiciais; e (iv) a correta concretização da interpretação da norma com a realidade. Argumentar significa bem escolher os fatos e as normas a serem apreciados e informar a razão de ser da decisão de interpretação/aplicação adotada. A ausência desses requisitos compromete a solidez da solução jurídica e constitui um sério indicativo de uma prática ativista judicial.

17) A atividade de criação do direito pelo Judiciário, através de decisões que contêm direta ou indiretamente comandos normativos gerais e abstratos, especialmente a imposição de sanções não previstas no ordenamento jurídico, constitui a manifestação mais nítida do ativismo judicial em detrimento da função essencial do Poder Legislativo. Ao STF somente é permitido criar a norma concreta de decisão, que terá sempre por base uma conformação normativa preexistente, sendo-lhe vedado manipular o conteúdo normativo da lei ou da Constituição para expandi-lo indevidamente e, bem assim, não deve desrespeitar os pressupostos constitucionais exigidos para edição de atos normativos próprios.

18) No âmbito do controle de constitucionalidade das normas, as sentenças interpretativas são aquelas que extraem mais de um sentido normativo de um determinado enunciado, separando-os entre aqueles que estão conforme (decisões de rejeição da inconstitucionalidade) e os que estão em desacordo com a Constituição (decisões de acolhimento da inconstitucionalidade). Esse tipo de decisão decorre de técnica prevista formalmente na legislação brasileira, mas poderá ensejar o ativismo judicial se o juiz constitucional desobedecer aos pressupostos e requisitos da interpretação constitucional, notadamente quando suplantar os limites textuais da disposição normativa.

19) As sentenças aditivas do controle de constitucionalidade importam a ampliação do sentido normativo de um enunciado para um determinado campo de incidência ou a certos destinatários, não previstos inicialmente pela norma. Podem configurar o ativismo judicial se o sentido a ser acrescido não tiver por base uma norma específica ou se for além do campo de abrangência permitido pela interpretação da disposição normativa. De outro lado, as sentenças substitutivas ou criativas são manifestações típicas do ativismo judicial, eis que, através delas, se aponta a inconstitucionalidade de uma norma por entender mais viável juridicamente uma outra disciplina a ser aplicada, criando-se então uma norma jurídica.

20) A edição pelo STF de atos de conteúdo normativo, em que pese autorizado em certas situações pela Constituição Federal, pode configurar o ativismo judicial caso sejam desrespeitados os específicos pressupostos constitucionais para sua emissão: (i) os atos normativos internos devem disciplinar apenas assuntos de

natureza administrativa, com respeito ao devido processo legal; (ii) as súmulas vinculantes devem se ater à discussão da validade, interpretação e aplicação de uma norma específica, que enseje controvérsia jurídica atual e relevante e para cuja solução haja reiteradas decisões da Corte Suprema; e (iii) a decisão proferida em mandado de injunção pode criar a norma regulamentadora do direito questionado desde que limitada ao campo de abrangência do objeto da causa.

21) As decisões do STF que reputaram inconstitucionais as normas eleitorais que estabeleceram as cláusulas de barreira ou de desempenho dos partidos políticos configuram exemplos de ativismo judicial, em razão da deficiência na interpretação constitucional e na ponderação dos bens e interesses conflitantes. O STF ampliou, em demasia, o sentido e alcance dos princípios constitucionais do pluralismo partidário, do regime democrático e da igualdade e não apreciou corretamente a realidade subjacente à decisão, ignorando ainda a preferência que deveria ser atribuída às justificáveis decisões legislativas sobre a complexa temática da limitação ao funcionamento de partidos sem representatividade política.

22) A declaração de inconstitucionalidade das doações de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, decidida pelo STF, também demonstrou a prática do ativismo judicial. A Corte Suprema estendeu demasiadamente o conteúdo normativo dos princípios jurídicos relativos ao regime democrático para vedar as referidas doações, deixando ainda de observar o cânone interpretativo da separação dos poderes e a deferência que se dever ter às posições do Legislativo que tratem de temas de alta densidade política e que não afrontem, direta e objetivamente, a Constituição Federal. Também não se observou a diretriz da unidade da Constituição, porquanto seria possível obter um sentido da norma impugnada em conformidade com a Carta Magna, estabelecendo-se apenas alguns limites às doações de pessoas jurídicas, para evitar os abusos então ocorrentes.

23) A Constituição Federal autoriza a Justiça Eleitoral a decretar a cassação do mandato do parlamentar em razão da prática de ato ilícito de natureza eleitoral, agindo corretamente o STF ao julgar improcedente ações de inconstitucionalidade contra atos normativos que tipificavam alguns desses ilícitos (artigos 77 e 41-A

da Lei nº 9.504/97) e especificavam as sanções correspondentes. Nesses casos, houve a adequada interpretação dos princípios constitucionais da impessoalidade no trato com o interesse público, da liberdade do voto e da igualdade de tratamento entre os candidatos nas eleições, atuando o STF como autêntico e responsável juiz constitucional.

24) A Suprema Corte incidiu em ativismo judicial ao permitir a perda de mandato pela Justiça Eleitoral em razão da desfiliação partidária do parlamentar sem justa causa, uma vez que: (i) inovou na ordem jurídica ao prever uma sanção a hipótese de incidência não prevista na Constituição; (ii) modificou erroneamente um precedente jurisprudencial em sentido diverso da própria Corte; e (iii) chancelou a edição de ato normativo do TSE que invadiu a competência legislativa privativa da União. Em essência, o STF efetuou uma extensão indevida da interpretação dos princípios democrático e da eleição proporcional, com a defesa da errônea tese de automaticidade entre a desfiliação partidária e cassação do mandato, quando, em verdade, a Constituição estabeleceu as hipóteses expressas em que poderia ocorrer o afastamento definitivo do parlamentar, não constando, dentre elas, a infidelidade partidária.

25) Não houve ativismo judicial na declaração de constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, uma vez que a inelegibilidade do condenado pela prática de ato ilícito cível ou criminal a partir da decisão de um órgão judicial colegiado, prescindindo-se do trânsito em julgado, não afeta o princípio constitucional da presunção de inocência. Não obstante o precedente em sentido diverso do STF, na ADPF n.º 144, a mudança de posição revelou-se uma adequada mutação constitucional, por privilegiar o cânone interpretativo da força normativa da Constituição, ajustando a norma à nova realidade social e política e, principalmente, porque a leitura da disposição normativa da presunção de inocência não suporta sua extensão, em toda a plenitude, para outros ramos do Direito além do criminal, sendo plenamente permitido pela CF-88 que o regime de inelegibilidades, que visa a considerar a vida pregressa dos candidatos, estabeleça outro marco temporal para incidência dos impedimentos.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de, Súmula Vinculante, *In* MORAIS, Carlos Blanco de; RAMOS, Elival da Silva (coord.), *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, São Paulo, Almedina, 2012.

APPIO, Eduardo, *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, Curitiba, Juruá, 2005.

ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 11ª ed. revista, São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

BARCELOS, Ana Paula de, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2017.

BOBBIO, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 4ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1994.

BONAVIDES, Paulo, *Ciência Política*, 18ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, As dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, *In* Revista de Direito Público n.º 06, Julho-Dezembro de 2011, Instituto de Direito Público, Lisboa, Almedina, 2011.

_____, Dimensões da autorrestrrição judicial, *In* LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio; NERY JÚNIOR, Nelson (coord.), *Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas, Legislativo e Judiciário na Reforma Política: divergências sobre a cláusula de barreira, *In*

RESENDE, Antônio José Calhau de; BERNARDES JÚNIOR, José Alcione (org.), *Temas de Direito Parlamentar*, 1ª ed., Belo Horizonte, Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2016.

CANAS, Vitalino, *O princípio da proibição do excesso na conformação e controlo dos atos legislativos*, Coimbra, Almedina, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*, 6ª ed. revista, Coimbra, Almedina, 1993.

_____, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.

CASSEB, Paulo Adib, O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal brasileiro: casos concretos, *In* MORAIS, Carlos Blanco de (coord.), *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional*, Lisboa, AAFDL, 2009.

CASTRO, Bernardo de Mendonça Teixeira, *As sentenças intermédias na ordem constitucional nacional*, Coimbra, Edições Almedina, 2016.

CASTRO, Edson de Resende, *Curso de Direito Eleitoral*, 8ª ed. revista e atualizada, Belo Horizonte, Del Rey, 2016.

COELHO, Inocêncio Mártires, Fiscalização da Constituição: métodos e princípios da interpretação constitucional, *In* Direito e Cidadania, Ano V, n.º 18, Praia, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*, 8ª ed., revista, ampliada e atualizada, Salvador, JusPO-DIVM, 2016.

DIMOULIS, Dimitri, *Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*, 2ª ed. revista e atualizada, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2018.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, 2ª ed., Osasco, EDIFIEO, 2015.

_____, Jurisdição Constitucional: conflitos e tensões entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo, *In Espaço Jurídico Journal of Law*, vol. 17, n.º 1, 2016. Disponível em <http://dx.doi.org/10.18593/ejil.v17i1.5805>, acesso em 08/09/2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Estado de Direito e Constituição*, 4ª ed. revista e atualizada, São Paulo, Saraiva, 2007.

GUEDES, Néviton, O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>, acesso em 28/06/2018.

GRAU, Eros Roberto, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, São Paulo, Malheiros Editores, 2006.

HART, Herbert L. A., *O Conceito de Direito*, tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986 (1961).

HESSE, Konrad, *A força normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____, A interpretação constitucional, tradução de Inocêncio Mártires Coelho, *In Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2009.

LOPES, Pedro Moniz, Sobre as sentenças de inconstitucionalidade parcial qualitativa, *In* MORAIS, Carlos Blanco de (coord.), *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional*, Lisboa, AAFDL, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 4ª tiragem, São Paulo, Malheiros Editores, 2000.

MELLO, Cláudio Ari, *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2004.

MELLO, Ruy Nestor Bastos, O princípio da proporcionalidade como instrumento de controle das restrições normativas à elegibilidade

nos sistemas jurídicos do Brasil e de Portugal, *In* Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, Revista Populus, vol. 6, Salvador, 2019. Disponível em <http://eje.tre-ba.jus.br/course/view.php?id=58>, acesso em 15/5/2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2016.

_____, Anotações acerca da apreciação e revisão de fatos e prognoses legislativos perante a Corte Constitucional alemã e o Supremo Tribunal Federal brasileiro, *In* MORAIS, Carlos Blanco de; RAMOS, Elival da Silva (coord.), *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, São Paulo, Almeida, 2012.

MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, 3ª ed. revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro, Forense, 2011.

MONTEIRO, Arthur Maximus, *Controle de constitucionalidade das omissões legislativas*, Curitiba, Juruá, 2015.

MONTEIRO, Juliano Ralo, Ativismo Judicial: Um Caminho para Concretização de Direitos Fundamentais *In* AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.), *Estado de Direito e Ativismo Judicial*, São Paulo, Quartier Latin, 2010.

MORAES, Alexandre de, As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial, *In* Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional: o direito do contencioso constitucional*, Tomo II, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

_____, *Curso de Direito Constitucional: As Funções do Estado e o Poder legislativo no Ordenamento Português*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

_____, *Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*

em Tempo de Crise do Estado Social, Tomo II, vol. 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

_____ As ideologias da interpretação e o Ativismo Judicial: o impacto das ideologias da interpretação nos princípios democráticos e da separação dos poderes, *In* SOUZA, Marcelo Rebelo de; PINTO, Eduardo Vera-Cruz (coord.), *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, Coimbra, Edições Almedina, 2016.

NADER, Paulo, *Filosofia do Direito*, 23^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015.

PELICIOLI, Ângela Cristina, *A sentença normativa na jurisdição constitucional: O Supremo Tribunal Federal como Legislador Positivo*, São Paulo, Editora LTr, 2008.

RAMOS, André de Carvalho, Aspectos controvertidos da inelegibilidade prevista na alínea 'e' da Lei Complementar n. 64/1990, *In* ANPR (org.), *Pontos Controvertidos sobre a Lei da Ficha Limpa*, Belo Horizonte, Del Rey, 2016.

RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, 2^a ed., São Paulo, Saraiva, 2015.

SAMPAIO, Flávia Cerqueira, Os efeitos diferidos para o futuro de uma decisão de inconstitucionalidade, *In* MORAIS, Carlos Blanco de (coord.), *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional*, Lisboa, AAFDL, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *Curso de Direito Constitucional*, 3^a ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

SARMENTO, Daniel, *Por Um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010.

_____ ; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*, 2^a ed., Belo Horizonte, Forum, 2017.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de, *O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas*, Porto Alegre, Síntese, 2004.

STRECK, Lênio Luiz, Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto, *In* STRECK, Lênio Luiz e MORAIS, José Luiz Bolzan de (org.), *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques, *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal*, dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 2004. Disponível em <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/87028>, acesso em 08/09/2018.

Populus



Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Artigo não Inédito

EJE

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

PRIMERA PARTE: ELECCIONES Y DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA EL DESAFÍO AUTORITARIO-POPULISTA * **

Dieter Nohlen ***

Con el retorno de la democracia desde finales de los años setenta, las elecciones en Latinoamérica se convirtieron en rutina. A excepción de Cuba, los detentadores del poder han surgido casi en todos lados por medio de elecciones. Y allí, donde la concentración del poder y enfrentamientos de poder interrumpieron el proceso democrático, frecuentemente a través de las elecciones pudo producirse de nuevo la legitimidad del ejercicio del poder de manera relativamente rápida. Con las elecciones se generaron también cambios de poder partidista, que pueden considerarse como muestra de la consolidación de la democracia. En comparación con la histórica inestabilidad política, con la frecuencia de regímenes militares, con cambios de régimen cíclicos entre democracia y dictadura, este cuadro grueso bosqueja un balance en verdad positivo del desarrollo político de Latinoamérica en las últimas cuatro décadas (véanse Blanquer et al. 2005; Nohlen 2005). El rol de las elecciones es, sin embargo, mucho más complejo, por ejemplo –y comparando con la práctica electoral en las democracias occidentales consolidadas– en las elecciones latinoamericanas muy frecuentemente se pone en duda la vigencia del Estado de Derecho o está involucrada en ellas a veces el tipo de régimen (democracia o dictadura). Además, las

*Artigo publicado originalmente no livro “Elecciones y Democracia em América Latina: El Desafío autoritário-populista. América Latina: debates sobre la democracia. 80 años de Dieter Nohlen. Colóquio Interamericano nº 200 Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Heidelberg. 11 de setembro de 2019. Editor Allan R. Brewer-Carías. Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidade Católica Andrés Bello. Nº 1. Editorial Jurídica Venezolana International, 2020.” Publicação na Revista Populus autorizada pelo Editor Prof. Allan R. Brewer-Carías e pelo articulista Prof. Dieter Nohlen.

**Antes de disertar sobre el tema que escogí para este lindo encuentro, quisiera agradecer a Mariela Morales y Henry Jiménez por haber tomado la iniciativa de reunirnos - en el marco del *Coloquio Iberoamericano* del MPIL - para discutir sobre los desafíos a la democracia en América Latina. Me complace mucho que los organizadores de este encuentro quieran conmemorar con ello mis ochenta años. Me alegra la presencia de todos Ustedes, especialmente la de algunos alumnos míos, que han llegado de lejos, y sobre todo la de Allan Brewer-Carías, amigo de tantos años. Agradezco cordialmente la participación del presidente del MPIL, Armin von Bogdandy, y sus amables palabras de bienvenida a su casa académica. El texto de mi contribución a este libro ha sido en parte traducido, y en parte revisado lingüísticamente por José Reynoso Núñez.

***Professor Emérito de Ciência Política da Faculdade de Ciências Econômicas e Sociais da Universidade de Heidelberg (Alemanha).

elecciones se convierten o concurren con más fuerza con plebiscitos o referendos; es decir, el tipo de democracia (representativa o directa) se presenta como opción controvertida. Finalmente, en la comparación intrarregional se presentan sustanciales diferencias en el desarrollo democrático entre los países. Correspondientemente el foco de reflexión sobre las elecciones se ha pospuesto. No se trata más primordialmente de elegir, sino decómo se elige y en qué contexto. Las condiciones procedimentales y sociopolíticas bajo las cuales se celebran las elecciones en Latinoamérica son muy heterogéneas, así que el correspondiente diseño y contexto de unas elecciones dice en general mucho más sobre el desarrollo político de un país, que la visión sobre la pura rutina con la que el electorado constantemente es llamado a las urnas.

Este estudio comparativo refleja la diversidad señalada, referida al lugar, al tiempo y al resultado en términos de la disyuntiva entre democracia y régimen autoritario. No nos interesa tanto quién ganó, la izquierda, la derecha, un partido o un político particular. El foco de atención es otro y consiste en averiguar el efecto de cómo se celebran elecciones sobre la consolidación o el desmontaje de la democracia representativa. El estudio encamina todo el proceso electoral en sus dimensiones legislativas, jurisdiccionales y políticas, o sea, trata de cumplir con intereses de conocimiento muy amplios en relación a elecciones, democracia y su negación. El análisis, presentado en forma panorámica, aunque detallado por subtemas y países, se nutre de varios proyectos de investigación que el autor pudo realizaren los últimos decenios con el apoyo de muchos colegas especialistas en lamateria. Las respectivas publicaciones se desprenden de la pequeña bibliografía añadida al texto. Esta indicación es especialmente cierta en relaciónal más reciente estudio comparativo: Derecho Electoral Latinoamericano. Un enfoque comparativo, compilado por Dieter Nohlen, Leonardo Valdésy Daniel Zovatto (2019), en el que se analizan las elecciones en América Latina en todas sus etapas administrativas y jurisdiccionales desde unas perspectivas multidisciplinares. En varias oportunidades del análisis comparativo, el autor se refiere explícitamente a contribuciones que forman parte de esta obra.

Las primeras dos partes del análisis se dedican a las elecciones en las múltiples dimensiones señaladas a nivel histórico-em-

pírico. Primero, se enfocan elementos y estructuras institucionales y políticas, que constituyen el contexto en el que se celebran elecciones y se exhiben diferencias en el desarrollo de la democracia en América Latina. Segundo, se tematiza la legislación y organización electoral y las reformas electorales que hubo para mejorar la calidad democrática de las elecciones, sin perder de vista sus diversos efectos, a veces concordantes con el propósito, a veces no tanto o incluso contrarios a él. La tercera parte abre el horizonte de análisis hacia factores sustanciales de tipo socio-cultural que influyen en la competencia política por el poder en detrimento de la democracia. Se hace hincapié en los elementos institucionales que pueden ser instrumentalizados para objetivos ajenos a su significado en la buena teoría democrática, o sea, en medio del creciente populismo, servir para desmontar la democracia por vía democrática, con el apoyo del pueblo a través de elecciones o encuestas de opinión. La cuarta y última parte presenta consideraciones acerca de un constitucionalismo populista como estrategia para erigir o mantener un régimen autoritario.

I ELECCIONES Y DEMOCRACIA EN SU CONTEXTO INSTITUCIONAL E HISTÓRICO

La primera parte del análisis comparativo trata de algunas condiciones institucionales, determinadas estructuras políticas y factores causales, que constituyen una parte del contexto señalado, en el que las elecciones en América Latina tienen lugar y que son de entenderse en sus prácticas diversas. Nos referimos a la forma de gobierno, a la reelección, a las formas de participación política y sus alcances políticos, a las contiendas electorales y sus características, al impacto que ejercen reglas y conductas sobre las elecciones. Quedan casi fuera de atención los resultados electorales en términos de quién ganó, sobre todo en la dimensión derecha e izquierda tan preponderante en la observación de las elecciones en América Latina (a este respecto ver Nohlen, 2005). Dada la importancia del contexto, aquí interesa en qué medida relativa la arquitectura institucional influye en el resultado de las elecciones en su relación con la democracia, no el resultado en sí mismo.

1. ELECCIONES EN EL PRESIDENCIALISMO

En América Latina predominan sistemas políticos presidenciales. A diferencia de los sistemas parlamentarios requieren la elección de dos órganos, el presidente y el Congreso, en el caso de sistemas bicamerales la Cámara de Diputados y el Senado. Para todos los órganos las elecciones constituyen la fuente de su legitimidad democrática. En las elecciones presidenciales se elige en la mayoría de las veces también un vicepresidente, a veces también dos (Costa Rica) o tres (Honduras). Chile y México constituyen la excepción. Formalmente no tienen vicepresidente, sus funciones en su caso son desarrolladas por un miembro del gobierno. La duración del mandato asciende en ocho países a cuatro años, en otros ocho a cinco años y en México y Venezuela a seis años. El periodo electoral de la cámara de diputados asciende en ocho países a cuatro años, en siete a cinco años. De esos periodos selectivos se separan México y Venezuela en donde los diputados duran tres años. Con la reforma constitucional de 2019, Perú se sumó a estos dos países.

Debido a la brecha de poder entre presidente y congreso muy frecuente en América Latina, las elecciones presidenciales son las elecciones más importantes y tienen influencia sobre el resultado de las elecciones parlamentarias, en especial porque frecuentemente tienen lugar de manera simultánea. Sin embargo, por diferentes razones, el presidente dispone solo raras veces de una mayoría parlamentaria de los partidos que lo apoyan. Los conflictos de poder que de ello resultan entre presidente y congreso construyen la razón más frecuente de la inestabilidad política en América Latina. En las elecciones de los órganos uni y plurinominales no se decide necesariamente sobre la cuestión de poder, sino, cuál institución entra, con qué peso, en el conflicto continuo entre presidente y congreso. Debido a que el presidente en general puede colocar más peso sobre el platillo del poder político, la desigualdad de poder entre ambos poderes electos se articula en el debate político y científico, especialmente en la obra de Diego Valadés (Häberle/García Belaunde 2012), en la pregunta general sobre el control del poder (del presidente).

2. ELECCIÓN Y REELECCIÓN

Una respuesta clásica al respecto consistió y consiste en la limitación temporal del ejercicio del poder de una figura de liderazgo político a un periodo electoral. El proceso y el resultado de las elecciones pueden ser influenciados a través de reglas de reelección. En sí mismo el tipo de régimen puede estar impregnado por ellas.

La reelección de un presidente en ejercicio fue mal vista debido a las experiencias desagradables históricas con fraude y abuso del poder. En México se acuñó la frase “no reelección”, la exigencia por la prohibición de la reelección, el grito de batalla de la exitosa revolución de 1910 contra el dictador Porfirio Díaz. El anclaje de la prohibición de la reelección inmediata en casi todas las constituciones de la región garantizó hasta hace poco el cambio, por lo menos del mandatario, después de un periodo de gobierno. A partir de los años noventa se produjo un cambio de rumbo decisivo en la duración del ejercicio del poder de sus respectivos detentadores. Algunos presidentes no pudieron resistir la tentación de aspirar a su reelección inmediata, incluso en contravención a las normas constitucionales. En la mayoría de los casos las reformas constitucionales correspondientes tuvieron lugar sin el consentimiento del Congreso, estas entraron en vigor en el marco de la lucha por el poder en las subsiguientes elecciones. Para conseguir este objetivo ha sido útil la celebración de un referéndum, en el que el respectivo presidente pudo demostrar hábilmente su mayor proximidad a la gente como resultado de esa característica del poder ejecutivo unipersonal, en comparación con la representación popular pluripersonal, fragmentada y de reputación pública más bien débil de la cámara legislativa.

En los países de desarrollo autoritario, la reelección inmediata no se limitó a una sola vez, sino que los presidentes buscaron la reelección ilimitada y tensaron a todos los órganos del Estado, cuya independencia ya estaba erosionada. En Ecuador, por ejemplo, se introdujo la reelección inmediata a través de una nueva constitución, que fue ratificada en el referéndum de septiembre de 2008. En consecuencia, Rafael Correa logró la primera reelección en 2009, la segunda, ya polémica, en 2013. En diciembre de 2015 la Asamblea nacional llevó a cabo una reforma constitucional a favor de la reelección ilimitada, que entraría en vigor solo después de las

elecciones presidenciales de 2017. Por tanto, debía ser descartada una nueva reelección de Correa. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, con la decisión de abril de 2016, revocó esta disposición adicional. También en el caso de Bolivia y Venezuela, la reelección ilimitada demostró ser una característica de un tipo de régimen, en el que las elecciones perdieron su contenido democrático. Por supuesto los presidentes con ambiciones reeleccionistas no prevalecieron en todas partes. En Paraguay, por ejemplo, tres presidentes intentaron desde 2007 introducir la reelección inmediata sin éxito, desencadenando cada vez una crisis política. También en Honduras fracasó en 2009 un intento de ese tipo, que provocó graves desacuerdos nacional e internacionalmente. Bolivia había introducido una reelección inmediata por única vez en 2009. En contraste, Evo Morales había sido reelecto ya tres veces, cuando intentó a través de una consulta popular una nueva reelección para las elecciones de 2019. El referéndum de febrero de 2016 resultó, sin embargo, negativo para él, lo que no le impidió elegir el camino a través del Tribunal Constitucional, el que en noviembre de 2017 resolvió a su favor (para el seguimiento ver más adelante).

Es interesante observar, sin embargo, que las redemocratizaciones integran también la cuestión de la reelección, pero en dirección contraria. En Ecuador, bajo el presidente Lenín Moreno, en febrero de 2018, fue nuevamente rechazada por referéndum la reelección inmediata del presidente.

En el balance constitucional, de 18 países, 14 permitían en 2018 la reelección del presidente, seis de ellos (Chile, Costa Rica, El Salvador, Panamá, Perú y Uruguay) la reelección más bien normal después del intervalo de un periodo electoral, que en gran parte no es problemática, como demuestra la reelección en Chile (Bachelet, 2014, Piñera, 2018), Costa Rica (Arias, 2006) y Uruguay (Sanguinetti, 1995; Vázquez, 2015). Cinco países (Argentina, Brasil, Bolivia Colombia y República Dominicana) permiten la reelección inmediata, tres países (Ecuador hasta 2018, Nicaragua y Venezuela) la reelección indefinida. Cualquier reelección permanece prohibida en cuatro países (Guatemala, Honduras, México y Paraguay).

En el balance político se confirma la tesis de que la reelección inmediata influye en el proceso y el resultado de las elecciones presidenciales. En todos los casos su introducción llevó a la reelec-

ción del correspondiente presidente, Carlos Menem en Argentina, Fernando H. Cardoso en Brasil, Hugo Chávez en Venezuela, Rafael Correa en Ecuador, Álvaro Uribe en Colombia, Evo Morales en Bolivia, Daniel Ortega en Nicaragua. En el ejercicio de su cargo el detentador del poder no solo disfruta de un alto grado de notoriedad pública y visibilidad, lo que en otra parte se ha designado como bono del cargo. Supera a los posibles competidores, sobre todo debido a la orientación estatal de la economía y la sociedad en Latinoamérica (Estatismo), que está acompañada por el clientelismo y la corrupción, de lo que resulta que el detentador del poder en la contienda electoral disponga de muchos más recursos que sus respectivas contrapartes.

3. SISTEMAS ELECTORALES

En Latinoamérica el concepto de sistema electoral no es utilizado de forma homogénea. Sobre todo en la crítica a la política y las instituciones en general confluye bajo el sistema electoral todo lo que esté vinculado con elecciones, es decir los órganos electorales, las campañas electorales, la calificación de las elecciones, etc. A veces, se identifica precisamente lo administrativo y jurisdiccional con este término. En las ciencias sociales; sin embargo, se hace un uso restringido y bien definido del concepto de sistema electoral, especialmente en aquella rama del saber que se podría llamar sistemas electorales comparados. El concepto se define así: el sistema electoral tiene por finalidad determinar las reglas según las cuales los electores pueden expresar sus preferencias políticas en votos y según las cuales se pueden convertir votos en escaños parlamentarios (en el caso de elecciones parlamentarias) o en cargos de gobierno (en el caso de elecciones de presidente, gobernador, alcalde, etc.). Es este el concepto que se aplica aquí.

Los sistemas electorales son importantes, pero no tan significativos como hacen pensar las tantas referencias a ellos en el marco de reflexiones y propuestas de cómo mejorar el funcionamiento de la democracia. Sus efectos dependen del contexto. A menudo, las ideas en torno a ellos no respetan esta experiencia, producto del estudio comparativo de sus diversos desempeños en múltiples países.

Como ya se señaló anteriormente, las elecciones presiden-

ciales son las más importantes de las elecciones populares, que a su vez pueden tener fuerte influencia en las frecuentemente simultáneas elecciones parlamentarias y sobre todo en el desarrollo y estructura de los sistemas de partidos políticos. Este efecto es tanto más fuerte, cuanto más intensa sea la simultaneidad. Se diferencian tres grados: baja simultaneidad (cuando las elecciones se llevan a cabo en el mismo día): simultaneidad mediana (cuando se sufraga con la misma boleta); alta simultaneidad (cuando el elector emite un solo voto). A excepción de Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, República Dominicana y Venezuela las elecciones presidenciales y parlamentarias tienen lugar en el mismo día, en cinco países (Argentina, Bolivia, Honduras, Perú y Uruguay) además con la misma boleta, en Argentina, Bolivia (parcialmente), Honduras y Uruguay (parcialmente) incluso con el mismo voto. Son de destacar las elecciones parciales en Argentina, Honduras y México, donde la mitad de la legislatura es renovada a la mitad del periodo electoral presidencial. Las reformas que modifican el grado de simultaneidad son reformas significativas; por ejemplo, la reforma de 1996 en Uruguay, con la que el grado de más alta simultaneidad se disminuyó al nivel más bajo, o Bolivia, donde el grado más bajo de simultaneidad se aumentó en 2009 durante el gobierno de Evo Morales al grado más alto para 35 de los 105 diputados, pues estos se eligen por los votos entregados a los candidatos presidenciales.

Las reformas de los sistemas electorales presidenciales en las últimas décadas han sido principalmente a expensas del sistema de mayoría relativa, que después de 2005 solo se aplica en cinco países (Honduras, México, Panamá, Paraguay y Venezuela). El principal argumento de este desarrollo, que fue muy criticado por el lado académico debido a los posibles efectos de fragmentación en el sistema de partidos, consistió en elevar la legitimidad democrática del presidente. En la elección por mayoría absoluta este objetivo se logra a más tardar en la segunda vuelta, cuando la contienda se reduce a dos candidatos. Sin embargo, como alternativa de reforma se ofreció también la mayoría relativa con cuota mínima (en general 40% de los votos) y diferencia mínima del ganador respecto al segundo lugar (por lo menos 10 puntos porcentuales), sistema con el que Costa Rica había tenido una buena experiencia y que ahora fue introducido en cuatro países (Argentina, Bolivia, Ecua-

dor y Nicaragua). Una segunda vuelta se lleva a cabo solo cuando ambos criterios no se cumplen. Este sistema electoral fortalece la legitimidad democrática y reduce al mismo tiempo el peligro de fragmentación del sistema de partidos, que puede surgir de la elección por mayoría absoluta, puesto que en este último sistema electoral, incluso los partidos pequeños presentan candidatos presidenciales, que en la primera vuelta –que equivale a la única parlamentaria – en el marco de un comportamiento electoral muy orientado en las personas, pueden atraer votos a los partidos que al mismo tiempo compiten por los escaños parlamentarios. Solo en la segunda vuelta el balotaje ejerce la buscada concentración de votos en dos candidatos, pero ya no afecta el resultado de la elección parlamentaria por representación proporcional. Payne *et al.* (2002: 71) llamaron correctamente la atención al hecho de que la elección de los sistemas electorales presidenciales depende de la estructura del sistema de partidos: “*countries where many parties typically compete and present presidential candidates are precisely the ones that are most likely to adopt a majority runoff system*”.

Respecto al sistema electoral para la Cámara de Diputados es especialmente cierto que sus efectos son sobrevalorados, precisamente cuando se le hace responsable de todas las deficiencias de la representación política, incluso del sistema político. Al mismo tiempo no ha habido muchas reformas relevantes del sistema electoral parlamentario. Su espectro también era limitado, porque los sistemas de mayoría clásicos (mayoría relativa o absoluta), aunque se propagaron, no estaban entre las opciones realistas. Más bien se limitaron a las variantes de la representación proporcional, sobre todo la representación proporcional en circunscripciones plurinominales de distinto tamaño, y sobre el sistema electoral segmentado, en el cual una parte de los diputados son electos por mayoría, la otra por representación proporcional sin compensación de mandatos, el que por regla general tiene un efecto mayoritario.

Si hacemos una diferenciación temporal, hasta el año 2000 tres países votaban por representación proporcional pura: Nicaragua y Uruguay a través de compensación proporcional a nivel nacional, y Perú (después de 1992) con distribución de escaños en una circunscripción nacional única. Dos países, Venezuela y Bolivia, elegían por representación proporcional personalizada en

circunscripciones plurinominales, introducidas a finales de los años 80 y 90 respectivamente. Ecuador desempeña un rol especial, porque allí en 1998 se reintrodujo el sistema de voto personal en circunscripciones plurinominales, en las que el elector puede tener tantos votos, como diputados a elegir. Uruguay permaneció con la representación proporcional pura, pero implementó una significativa reforma en 1996 con la separación de la elecciones presidenciales y parlamentarias. México eligió (y sigue eligiendo) con el sistema electoral segmentado: 300 distritos uninominales con mayoría relativa, 200 en listas de representación proporcional. Este sistema fue el resultado de un largo proceso de reforma, que comenzó en los años sesenta y que tuvo como su punto de partida, por una parte, en el sistema de mayoría relativa en distritos uninominales y por otra en la posición dominante del Partido Revolucionario Institucional (PRI), que se manifestó en el régimen y en las elecciones, que cuando fuera necesario para mantenerla, serían manipuladas. Basándose en una idea equivocada del sistema electoral alemán, se introdujeron listas adicionales de representación proporcional para posibilitar la representación de la oposición, que iban más allá de los mandatos fijos de minoría previamente concedidos. En el camino de la apertura del sistema político y de la reforma de la organización electoral que permitió celebrar elecciones justas, el gobierno del PRI y los partidos de oposición acordaron un sistema electoral segmentado, en el que con la reforma de 1996 los efectos mayoritarios mecánicos del sistema electoral incluso fueron limitados a ocho puntos porcentuales. Solo cuando el partido mayoritario supere ese límite con escaños provenientes de distritos uninominales, puede conservarlos. La gran mayoría de los países latinoamericanos elegía por un sistema de representación proporcional en circunscripciones plurinominales.

Después de 2000 principalmente Chile, Bolivia, El Salvador, Nicaragua, Perú y nuevamente Venezuela experimentaron reformas al sistema electoral. Chile sustituyó el altamente controvertido sistema electoral binominal (cada distrito electoral elige dos diputados), que había sido introducido por el régimen de Pinochet y que beneficiaba a la minoría más fuerte, por la tradicional representación proporcional en circunscripciones plurinominales. Bolivia modificó en 2009 los componentes de la representación proporcional perso-

nalizada, de tal manera que la elección presidencial puede tener fuerte influencia sobre la integración partidista en el parlamento. El Salvador pasó en 2014 de una representación proporcional con listas cerradas a listas abiertas y representación proporcional pura. Nicaragua abolió en 2000 la compensación proporcional nacional. Perú volvió en 2001 a la representación proporcional tradicional en circunscripciones plurinominales de distinto tamaño. Finalmente, Venezuela suspendió la representación proporcional personalizada con el cambio fáctico hacia un sistema electoral segmentado, aplicado bajo Chávez en contra de la idea fundamental de la representación proporcional personalizada y en contravención a lo que establecía la constitución (ver más adelante).

En relación a la representación proporcional en circunscripciones plurinominales de tamaño variable que sigue prevaleciendo en Latinoamérica (12 países), llama la atención el alto número de pequeñas circunscripciones. Panamá mezcla 28 distritos uninominales con doce circunscripciones plurinominales, República Dominicana 16 circunscripciones binominales con otras 14 de diferente tamaño; en Guatemala tienen 20 de 23 distritos solo hasta cinco escaños, etc. Los problemas técnico políticos se encuentran en relación a la distribución de las circunscripciones, que en muchos países lesiona la igualdad de valor numérico de los votos. Las razones para ello son diversas. En primer lugar, existen requisitos constitucionales, según los cuales las circunscripciones electorales menos pobladas, que generalmente son idénticas a las unidades políticas o administrativas del país, tienen un número fijo de representantes, en segundo lugar, los rápidos desarrollos demográficos a favor de las áreas metropolitanas, sin que se ajuste la clave de representación (la relación entre escaños y población) y en tercer lugar, el simple abandono del principio de igualdad constitucionalmente anclado, que también se aplica al derecho de voto, cuya realización presupone voluntad política y capacidad técnica.

Las listas de los partidos son por regla general cerradas, el elector no puede cambiar el orden de los candidatos. Solo Brasil, Panamá (y de hecho también Uruguay como un caso de representación proporcional pura), con listas semi-abiertas; Perú con doble voto preferencial facultativo y recientemente El Salvador con listas abiertas, se desvían del modelo básico y permiten el voto personal.

A este grupo de países perteneció también Colombia, donde los electores no elegían listas de partidos sino candidaturas fijas de tres candidatos dentro de los partidos, con efectos devastadores sobre la cohesión de los partidos, hasta que en 2004 fue abolida esta libertad del votante al interior de su opción partidista.

En el debate de reforma latinoamericano son criticadas sobre todo las listas cerradas y bloqueadas. Los candidatos ubicados en estas listas serían determinados por las dirigencias de los partidos y permanecerían anónimos para el electorado. Es de considerar, sin embargo, que los distritos son, en general, pequeños hasta medianos, es decir solo pocos candidatos figuran en las listas de los partidos, de modo que la crítica es en gran medida errónea. Más bien se necesita una reforma a los partidos. La crítica, sin embargo, también se alimenta de las exageradas expectativas clientelistas dirigidas a los electos y de una subestimación del papel de los partidos políticos en una democracia representativa. Por lo tanto, las formas de personalización de las elecciones son constantemente discutidas. En el caso de las listas abiertas y semi-abiertas, el elector no solo puede elegir entre listas de partidos, sino al mismo tiempo o alternativamente entre candidatos de su propio partido (por ejemplo, mediante votos preferenciales) o entre todos los candidatos. Sin embargo, ambos tipos de listas apenas han podido difundirse en América Latina. Brasil y Perú comparten una tradición de voto preferencial. A principios de nuestro siglo, la República Dominicana introdujo el voto preferencial, pero solo celebró tres elecciones con ese sistema. Finalmente, El Salvador se vio obligado por las decisiones más dudosas del Tribunal Constitucional (Sala de lo Constitucional) a imponer la lista abierta contra la voluntad del parlamento que pusieron “la democracia en riesgo” (Olivo Granadino 2020). En contraste con las ventajas elogiadas de la emisión del voto personal en el discurso de reforma, su evaluación en la literatura científica es en gran medida negativa. Destaca la personalización de la política, que ya es un rasgo problemático de la cultura política regional, en detrimento de la necesaria institucionalización de la política, una tendencia reflejada en la fragmentación de los sistemas de partidos, en la lucha intrapartidista que mina la cohesión y la disciplina partidista. Tales efectos negativos han salido a la luz en Brasil, Ecuador y Perú.

Una cierta revalorización de las listas cerradas se produjo en función del objetivo de conseguir una representación equitativa de género, pues se prestan mejor que otras formas de lista para instalar en la práctica cuotas de representación a nivel de las candidaturas. En 16 de los 18 países observados, las leyes electorales consideran la equidad de género en la representación política, obligando a los partidos políticos a integrar mujeres en las listas electorales. Entre estos países, Paraguay establece una cuota de 20%, cinco países (Brasil, Chile, Colombia, El Salvador y Perú) una cuota de 30%, República Dominicana y Uruguay (“en cada terna deben incluirse personas de ambos sexos”) una cuota de 33%, y ocho países (Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua y Panamá) una cuota de 50%, o sea, se pide la paridad. En Ecuador la Ley Orgánica de Elecciones en su artículo 94, expresa como objetivo lograr de manera completa “equidad, paridad, alternabilidad y secuencialidad entre hombres y mujeres”. En la práctica, la representación femenina en los parlamentos varía bastante. Sin embargo, mientras que en 2006 eran tres los países que sobrepasaron el 20% de mujeres en la Cámara de Diputados, diez años más tarde la media regional alcanzó el 32,8%. Debido al sistema electoral, especialmente a las circunscripciones de pequeño y mediano tamaño, la “equidad vertical” no da para la paridad, de modo que se amplió el postulado de equidad por la “equidad horizontal”, implantada en Bolivia, o sea, la equidad de hombres y mujeres como cabezas de las listas para llegar a la “democracia paritaria”. Sin cuota quedaron Guatemala y Venezuela.

Por otra parte, es sorprendente que hasta ahora en América Latina casi no se haga uso de la barrera legal. Solo se introdujo en Argentina (3% en la circunscripción), Bolivia (3% de los votos nacionales), México (3% para la asignación de representación proporcional) y en Colombia a partir de 2004 (la mitad de la cifra repartidora).

4. ELECCIONES Y REFERENDUM

Las consultas populares son tratadas en general como procedimientos institucionales, que complementan las elecciones y pueden profundizar la democracia. En el curso del creciente de-

sencanto por la democracia y la crítica generalizada a los partidos políticos como los instrumentos de representación política en los años noventa, que se debieron a las muy altas expectativas en la democracia, a la política económica neoliberal, al bajo crecimiento y las condiciones de vida inalteradas de grandes grupos de la población, surgió la idea con gran impulso de refrescar la democracia representativa a través de elementos de democracia directa. En términos históricos, incluso bajo condiciones autoritarias en Chile (1988 y 1989) y Uruguay (1980), se llevaron a cabo referéndums con buenas experiencias en los procesos de transición a la democracia, por qué no también en su profundización. En todas las constituciones de la región se establecieron referéndums y plebiscitos. El número de consultas populares aumentó considerablemente. Sin embargo, a veces, el ímpetu iba mucho más allá del objetivo de profundizar la democracia, al volverse en contra del modelo de democracia establecido. Es decir, la democracia directa, llamada también participativa, se puso en contra de la democracia representativa. Por tanto, en América Latina las elecciones y consultas populares se colocaron en oposición, lo que culminó en la alternativa no solo de dos modelos de democracia, sino que en algunos casos desembocó en dos tipos de régimen (democracia o dictadura), en los cuales las elecciones tienen un carácter fundamentalmente diferente – diferencia descrita internacionalmente con los términos ingleses, de *free a unfree*, así como de *fair a unfair*.

Entre 1978 y 2018 tuvieron lugar 55 consultas populares. La iniciativa para que se llevaran a cabo surgió fundamentalmente “desde arriba”, del ejecutivo en 20 casos, conjuntamente del ejecutivo y del legislativo en 22 casos. 27 referéndums tuvieron como objeto reformas constitucionales, en tres de ellos se aprobó una nueva constitución (Venezuela 1999, Ecuador 2008, Bolivia 2009). En 33 casos triunfó la posición del gobierno, entre ellos cuatro veces en Bolivia y Ecuador, tres veces en Venezuela. En los 22 casos que resultaron negativos para el gobierno en ejercicio participaron Uruguay con nueve, Brasil, Colombia, Panamá y Perú con dos casos, así como Bolivia, Ecuador, Guatemala y Venezuela con respectivamente un caso. Uruguay distorsiona un poco el balance regional, por una parte, porque de las consultas populares por iniciativa “desde abajo”, diez de las en total trece de la región procedían

de ese país; por otra parte, porque de ello, en total nueve referéndums resultaron negativos. No obstante, la investigación sobre los mecanismos de democracia directa se ha centrado principalmente en ese país, gobernado tradicionalmente de forma democrática y ha confirmado que la práctica de la democracia directa ha servido tanto para fines democráticos como autoritarios y dañinos para la democracia. El número comparativamente alto de referendos en Venezuela, Bolivia y Ecuador en relación con los desarrollos populistas-autoritarios bajo los presidentes Chávez, Morales y Correa también apunta a esta última tendencia.

Por un lado, el balance político muestra que los referendos tienden a socavar las relaciones de mayoría, surgidas de las elecciones; por otro lado, que sus resultados influyen en las elecciones posteriores en el sentido de que ayudan a consolidar las relaciones de poder a favor del presidente.

5. ELECCIONES Y ESTABILIDAD DEL GOBIERNO

Con relativa frecuencia el mandato electoral del presidente no ha alcanzado el periodo electoral completo. En más de la mitad de los países fue interrumpido el proceso democrático, en algunos países (Bolivia, Ecuador, Guatemala, Paraguay) varias veces. La ventaja de la estabilidad política atribuida al presidencialismo sobre el parlamentarismo (ver Nohlen/ Garrido, 2020), parece haberse perdido. Solo en Chile, México y Uruguay pudieron todos los presidentes completar el periodo de su encargo. Las razones de la terminación del mandato anticipada fueron diversas. En el análisis frecuentemente se menciona el escaso grado de institucionalización de los partidos y de los sistemas de partidos, así como la ambición por el poder ilimitado de los presidentes, cuya legalidad o conformidad de sus acciones con la constitución les significa poco. El Congreso casi siempre ha demostrado ser una contraparte política subestimada, que en forma de un *impeachment* o su amenaza (por ejemplo Brasil 1992 y 2016, Paraguay 1999; 2012), o abandono forzado del cargo (Argentina 1989, 2001; Bolivia 1984, 2003; Ecuador 1997), también de la destitución inconstitucional del presidente (Ecuador 2005) se instaló exitoso en escena, donde ocasionalmente se producen disturbios sociales, que por su parte,

sobre todo en los años noventa pudieron ser desencadenados como consecuencia de la política neoliberal (Venezuela 1993, Ecuador 1990, Argentina 2001, Bolivia 2003). Decisivos para los abandonos del poder pudieron ser también los fraudes electorales (República Dominicana 1996, Perú 2000, Bolivia 2019) y los escándalos de corrupción (Guatemala 2015, Perú 2018). Como ya se mencionó, los conflictos constitucionales no siempre resultaron en perjuicio del detentador del poder ejecutivo, lo que por regla no solo implicaba abandonos del poder sino una ampliación del poder de un presidente. La convocatoria inconstitucional a un referéndum o a una asamblea constituyente fue el instrumento principal para eliminar al parlamento, especialmente en el contexto autoritario de Venezuela (2017), donde esta asamblea de baja calidad democrática se elevó por encima de todas las demás instituciones. Como visiblemente antidemocrático se mostró también el autogolpe de un presidente (Perú 1992, Guatemala 1993, 2003).

El punto más alto de interrupciones del mandato (8) se ubicó en los años noventa en la relación con el desencanto de la democracia, con la política de austeridad después de la década del endeudamiento. Desde entonces su número se estableció en cinco por decenio. Sin embargo, las interrupciones del mandato tenían una tendencia progresiva hacia un mayor autoritarismo. Se establecieron regímenes autoritarios en cuatro países: Venezuela, Nicaragua, Bolivia (2006-2019) y Ecuador (2007-2017). Además, el comportamiento político autoritario que ignora la constitución y la separación de poderes generalmente aparece en el auge populista, como parece avvicinarsse recientemente en Brasil, Perú y México (ver más adelante).

6. ELECCIONES, PARTIDOS Y CONSTELACIONES DE COMPETENCIA

Las elecciones y los partidos se encuentran en una relación funcional estrecha en la democracia representativa. La percepción general, liberal pluralista, es que los partidos compiten entre sí por escaños y cargos en elecciones dentro del sistema democrático representativo. En la Carta Democrática Interamericana aprobada en 2001 en Lima por la Organización de Estados Americanos, todos los países de Latinoamérica se comprometieron con la de-

mocracia representativa y en ella con las elecciones y los partidos. Correspondientemente todas las constituciones latinoamericanas enfatizan la función de los partidos políticos para contribuir en las elecciones a la construcción de órganos representativos y para ocupar los cargos; diez de ellas destacan la función de los partidos en la promoción de la participación popular en la formación de la voluntad política, ocho constituciones establecen como sus tareas apoyar la igualdad entre hombres y mujeres, así como la cultura política democrática. No obstante, en el transcurso del mencionado desencanto sobre la democracia real, los partidos han sido objeto de críticas masivas. Casi todas las contribuciones al debate se fijan en sus déficits, critican su distancia con la gente común, sus procesos de decisión internos no democráticos, su participación en escándalos de corrupción, sobre todo de sus líderes. Como resultado, no fue sorprendente que a los partidos se les rechazara el monopolio de la representación y en las reformas electorales se extendiera la participación en los procesos electorales a movimientos políticos, organizaciones de la sociedad civil e independientes, que daban una impresión fresca y sin cargas del pasado.

En esa crítica los partidos reaccionaron en aproximadamente la mitad de los países con reformas para su democracia interna y elecciones primarias para la selección de candidaturas; a través de ello, sin embargo, ni pudieron elevar la calidad y competencia de sus candidatos, ni impedir que se ampliara el ya amplio espectro de competidores electorales partidistas y constelaciones de competencia ideológica para nuevos actores, en parte actores políticos carismáticos y dimensiones de conflicto difíciles. En el resultado los nuevos competidores más bien debilitaron a los partidos políticos y fortalecieron la tendencia a más personalización de la disputa electoral (Freidenberg 2019). En tanto, los partidos se enfrentaron en las elecciones a fuerzas anti-partido, que por su parte frecuentemente representaban fuerzas antidemocráticas; se puso en duda la planteada estrecha relación de democracia representativa, elecciones y partidos.

Las elecciones se hicieron enormemente complejas. Compiten partidos con partidos, partidos con movimientos políticos, partidos con independientes. Candidatos de partidos chocan cada vez más con *outsiders* (Carrera 2017). En Perú esos *outsiders* tradicional-

mente han tenido grandes posibilidades de ganar en las elecciones presidenciales con sistema de mayoría absoluta, porque se asocian en segunda vuelta todas las fuerzas fragmentadas contra los candidatos relativamente más fuertes, así Alberto Fujimori contra el posterior premio nobel Mario Vargas Llosa. Debido a que los *outsiders* disponen de menos respaldo en el Congreso, están en peligro de resolver el conflicto con la representación popular con medios contrarios a la constitución, en casos extremos a través de un autogolpe, como Fujimori lo hizo en 1992 (ver Carreras 2017). Las constelaciones de competencia regionales se expandieron en nuestro siglo a través de elecciones en las que representantes de la democracia representativa (“partidos del sistema”) se ven confrontados con declaradas fuerzas antisistema, ya sean partidos, movimientos políticos o individuos. En las elecciones no solo se lucha por el poder en el gobierno, sino por el tipo de régimen, se decide entre democracia y autoritarismo.

Esta variedad naturalmente incide sobre las estrategias de campaña de los actores políticos, que también se vuelven más variadas. Ismael Crespo Martínez y Ramón Villaplana Jiménez (2019) han comprobado al respecto, que las campañas electorales en Latinoamérica integran una determinada mezcla de pasado, presente y futuro, una mixtura de muchos elementos tradicionales —como la comunicación personal, las relaciones clientelares, el populismo y la demagogia— e instrumentos muy efectivos de *marketing* moderno (como por ejemplo con propaganda audio visual), el uso de redes sociales y la contratación de consultores políticos profesionales. Como característica regional de las campañas electorales, Crespo Martínez y Villaplana Jiménez ven la prevalencia de candidatos frente a partidos; especialmente en las elecciones presidenciales, entre los medios de comunicación la prioridad de la televisión y de la imagen, dibujada en la televisión para cada candidato, el creciente significado del Internet y de las redes sociales, las que todavía no han reemplazado las formas de campaña electoral tradicional, pero pasan a primer plano. Junto con esto va la transición de una estrategia de campaña electoral, moldeada por argumentación racional, a una que ofrece una narrativa emocionalmente atractiva. También se impone más y más en las campañas electorales, no destacar las cualidades propias de los candidatos, sino las mayormente

alegadas debilidades y aflicciones del contrincante, relacionado con una retórica polarizantemente devastadora en las redes sociales.

7. PARTICIPACIÓN ELECTORAL

En la valoración de las elecciones y los resultados electorales la participación electoral juega tradicionalmente un gran rol. Ella es muy diferente en Latinoamérica según países, tiempos y constelaciones concretas. No hay una pauta regional. En algunos países la participación electoral es relativamente alta, en otros más bien mediana y en otros normalmente baja. Las variaciones al interior de los países marcan otra diferencia, de tal manera que no existe una clara tendencia en el desarrollo de la participación electoral; a pesar de que ha habido un ligero aumento en la última década en varios países, solo su disminución (como se supone constantemente) parece merecer ser noticia.

Muchos factores influyen la participación electoral. El factor decisivo en América Latina es sin duda la obligatoriedad del voto. Ella no existe en todos los países, y a ella no se le pueden adjudicar en todos los países las mismas consecuencias. Otros factores pueden añadirse, por ejemplo, el grado de polarización y el empeoramiento personal de la competencia por el poder político. Esta relación hace que la simple tesis lineal de que entre más alta sea la participación electoral, tanto mejor para la democracia, que el enfoque empírico cuantitativo con gusto representa, falle fácilmente. Los presidentes de tendencia autoritaria Chávez, Morales y Correa, pudieron parcialmente aumentar la participación electoral en sus países Venezuela, Bolivia y Ecuador entre diez y veinte puntos porcentuales. La medida en que el voto obligatorio puede hacer una diferencia quedó demostrada por su derogación en Chile en 2012, cuando la participación electoral en las siguientes elecciones del por años vigente 70% cayó a 42%.

Los 18 países latinoamericanos pueden distribuirse en tres categorías: los países en los que el derecho al voto es libre eran ocho en 2018 (Chile, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Colombia, Nicaragua, Panamá y Venezuela); países en los que el voto es obligatorio, pero sin sanción, eran cuatro en 2018 (Costa Rica, Honduras, México y Paraguay, en que se contemplan sancio-

nes legales, pero no se implementan); países en los que existe el voto obligatorio y su incumplimiento conlleva sanciones legales que se realizan eran en 2018 seis (Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, Perú y Uruguay). La participación electoral es alta en los países en los que el voto es obligatorio y existen sanciones efectivas por la abstención. Sobre la base de los datos de IDEA Internacional para las elecciones presidenciales en el periodo de 2000 a 2016 resulta un promedio regional de participación del 71%. Solo los países con voto obligatorio y sanción alcanzan sobre el 80% de participación electoral, en la media de 81,4%. Para los países sin voto obligatorio y para aquellos con voto obligatorio, pero sin sanción, la participación electoral asciende en la media de 62,4%. Mientras entre los países con muy baja participación electoral sobresalen Chile (42% después de la derogación de la obligatoriedad del sufragio en 2012), Colombia (46%) y Guatemala (53%).

II. ORGANIZACIÓN ELECTORAL Y REFORMAS ELECTORALES

Es en el campo del derecho electoral que se anuncia tempranamente adónde va un gobernante o un régimen – de acuerdo con la tesis que en su día pronunció José Ortega y Gasset en su famoso libro “La rebelión de las masas” (segunda parte, cap. VII), que constaba en hacer depender “la salud de las democracias, cualesquiera que sean su tipo y grado, de un mísero detalle técnico: el procedimiento electoral. (...) Sin el apoyo de auténtico sufragio, las instituciones democráticas están en el aire”. Precisó con estas palabras el nudo nodal de la relación entre derecho electoral y democracia. Es interesante observar que allí, donde el empeño de los órganos electorales se prueba como profesional e imparcial, consigue en las encuestas de opinión mayor confianza que el poder judicial. La segunda parte del análisis comparativo toca la implementación y garantía de elecciones libres y honestas. Como ya señalábamos, el proceso electoral es largo, consta de múltiples elementos y etapas (ver Nohlen/ Valdés/ Zovatto 2019), de mayor o menor importancia para el resultado final según lugar y tiempo. En lo que sigue, nos vamos necesariamente a restringir a algunos

elementos, cuya importancia para el resultado electoral en cuanto a su credibilidad y legitimidad queda fuera de duda. Nos referimos a los máximos órganos electorales independientes y los registros electorales confiables que se tratarán enseguida y que juegan un rol sobresaliente. Se tematizan algunas reformas electorales de extensión del sufragio que tuvieron como propósito posibilitar la participación electoral de grupos vulnerables. Las referencias al financiamiento de campañas electorales y al acceso de los competidores políticos a los medios de comunicación abordan temas polémicos, con alto contenido político que pueden determinar el carácter democrático de las elecciones. Al final del capítulo se revisará la calificación de las elecciones, el contencioso electoral, que puede desarrollar un cuadro realista de la calidad democrática de cada elección.

Hay varias guías de organizaciones internacionales para los estándares de elecciones libres y honestas, que son muy útiles. No obstante, debe enfatizarse que no puede haber ningún modelo de organización electoral de validez universal. Cada país debe encontrar la forma de organización que corresponda con las condiciones respectivas –por ejemplo, en el caso de heterogeneidad social y particularidades socioculturales– y las experiencias históricas que mejor se adapten para lograr el objetivo de elecciones libres y honestas. El logro de este objetivo en realidad se ha acercado allí donde el contexto ha permanecido democrático y con respeto al Estado de derecho en las últimas décadas, a través de importantes esfuerzos de reformas, aunque la manipulación ocasional de elecciones y casos excepcionales como la República Dominicana parecen hablar en contra. En este país caribeño la manipulación electoral no fue afrontada como tal, lo que pareció darse por sentado, sino se discute comparativamente el alcance del fraude electoral de elección a elección entre los bandos participantes. Allí se dejan observar todavía los clásicos y rústicos métodos de fraude electoral: el bloqueo de la entrada de observadores electorales de oposición al cómputo electoral, la destrucción de boletas electorales, la desaparición de urnas, la falsificación de documentación electoral, etcétera. El fraude es más sutil, cuando se extiende a controlar el comportamiento electoral de los votantes, por ejemplo, dándole al votante una boleta ya llenada antes de entrar al recinto de votación,

del cual él tiene que salir con una vacía. Puede aumentar también con el voto electrónico que permite interrumpir el proceso de recuento y transmisión de datos y cambiar las tendencias de voto.

En la pregunta sobre la calidad de las elecciones, tales crudas “irregularidades” continúan centrando la atención inalterable al día de la elección, que está en el centro de atención de los observadores electorales nacionales e internacionales. La lucha por elecciones libres y honestas abarca, no obstante, el proceso electoral completo, desde los registros electorales hasta el contencioso electoral. Y es antes de la jornada electoral que hoy día se decide si las elecciones son libres y honestas.⁴

A pesar de los éxitos de las reformas se cuestiona frecuentemente a la justicia electoral. Los actores políticos tienen gran responsabilidad, ya que por una parte intentan influir sobre los órganos electorales, lo que ya comienza en la integración personal de esas instituciones y persiste durante todo el proceso electoral, a lo que se añade el reproche de estos mismos actores políticos a las autoridades electorales por no actuar de forma neutral. Su propio comportamiento lo consideran como compensación de la mala influencia, que ellos atribuyen al enemigo (no contendiente) político. La autonomía de los órganos electorales está a veces solamente en el papel. En una mezcla de desconfianza en las instituciones políticas y cálculo político, en ocasiones los resultados electorales no son reconocidos por los perdedores.⁵

1. ÓRGANOS ELECTORALES

Hasta aproximadamente 1920 las elecciones fueron organizadas por los ejecutivos. Allí está el origen de la larga tradición

4 Especialmente en contextos autoritarios es importante reconocer y nombrarlo, por ejemplo, en Venezuela la utilización del empobrecimiento de la población para el control social del electorado en su comportamiento electoral, cuando la lealtad al régimen es casi forzada por la esperanza de poder participar así en la distribución de paquetes de alimentos.

5 Así, por ejemplo, en México en las elecciones presidenciales de 2006 y 2012 a través del candidato perdedor Andrés Manuel López Obrador, a pesar de que el país dispone de uno de los mejores órganos de administración electoral y de revisión (judicial) electoral de Latinoamérica. López Obrador se autodenominó incluso en 2006 como “presidente legítimo” y llevó masas a manifestaciones callejeras. Después de que ganó las elecciones de 2018, recién asumido su encargo, en enero de 2019 iba a disminuir considerablemente los sueldos de los funcionarios estatales, incluyendo al poder judicial y los órganos autónomos, a presionar a los órganos electorales en cuestiones presupuestarias y a intervenir en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, sustituyendo con presiones a su presidenta que consideraba no confiable, por otro magistrado afín.

de manipulación electoral en América Latina. Entonces inició con Chile (1925), Perú (1931), Costa Rica (1949) y Uruguay (1952) un lento proceso, que confió la implementación de las elecciones a instituciones independientes. Después de la democratización de los años ochenta continuó este proceso de manera acelerada. De 18 países, 15 muestran una autonomía constitucional o legal de los máximos órganos electorales. En cinco países (Bolivia, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua y Venezuela) estos se encuentran incluso entre los órganos constitucionales como cuarto poder, lo que, sin embargo, solo es empíricamente significativo si existe una separación efectiva de poderes, lo que justo en cuatro de los casos mencionados que acompañan a Costa Rica se perdió en las primeras décadas de nuestro siglo.

Los países de la región se pueden ordenar en tres modelos. En el primer modelo están concentradas todas las funciones del proceso electoral en un órgano electoral. Es el caso de Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá y Uruguay. El Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica fue la primera institución en reunir las funciones administrativas, judiciales y registrales (padrón electoral). En el segundo modelo, las funciones de naturaleza administrativa y jurisdiccional se distribuyen en dos instituciones (Chile, República Dominicana, Ecuador, Colombia, México y Venezuela). Así, México dispone del Instituto Nacional Electoral, de naturaleza administrativa. Organiza las elecciones y vigila el cumplimiento de todas las provisiones jurídicas. El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es de naturaleza jurisdiccional. Decide sobre acciones legales y en última instancia los conflictos entre todos los actores del proceso electoral, incluyendo las demandas de derecho electoral individual, y revisa especialmente las decisiones del Instituto Nacional Electoral. Este tribunal forma parte del Poder Judicial, sin embargo, es autónomo. En el tercer modelo existe, junto a ambos órganos electorales, una tercera institución que se ocupa de manera especializada del padrón electoral. En Perú, el así llamado “sistema electoral” consta de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) que organiza las elecciones, del Jurado Nacional de Elecciones, que decide en todos los asuntos jurídicos, y del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil que conduce y actualiza constantemente el registro electoral. Cada

país sigue una cierta tradición en la estructura de las autoridades electorales, que, como en el caso de los ejemplos citados, puede ser bastante reciente. Junto a Costa Rica es Uruguay ejemplar para una larga y exitosa tradición de uno de los modelos de funciones electorales centralizadas. La Corte Electoral uruguaya pudo también organizar referéndums confiables bajo la breve dictadura (1973- 1980). En Perú, la división en tres instituciones se atribuye al dictador Fujimori (1992-2000), que quería debilitar a la organización electoral como un poder independiente. Superados algunos conflictos de competencia pos-transicionales, hoy la división es considerada más bien como una fortalezadel ordenamiento electoral. En México la división de la organización electoral en dos órganos electorales en 1996 se consolidó en el proceso de democratización, para en adelante garantizar la justicia electoral.

2. REGISTROS ELECTORALES

Después de la superación de los regímenes autoritarios, crear registros electorales confiables fue una de las primeras preocupaciones, para garantizar realmente a todas las personas en principio con derecho a voto, el ejercicio de su derecho electoral. En la práctica concurren dos modelos, el registro electoral permanente, que es válido de por vida (cuando el derecho electoral no es suspendido por una sanción penal o un acontecimiento legalmente similar) con el registro electoral *ad-hoc*, que es creado nuevamente para cada elección. La última forma parece más adecuada, para abarcar cada ciudadanía electoral actual. El registro permanente es sin embargo un registro vivo, que se adapta al continuo desarrollo del estado civil. También quita a los votantes a menudo el esfuerzo de registrarse en la lista electoral.

Más importante, por lo tanto, fue y es la distinción entre dos procesos de registro, el registro automático, que coincide con la inclusión de una persona en el registro del estado civil, y el registro a iniciativa de la persona en principio con derecho a voto. Históricamente dominante fue la última forma. Todavía es común en Bolivia, Brasil, República Dominicana, Guatemala, México, Perú y Uruguay. Por el contrario, Argentina, Chile, Costa Rica,

Ecuador, El Salvador, Honduras, Colombia, Panamá y Venezuela ahora han introducido el registro automático.

3. AMPLIACIÓN DEL DERECHO A SUFRÁGIO

Aquí nos limitamos a considerar solo las reformas electorales, que a través de la inclusión de grupos desfavorecidos pudieron ampliar el cuerpo electoral: analfabetos, discapacitados, residentes en el extranjero. En todos los países de Latinoamérica existe el derecho puramente legal al voto para analfabetos. El problema de su garantía cambió de sitio, de lo normativo, a las condiciones fácticas que lo dificultan, por ejemplo, desde el punto de vista administrativo la provisión de identificación oficial con el propósito de registro en el padrón electoral (González Rissotto 2019). También debe considerarse la abrumadora coincidencia de la heterogeneidad multiétnica y multicultural de muchos países con el analfabetismo y los grupos sociales indígenas y precarios. Jorge Lazarte Rojas (2019) argumentó, no sin razón, que “quizá el problema mayor de la legislación electoral es que uniforma o trata como iguales a poblaciones que son enormemente desiguales en términos de disposición de recursos para ejercer el sufragio”. Las reformas electorales han intentado compensar estas desventajas, como deja mostrar especialmente el derecho a sufragio para personas con discapacidad. Aquí las recomendaciones de las declaraciones internacionales se convirtieron en derecho interno, no solo se reconoció a las personas con discapacidad el derecho a sufragio, sino con él se reconoció su dignidad humana y se profundizó la democracia. Al mismo tiempo falló en medio de las condiciones técnicas y económicas precarias (especialmente en sociedades en desarrollo con poca competencia administrativa) poner en práctica el derecho adquirido. Se amplió el derecho electoral también a través de la participación de nacionales que viven en el extranjero (voto exterior), en los procesos electorales nacionales. En los últimos quince años se amplió el número de países con voto exterior de cinco a casi todos los países en la región (a excepción de Nicaragua y Uruguay). En la comparación interregional Latinoamérica ocupa una posición de liderazgo.

4. FINANCIAMIENTO DE PARTIDOS Y DE CAMPAÑAS ELECTORALES

En el correr de las últimas décadas se amplió continuamente la regulación legal del financiamiento de partidos y campañas electorales. Tal regulación se refirió al origen de los fondos, el modo de transferencia, los ámbitos de su utilización, posibles límites cuantitativos de subvenciones y gastos, instituciones y mecanismos de control, así como sanciones en los casos de su lesión. Es de llamar la atención que las diferencias en las regulaciones de acuerdo con los países son enormes, aunque las reformas ocurrieron de forma más o menos simultánea. En general, rige un sistema mixto de financiamiento, a través del cual el financiamiento privado predomina, pero la parte de financiamiento público crece continuamente. Solo Bolivia y Venezuela se apartan de esa pauta. En ambos países se prohíbe el financiamiento público a los partidos, sin embargo, con independencia de ello el Estado incluso se presta a la propaganda y favorece a las fuerzas adictas al régimen. La mencionada tendencia regional se explica por el esfuerzo de elevar el control sobre los fondos que inciden en la decisión electoral, lo que con relación al financiamiento público es bastante factible y puede además ser orientada hacia la garantía de igualdad electoral. En la percepción pública esta tendencia está, sin embargo, menos presente, porque está impregnada de escándalos de corrupción, de financiamiento ilegal de campañas electorales, de fondos del narcotráfico. También resulta relevante la discrepancia entre normas y práctica. A menudo las disposiciones legales están solo en el papel. Ello se observa sobre todo en la aplicación de sanciones. Casi nunca un diputado que haya contravenido las normas de la campaña electoral ha sido relevado de su mandato parlamentario. La situación es diferente en caso de los presidentes, cuando su corrupción haya sido detectada; ellos son a menudo destituidos de sus cargos, como ya se ha precisado anteriormente. El control político parece entonces funcionar mejor que el administrativo. Para ello, Daniel Zovatto (2019) ha señalado dos factores: en primer lugar el factor institucional, la debilidad de los sistemas de control en relación con su autonomía, sus recursos financieros y sus habilidades técnicas, además la integración personal de los órganos de control, que en muchos países se lleva a cabo con criterios político partidistas que

perjudican su independencia; segundo, el factor sociocultural, la pocadisposición de los partidos políticos y sus militantes a cumplir leyes y ordenamientos, así como el letargo general de las sociedades latinoamericanas en perseguir comportamientos que violan las normas.

5. ACCESO A LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Una regulación creciente ha abarcado también el acceso de los actores que participan en la contienda electoral a los medios de comunicación. Ella se dirige, sin embargo, prioritariamente a los medios convencionales de prensa, radio y televisión. Dos objetivos se pueden desprender, que por supuesto se interrelacionan: por una parte, los límites en el gasto, la responsabilidad y la transparencia del flujo de dinero, por otra parte, la garantía de una competencia en condiciones de igualdad. El proceso de regulación ha originado muy diversas soluciones de acuerdo con cada país. Se pueden diferenciar de manera general cuatro modelos. El primer modelo otorga un acceso gratuito único, financiado con fondos públicos limitado en el tiempo, que impide con ello la compra privada de tiempos o espacios de propaganda. Por este modelo parecen haberse decidido Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, Guatemala y México. El segundo modelo es de naturaleza mixta, relaciona acceso a los medios con financiamiento público y privado, no intenta alcanzar los fines de control de las finanzas y de igualdad en la competencia a través de exclusiones de fuentes de financiamiento. A este modelo se inclinan los tres países andinos Bolivia, Colombia y Perú, país que en 2018 aprobó por referéndum la regulación de los flujos privados. El tercer modelo todavía no es consistente en la regulación de control financiero e igualdad de competencia, lo que debe observarse en los casos de El Salvador, Nicaragua y Paraguay. Hasta ahora algunos asuntos han sido regulados, otros no. El cuarto modelo se caracteriza por una densidad regulatoria extremadamente baja. Al modelo “liberal” de subsidios financieros limitados, que es el estadounidense, se acercan Costa Rica, Honduras, Panamá y Uruguay. Sin embargo, el enorme esfuerzo regulatorio en una cuestión tan dinámica también ha ocasionado controversias y conflictos que no habían sido previstos por los iniciadores, y cuando los organismos

electorales han sido declarados competentes para conocer de este tipo de asuntos –lo que no es siempre el caso–, se presentaron en la práctica importantes desafíos administrativos y judiciales.

Las objeciones sustantivas contra el manejo estricto de regulaciones específicas legales consistían en la defensa de la libertad de expresión, de la libertad de prensa y de la libertad de comercio (derecho mercantil). Al conducir los conflictos sobre estas tres libertades los organismos electorales se enfrentaron a poderosos intereses, que disponen de todos los medios para oponerse eficazmente contra reglas normativas y efectivamente impuestas. Los límites fácticos de la intervención regulatoria se ubican nuevamente en el cambio profundo del espectro medial y los formatos mediales a través de la llegada de las redes sociales al acontecer de las campañas electorales. Este nuevo medio de transmisión de información y propaganda, inclusive de información falsa y propaganda engañosa, tiene un efecto tremendo, que precisamente por primera vez empieza a materializarse en elecciones y procesos electorales en todos los lugares y exige problematizar nuevas dimensiones. Aún no está claro si y cómo la regulación de esta nueva y poderosa escena de la campaña puede tener éxito bajo la máxima del control del gasto y la igualdad de la competencia.

6. CALIFICACIÓN ELECTORAL

Dado que el proceso electoral y los resultados electorales en Latinoamérica por regla general son controvertidos, la calificación electoral, esto es, la revisión de apelaciones electorales, arbitraje de conflictos electorales y la declaración de validez de los resultados electorales, tienen importancia propia. A través de las reformas electorales en las últimas décadas, se ha transferido esta función, en gran parte de tribunales inicialmente políticos, luego judiciales y políticos mixtos, finalmente a entidades puramente judiciales. Sin embargo, la región impresiona con una gran variedad de órganos y procedimientos, que generalmente se deben a la tradición legal de cada país y al contexto sociopolítico respectivo, lo que apenas permite obtener recomendaciones generales de un ejemplo particularmente convincente (ver Orozco Henríquez 2019). Tres países (Costa Rica, Nicaragua y Uruguay) adscriben la verificación

electoral a órganos autónomos de naturaleza administrativa, 14 países a instancias judiciales, entre ellos tres (Bolivia, República Dominicana y Guatemala) con decisión de última instancia através del correspondiente tribunal constitucional, seis países (Brasil, El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguay y Venezuela) al más alto órgano jurisdiccional, esto es al tribunal constitucional. El resto de los países varían todavía más, por ejemplo, en forma de tribunales electorales especiales autónomos (Ecuador y Perú), como parte del poder judicial (México y Paraguay), mientras que Argentina destaca porque aquí la cámara electa se ocupa de la verificación electoral, cada una para su propia elección, juntas ambas para la elección presidencial.

III. DESAFÍOS A LA DEMOCRACIA

En la tercera parte de nuestro estudio vamos a analizar el desafío autoritario populista de la democracia en América Latina. Son múltiples los factores que nutren este peligro autoritario. Empezamos con algunas distinciones, primero los factores que influyen en el desarrollo de la democracia en la región en general. En otra oportunidad los hemos desglosado de manera más amplia (Nohlen 2019). Aquí basta distinguir entre factores socioeconómicos, visibles en el campo económico y social, y factores culturales. Nos van a interesar sobre todo los últimos. En el campo económico, influye el desarrollo económico nacional, indicado por su crecimiento económico, que a su vez puede depender de la política económica del propio gobierno nacional o de la coyuntura económica internacional; por ejemplo, de la cotización de las materias primas que siguen siendo decisivas en la exportación latinoamericana. En el campo social, influye la distribución del crecimiento económico y su efecto sobre la estructura social, por ejemplo, si se abre o se reduce la brecha entre ricos y pobres, si crece la satisfacción o la frustración con el desarrollo social, así como con la democracia, aunque no existe ninguna relación causal lineal. No obstante que haya bajado en general el porcentaje de pobreza en las sociedades latinoamericanas, el efecto positivo puede perderse debido al fenómeno de lo que se ha llamado hace decenios la revolución de los “*rising expectations*” (Davies 1962), es decir, que la situación social de la

gente mejora, pero la mejora no corresponde con las expectativas crecientes.

Estos diversos factores socioeconómicos los diferenciamos de los culturales, aunque interactúan y en conjunto permiten considerar que la estructura social y la cultura constituyen los factores que permiten o deniegan que la democracia como régimen político desarrolle todo su potencial de paz y progreso. En la falta de cultura democrática reside un constante desafío a la democracia. Además, vamos a diferenciar los factores socioculturales que influyen en el desarrollo de la democracia, precisamente de prácticas políticas que ponen en riesgo la democracia, en especial la conscientización de las instituciones democráticas para objetivos autoritarios. Estos desafíos de la democracia ocurren en contextos aún democráticos, lo que hace importante conocer los elementos de tales estrategias autoritarias, pero tienen su mayor expresión en un régimen autoritario que instrumentaliza entre otros medios las instituciones democráticas para mantenerse en el poder. Nos interesa sobre todo el desafío de la democracia por sus propios medios. Conviene añadir que nuestra referencia a América Latina no excluye que haya similares fenómenos en otras regiones del mundo, argumento crítico cuando se menciona a los desafíos regionales, que sirve para relativizar los resultados de una investigación cuando molestan. Nuestro foco es América Latina.

1. EL CONTEXTO SOCIOCULTURAL

Los factores socioculturales marcan el carácter de las elecciones, a menudo completamente independientes de las reglas institucionales que, no obstante, casi siempre son hechas responsables por las debilidades de la democracia y las deficiencias de las políticas públicas en general. Este supuesto nexo causal enciende el permanente debate sobre reformas políticas, sin que las reformas legales e institucionales produzcan el esperado aumento de la calidad de la democracia y mejores resultados en el campo de las políticas públicas. Sin embargo, no conviene confiar demasiado en los efectos de estas reformas cuando las sociedades no cambian en actitudes de cultura política. El problema relacionado con las reglas legales e institucionales consiste, más bien, en su mal uso, en la

débil adhesión a ellas, en su percepción no como recursos para la acción política, sino como obstáculos para imponerse, los que hay que superar. En últimas instancias, son características político-culturales que inciden, que hacen la diferencia entre democracias en cuanto a calidad y consolidación.

Aplicando un enfoque de la teoría de juegos, Jesús Tovar Mendoza (2016) ha enseñado el impacto que pueden tener estas características de la cultura política regional en el ámbito electoral, empleando el concepto de ‘meta-regla’ para ilustrar el camino hacia elecciones no-democráticas: “La primera ‘meta-regla’ de todo juego, incluido el electoral, es: el que hace trampa, gana. En ese sentido, un desnivelamiento o ventaja de alguno de los jugadores perjudica automáticamente al adversario. La segunda meta-regla de cualquier juego es: aquel que coopta al árbitro, gana”. Se produce: “Uno, a través de la influencia que los actores políticos tengan para nombrar a los árbitros electorales, de tal manera que los designados tengan un vínculo de lealtad con los que decidieron su nombramiento. Dos, a través de la corrupción directa, es decir por algún tipo de beneficio económico que el actor político pueda otorgar directamente al funcionario-árbitro. Tres, a través de la amenaza dirigida contra el árbitro por parte de los jugadores, ya sea sobre su actual situación laboral o incluso contra su integridad física, o sobre su futura condición profesional a través de un posible veto. La tercera meta-regla del juego es: el que utiliza la violencia, gana. La estrategia consiste en eliminar al adversario. Se clausura el juego competitivo de la democracia, y se pasa “a un régimen autoritario, lo cual incluso conlleva a la desaparición de los árbitros, o en todo caso a que pasen a ser figuras pasivas o decorativas del nuevo régimen político.”⁶

La diferencia sociocultural se presenta *grosso modo* en seis aspectos: en primer lugar, el escaso grado de propagación y profundidad de valores democráticos –como la dignidad humana, la libertad, la tolerancia y la igualdad– en las convicciones políticas de la sociedad. El menosprecio de estos valores condiciona de

6 La individualización y el presente orden de las meta-reglas no indican que los actores políticos se decidan en favor de una de ellas, tampoco que exista una secuencia ascendente de la primera hacia la tercera meta-regla. Las tres son intercambiables en el tiempo, lo que se demuestra bien en el caso de Bolivia en 2019. Evo Morales ya había cooptado el árbitro, los órganos electorales, y falló en su intento de ser reelegido por recurrir a la trampa, al fraude electoral.

alguna manera la adhesión a la democracia. De acuerdo con el Latinobarómetro la aprobación a la democracia en 2018 en el promedio latinoamericano cayó a 48%, en el mismo año la insatisfacción con la democracia creció a 71%. Segundo, la idea creciente de la política como una relación de amigo-enemigo, lo que en el actual discurso populista se articula como lucha entre el pueblo y el “anti pueblo”. Mientras que el actor populista-autoritario esté en la oposición, esta denominación discriminatoria se atribuye al *establishment* político, a la dirigencia corrupta, cuando esté en el poder, se dirige contra toda la oposición pluralista. Tercero, el deficiente grado de confianza frente a los otros y consecuentemente frente a las instituciones. De la confianza depende por supuesto el capital social y la disposición de la sociedad para respetar las instituciones y seguir las reglas. De acuerdo con el Latinobarómetro, la credibilidad de la representación política surgida de las elecciones (Congreso y partidos) cayó en el promedio latinoamericano en 2018 a 13%. Cuarto, el bajo valor atribuido a la independencia y transparencia de cada institución política, en particular la separación de poderes. Quinto, la baja calidad de la élite política, cuya escasa habilidad para pensar institucionalmente se vincula con su propensión al personalismo, al clientelismo, al nepotismo y a la corrupción. Sexto, el conflicto de modelos en gestación de toma de decisiones políticas, con clara prioridad vertical/jerárquico/decisionista, vinculada con el principio mayoritario (Nohlen 2016).

2. INSTRUMENTALIZACIÓN AUTORITARIA DE LAS INSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS

El desafío a la democracia al que queremos dar especial atención consiste en la instrumentalización más general de las instituciones democráticas para desmontar la propia democracia. Nuestra principal referencia a las elecciones abarca solo una parte de la problemática. Además, esta dimensión resulta relativamente fácil de evaluar, pues el ámbito electoral consta de valores, principios y reglas que conviene aplicar para una evaluación crítica de los hechos. En relación a otras instituciones políticas existe mucho mayor ambivalencia valorativa, intervienen con más fuerza intereses e ideologías en su uso y su apreciación, como en el caso

de una constituyente un referendo. En principio, son instituciones democráticas. Forman parte del caudal de instituciones que pueden enriquecer la democracia. Este es el supuesto general que se observa también en la extensión del referéndum en América Latina en el marco del “nuevo constitucionalismo”. Sin embargo, estas instituciones se prestan a su instrumentalización en pro de objetivos autoritarios, tienden efectivamente a ser utilizados para desmontar la democracia, lo que es más difícil de comprender por gente de buena voluntad en su momento inicial.⁷ Se lo percibe más claro, cuando el desmontaje de la democracia ha progresado de tal manera que el sistema político ya se ha convertido en un régimen autoritario y la instrumentalización autoritaria de las instituciones democráticas es ya una práctica recurrente. Entonces, la generalmente débil adhesión a las reglas institucionales ha alcanzado a desenvolverse en una estrategia de poder, el acto inconstitucional se comporta como un virus que infecta a la oposición con el problema de cómo comportarse frente a tal hecho: protestar, pero seguir participando en el juego desigual, o retirarse del campo de juego, llevando el caso al poder judicial, acto más bien simbólico frente a la ausencia de separación de poderes. Al final, el propio ciudadano queda incluido en la instrumentalización,

7 En Venezuela, todo el proceso hacia el autoritarismo empezó a nivel de las instituciones con la perversión del sistema electoral. La Constitución de 1999 otorgó rango constitucional a la personalización del voto y a la representación proporcional, o sea a ambos elementos constituyentes de un sistema llamado combinado. Respecto a la manera de su combinación, la Exposición de Motivos de la Constitución dejó bien claro que la personalización del voto “debe conciliarse con el principio de la representación proporcional, requerido para obtener órganos conformados de manera plural, en representación de las diferentes preferencias electorales del pueblo”. La puerta de entrada para la maniobra inconstitucional fue el voto doble. En 2005, el movimiento de apoyo al presidente Chávez se dividió en dos grupos: El Movimiento V República (MVR) postuló candidatos solo para los escaños de lista, la Unión de Vencedores Electorales (UVE) presentó candidatos solo en los distritos uninominales. Por lo tanto, los gobernantes pasaron por alto una asignación proporcional de los escaños que prescribía el artículo 15 de la Constitución. La oposición denunció la práctica como fraudulenta y su infructuoso intento de hacerla prohibir motivó su retirada de las elecciones. Su posterior recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia tampoco resultó. La Sala Constitucional de la Corte no encontró, como se lee en la Sentencia No. 74 del 25-1-2006, “pruebas, alegatos o argumentos que permitieran evidenciar la contradicción entre el mecanismo de postulación denominado “las morochas” y las normas superiores constitucionales”. En detalle, la Sala declaró primero que el mecanismo de “las morochas” no se encuentra prohibido ni por la Constitución ni por el resto del ordenamiento jurídico. Concluía, segundo, que lo que no esté prohibido, no puede estar en contra de la ley, aplicando un criterio exclusivo del derecho privado al ámbito del derecho público. En México, en las elecciones a la Cámara de Diputados de 2018, el partido del presidente electo, MORENA, utilizó un truco parecido para rebasar el límite constitucional de representación, postulando candidatos a través de partidos aliados (Reynoso 2020, en este libro).

sin comprender bien su principal función, de simular democracia como ha señalado Guy Hermet (1989) ya al inicio de la transición.⁸ Las actuales tendencias populistas y autoritarias dejan temer, que el pueblo en las elecciones vote aún con más frecuencia en contra de la democracia.

La convocatoria de una asamblea constituyente (ver Serna de la Garza 2009) es un instrumento popular para cambiar las relaciones de poder por parte y en favor del presidente recién elegido. Para tal solución, partidos políticos débiles, sistemas de partidos poco estables, crisis de la democracia y personalismo político representan una mezcla de factores coadyuvantes en el marco del presidencialismo en América Latina (ver Nohlen / Garrido 2020) que hace que el presidente en ejercicio busque apoyo popular en el conflicto con el congreso. Lo que tiende a ser recibido en amplios sectores de la sociedad como renovación de la política, puede llevar a un cambio de régimen.⁹ La constituyente no es libre en sus deliberaciones. Aunque tenga mayoría en ella, el presidente de la República tiende a intervenir constantemente. Y la mayoría gobernante tiende a interpretar el reglamento interior de la constituyente según su conveniencia. Los casos de Venezuela, Ecuador y Bolivia comprueban estos enunciados. El respectivo intento de seguir la pauta autoritaria-populista falló en Honduras, el parlamento se puso

8 Este malentendido puede también apoderarse de los académicos cuando no saben distinguir entre diferentes contextos y conceptos. Así, Latinobarómetro (2013) comparó entre países democráticos y autoritarios de la región e identificó a Venezuela y Ecuador como “los países que más han aumentado el apoyo a la democracia en América Latina”: el autoritarismo presentado como mejor *performer* democrático. Como observó Jorge Lazarte Rojas (2011), no parece “acertado seguir sumando datos distintos como si fueran lo mismo”. Y terminó: “Parecería que Latinobarómetro se hubiera contaminado con la concepción “populista” de que cuanto más se vota hay más democracia, sin importar mucho si hay independencia del poder judicial, si se garantiza el ejercicio de los derechos, y si se producen atropellos permanentes del Estado de derecho.”

9 Es bien llamativo cómo persiguió el recién elegido presidente Correa en Ecuador y con qué rapidez se impuso con su plan de convocar a una Asamblea Constituyente frente al Congreso Nacional que se opuso a tal proyecto. El proceso de cambio de régimen empezó el 7 de marzo de 2007 con la destitución inconstitucional de 57 diputados de la oposición por parte del Tribunal Supremo Electoral (TSE), con lo que el Ejecutivo se apoderó del control del Congreso. Cuando el Tribunal Constitucional, a petición de los diputados cesados, declaró la inconstitucionalidad de la resolución del TSE, los jueces constitucionales, el 8 de abril, fueron cesados en sus cargos por el Congreso. Así, en tres meses, el Ejecutivo ya había tomado el control sobre el Congreso Nacional, el TSE y el Tribunal Constitucional. La Asamblea Constituyente fue elegida en septiembre de 2008, con una clara mayoría para el gobierno de 80 de 130 miembros. Una vez instalada de *plenos poderes* en noviembre de 2007, asumió la función legislativa y suspendió al Congreso, elegido en octubre de 2006. “Por tanto, el proceso constituyente no solo sirvió para redactar una nueva Carta Política, sino que fue útil para redistribuir el poder a favor del (...) gobierno, asumir funciones legislativas y neutralizar cualquier oposición al proyecto político de la Revolución Ciudadana que se plasmó en el nuevo texto constitucional” (Ortiz, 2020, en este libro).

con apoyo de los militares, a la defensa de la constitución.¹⁰ Sin embargo, fue percibida a nivel internacional como golpe de Estado. El instrumento de la convocatoria a una asamblea constituyente (según Torres 2009 el “presidencialismo constituyente” como “ruta del autoritarismo”) sigue siendo atractivo para sectores de la izquierda en América Latina, como proyecto por ejemplo en Perú, anunciado en Ecuador por el ex-presidente Correa como primera medida en caso de su regreso al poder, y en Chile.¹¹

El referéndum, por su parte, en su origen elemento de la democracia directa, puede pensarse como instrumento para profundizar y fortalecer la democracia representativa. En el contexto latinoamericano, la institución sucumbe fácilmente a la instrumentalización autoritaria, como observa Mauricio Rojas (2019): “el pueblo se “expresa” y luego el líder, haciendo suyo el supuesto sentir ciudadano, le da forma concreta y formula su propuesta “a nombre del pueblo”. Como tal, esta supuesta relación directa entre líder y pueblo es la forma clásica de construir un poder de carácter personalista, que puede desafiar y desautorizar los mecanismos propios de la democracia representativa, atribuyéndole a la voluntad de una persona una legitimidad que estaría por sobre las instituciones representativas”.

Por supuesto, los referéndums iniciados con estos propósitos no fueron exitosos en todas partes, sobre todo en aquellos lugares, con cuya ayuda se intentó introducir la posibilidad de reelección

10 Manuel Zelaya del Partido Liberal, elegido como presidente en 2006, hizo un inesperado giro político en 2007 y 2008 de aproximación a los gobiernos de Hugo Chávez o Daniel Ortega, provocó una crisis política sin precedentes que se agudizó cuando el presidente intentó promover un plebiscito para 2009 con el propósito de convocar una Asamblea Nacional Constituyente y derogar la Constitución de 1981. Su propio partido se opuso a este proyecto, mientras que tanto el Congreso como el Tribunal Supremo Electoral, la Corte Suprema de Justicia o la Fiscalía General declararon ilegal la propuesta de consulta. El día que estaba previsto realizar la consulta popular, el 28 de junio de 2009, el propio Zelaya fue sacado a la fuerza de su residencia oficial por un grupo de militares y conducido a una base aérea, desde donde fue expulsado del país, tras ser obligado a escribir una carta de renuncia. El mismo día el Congreso aceptó la presunta renuncia y, a continuación, aprobó por unanimidad la destitución del presidente Zelaya por violar la Constitución, siendo designado el presidente del Congreso, Roberto Micheletti, como presidente del Ejecutivo.

11 Algo diferente es el caso de Chile, donde el hecho de que la constitución vigente es heredada del régimen militar de Pinochet, aunque reformada durante la transición, siempre ha sido un disgusto para buena parte de la población. Para calmar las protestas violentas de octubre de 2019, el Presidente Sebastián Piñera concedió finalmente convocar una asamblea constituyente, forzado por una izquierda populista que quiere acabar (mezclando peligrosamente los conceptos de liberal y neoliberal) con la “democracia neoliberal.”

ilimitada (Venezuela, Nicaragua, Bolivia). Tampoco los presidentes lograron en todos los casos pasar por alto al parlamento para convocar a un referéndum (caso llamativo: Honduras 2009). Sin embargo, su ambivalencia principalmente instrumental surgió a la luz cuando los referéndums resultaron negativos para los detentadores del poder. Entonces el “pueblo” tan notable en el discurso participativo populista simplemente no tiene la última palabra.¹²

O sea, el voto democrático directo simplemente se ve socavado por decisiones de otros organismos estatales (parlamentos, tribunales electorales, tribunales constitucionales), que ya están controlados por el poder ejecutivo. La tentación de abuso del poder político por medio de referendos permanece en el orden del día (Perú 2018, México 2019).

La asamblea constituyente y el referéndum llevan normalmente a una nueva constitución, hasta ahora nunca vetada por el pueblo, incluso en tiempos autoritarios (Pinochet, Fujimori). Sin embargo, el problema que produce malestar en la gente no es la constitución. El problema, como dice Mauricio Rojas (2019), conforme con mis reflexiones anteriores, “tiene que ver, antes que eso, con los insumos y materiales con los cuales se edifican nuestras instituciones, personas y hábitos”. Con la nueva constitución se impone el presidente, se inicia su ciclo de reelecciones, lo respeta cuando le parece oportuno.

O sea, una nueva constitución es el camino más hábil para establecer un régimen autoritario-populista. Con su instalación, otros elementos institucionales como los tribunales constitucionales y los órganos electorales se encuentran ya integrados en el sistema de dominación, instrumentalizados para defender la causa del presidente-dictador incluso contra el pueblo, corrigiendo su voluntad, y contra la constitución con sentencias politizadas (para Venezuela ver Brewer-Carías, 2014 y 2019b).

12 En Bolivia, para hacerse elegir por cuarta vez consecutiva en 2019, Evo Morales convocó un referéndum para el 21 de febrero de 2016 que pensaba poder ganar. Sin embargo, los bolivianos rechazaron el proyecto continuista del mandatario, siendo el “No” de carácter vinculante y obligatorio de acuerdo a la ley. La última palabra la tenía el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (ver más adelante). Parfraseando un comentario del expresidente boliviano Carlos Mesa (gobernó entre 2003 y 2005) respecto a su país, la jurisdicción constitucional es “celofán democrático –ya inútil– intentando cubrir el corazón autoritario que late en el pecho de (estos) gobernantes” (cit. por Stefanoni 2017).

3. DISCURSO POLÍTICO PARA FUNDAR Y LEGITIMAR PLEBISCITARIAMENTE EL AUTORITARISMO

El desafío de la democracia consiste también en el discurso político. Conviene recordar que la retórica política es un elemento sustancial de la política, hecho sobre el que he reflexionado en otra oportunidad (Nohlen 2011). El populismo, por su parte, es en buena medida un fenómeno retórico. Legitimar plebiscitariamente el autoritarismo quiere decir que el objeto y el estilo del discurso practicado generan por sí mismos altos grados de apoyo en la población que conduce a que el pueblo mismo vote actores políticos que quieren acabar con la democracia. Algunos aspectos del discurso político en América Latina que pueden fomentar la tendencia hacia un régimen autoritario son: Primero, el discurso de reforma política, referido a las instituciones políticas. Tal discurso es muy común en América Latina. De esto da cuenta la alta cantidad de constituciones a lo largo del tiempo en algunos países de la región. Este discurso presenta la institucionalidad política como supuesto primer problema del país y preconiza como solución su reforma, idea de fácil acceso a la gente por sobre todo en tiempos de crisis política. Se postula, por ejemplo, “democratizar la democracia”, el aumento de la influencia de los gobernados en la toma de decisiones políticas vinculantes para ellos. Para que posibles reformas legales e institucionales tengan tal efecto, necesitan de una cultura política democrática en que aferrarse. En Latinoamérica, en el contexto de permanencia de mentalidades autoritarias, las reformas en este sentido pueden en vez de profundizar la democracia atentar contra ella. Como ya hemos señalado, esto pasa por crear primero las condiciones legales e institucionales de estas reformas (constituyentes) y celebrar procesos de legitimación (referéndums), a través de los cuales se puede lograr una revolución de las relaciones de poder. De facto, en nuestro siglo y de esta forma, se instaló así un régimen autoritario en Venezuela, Bolivia y Ecuador.

Segundo, el discurso participacionista, una variante del discurso reformista con el que comparte mucho, pero difiere en comunicar abiertamente como objetivo político-institucional un cambio en el concepto de democracia: la sustitución de la democracia representativa por la democracia participativa. En general,

la democracia participativa expresa la noble idea de aumentar la participación de la sociedad en los asuntos públicos de acuerdo a la concepción republicana de hacer la democracia “más fuerte” (Barber 1984). En este sentido, se integra bien en el marco de una democracia representativa, mejorando sus precondiciones cívicas. En el contexto latinoamericano, sin embargo, donde la democracia participativa ha sido propulsada por teóricos y actores de la sociedad civil, se enfatizó la contradicción entre ambos conceptos de democracia. Así, el constitucionalista Paulo Bonavides (2006: 30), observó con satisfacción “el ocaso del actual modelo de representación y de partidos. Y el fin que alcanzan las formas representativas decadentes. Este es también el cuadro (alborada) que hace nacer el sol de la democracia participativa en (América Latina)”. En Bolivia, por ejemplo, “la democracia ‘participativa’ se convirtió en idea-fuerza de las movilizaciones, en principio de sectores ‘populares’ y luego de toda movilización social” (Lazarte 2013). La sociedad civil se apasionó por instalar un “gobierno de los movimientos sociales”. Ya en 2009 Jorge Lazarte Rojas sentenció que el “participacionismo no es la participación ciudadana, sino un recurso de los autoritarismos plebiscitarios”. Sin duda, el caso más paradigmático ha sido Venezuela, donde se eliminó todo vestigio de democracia constitucional representativa en nombre de una supuesta democracia participativa (Brewer-Carías 2008: 1019; ver también Brewer-Carías 2020, en este libro). En América Latina, el discurso participacionista está íntimamente vinculado con objetivos autoritarios, así que con él persiste el desafío a la democracia y al Estado de derecho, lo que parece demostrarse en el caso más reciente, México.¹³

Tercero, el discurso anti-corrupción. A nivel analítico, nadie niega la importancia de la lucha contra la corrupción en América

13 Con la elección de Andrés Manuel López Obrador como presidente de México en 2018, entró en escena un nuevo representante del discurso participacionista. López Obrador confiesa que con él se “inicia la etapa de la democracia participativa” en México. Entiende este tipo de democracia como una relación en la que “el pueblo pone y el pueblo quita, esa es la democracia participativa”, o sea, la presenta como una relación grata pero vacía de contenido concreto. Con su frase “es más importante la justicia que el derecho”, de igual manera se aleja de precisiones. Prioriza lo subjetivo y por tanto cambiante en la percepción de la gente: la justicia, frente a lo objetivamente establecido en un Estado de derecho: la ley. Y para que todas estas y otras frases tengan una función en la lucha de poder, el discurso participacionista de López Obrador culmina acusando “a la oposición de ser antidemocrática por no querer la democracia participativa” (citas tomadas de Reynoso 2020, en este libro).

Latina para el futuro de la democracia. A nivel electoral, el combate contra la corrupción es un objetivo político en el que consienten todos. O sea, es fácil reunir mayorías para tal programa que se conecta a menudo con una postura *anti-establishment*, en contra de la clase política, los actores en el poder, los partidos políticos, el gobierno. Sus portavoces aprovechan del mito acerca de que la corrupción se elimina con manos limpias, con caras nuevas en la política. Sin embargo, cuando ellas entran en el poder, olvidan sus eslóganes y aprovechan igual su turno en el rapto de bienes públicos. Cuando todavía funciona la alternancia del poder, estas “manos limpias” están a menudo procesadas por corrupción.¹⁴

Cuarto, el discurso anti-partidista, anti-representativo. Este discurso se lanza contra los miembros del congreso en pedir “que se vayan todos”. Es un discurso que sobrepone lo plebiscitario a lo representativo al que adhieren no solo políticos en su lucha por el poder, sino a menudo constitucionalistas y politólogos, cuando defienden a los líderes de vocación autoritaria (especialmente los *outsider*) y sostienen al revés, “que los partidos políticos destruyen la democracia en la medida en que monopolizan el proceso electoral, dominan el proceso legislativo, y penetran todas las organizaciones políticas relevantes” (Cameron 1994: 150-151). Este discurso hace recordar la vieja crítica al “Estado de partidos”, al que habría degenerado la democracia, una crítica que hizo tanto daño a la consolidación de la democracia representativa, por menospreciar el rol fundamental de los partidos para su funcionamiento, confundiendo el, en general, lamentable “estado de los partidos” (por ejemplo, falta de democracia interna, inestabilidad, corrupción) con esta certeza. Con este discurso anti-partido compagina a nivel de la política práctica del autoritarismo populista la postura de bajar o de liquidar por completo el financiamiento público de los partidos políticos.

Quinto, el discurso de exclusión. Este discurso se basa en la distinción entre pueblo y anti-pueblo, típicamente populista: sustituye los clivajes ideológicos pluralistas en un sistema de partidos, por ejemplo, entre partidos conservadores, liberales, socialistas/

¹⁴ El caso de Perú es muy llamativo, porque allí alternancia y corrupción van en conjunto. Casi todos los presidentes han sido procesados por corrupción. En el caso de un régimen autoritario, el tema se diluye, sustituido por otros de mayor confrontación con la oposición. Demora generalmente más tiempo para detectar la corrupción en el autoritarismo y percibir que la postura anti-corrupción es una técnica retórica del orden de poder.

socialdemócratas, que compiten por el poder, por otro de reducción dualista y de exclusión, que cierra la competencia por el poder. El poder populista-autoritario no tarda en ejercerla represión y practicar la persecución de la oposición.

IV. SOBRE CONSTITUCIONALISMO POPULISTA

Para terminar, incluyo algunas reflexiones sobre el constitucionalismo populista en el marco de recientes tendencias a diferenciar entre distintos constitucionalismos en América Latina como, por ejemplo, nuevo constitucionalismo (Carbonell/ Carpizo/ Zovatto 2009; Castañeda Otsu 2014; Ríos Vega 2019) o constitucionalismo transformador (von Bogdandy et. al 2018 y 2019). Estas concepciones reflejan renovaciones que actualizan el pensamiento constitucional, que el constitucionalismo populista pone precisamente en cuestión. Aunque el populismo sabe aprovechar la renovación constitucional, cuando procede a introducir nuevas constituciones, practica un constitucionalismo contrasentido. Se le puede percibir como instrumentalización del constitucionalismo para objetivos contrarios a su esencia. En este sentido, el concepto analítico es una *contradictio in adiecto*. El constitucionalismo populista equivale más bien a una estrategia de poder, a lo que Flavia Freidenberg (2007) ya había llamado la atención. Vamos a analizar algunos aspectos de este constitucionalismo perverso.

Primero, el constitucionalismo populista evoca principios constitucionales e internacionales, crea nuevas constituciones, introduce instituciones de raigambre democrático, como hemos visto más arriba, o sea, lo constitucional no es de ninguna manera ajeno a él. Sin embargo, tiende a dar a los términos constitucionales e institucionales un sentido diferente al convenido en el largo debate y desarrollo del constitucionalismo en el mundo de la democracia liberal. Niega a menudo la esencia de la constitución, niega los valores vinculados con ella. En su discurso, no respeta distinciones ni coherencias. Cuando compara lo hace no para aclarar lo específico del incidente, sino para equiparar lo disímil, para distorsionar la comprensión del fenómeno. Desprecia y socava a su gusto las

instituciones políticas, el Estado de derecho, los derechos humanos. En fin, opera en el marco de una total arbitrariedad conceptual, conforme a la función instrumental de su pensamiento constitucional.¹⁵

Segundo, el constitucionalismo populista, de mayor extensión en América Latina, es una “herramienta de un gobierno populista” (Castillo Viquez 2017). En el centro de este constitucionalismo está la cuestión de poder, cuyo impacto institucional tiene que ver con el presidencialismo en la región. Esta forma de gobierno protagoniza el conflicto entre presidente y congreso, en el que el presidente, como órgano unipersonal con más recursos plebiscitarios, se impone con más frecuencia sobre el congreso. El punto de salida es la extensión anticonstitucional de las competencias presidenciales que pueden conducir no solo a un hiperpresidencialismo sino a acabar con la separación de poderes y el Estado de derecho.¹⁶

15 Un ejemplo *par excellence* proviene de Bolivia. En su afán de conseguir la cuarta reelección, Evo Morales hizo evaluar diversos caminos y optó por el jurisdiccional: una demanda ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, invocando una supuesta incompatibilidad entre el artículo 168 de la Constitución Plurinacional con el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en lo relativo a los derechos a elegir y ser elegido. Así, el 29 de noviembre de 2017, el tribunal boliviano declaró que la Constitución Plurinacional era inconstitucional en la parte que limitaba la reelección, o sea, que la Constitución redactada por Morales viola los derechos humanos del propio presidente Morales – pura arbitrariedad, pero exitosa en cuanto a la candidatura de Morales. La Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, más conocida por el nombre de la Comisión de Venecia, ha esclarecido la relación entre derechos humanos y reelección. En su informe de marzo de 2018, señaló que “no existe ningún derecho humano, específico o distintivo, de reelección”, especificando que la posibilidad o limitación de postular para un puesto político por otro período es materia del derecho de participación política, especialmente del derecho electoral pasivo, determinado por el sistema de gobierno, y este, por su parte, por el pueblo como poder soberano en el proceso constituyente. Fundamentalmente, la Comisión de Venecia ve en la limitación del derecho a ser elegido presidente un instrumento en contra del abuso del poder por parte del jefe del poder ejecutivo. Como tal, “persigue el objetivo legítimo de proteger los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho... La limitación del derecho a ser reelegido deriva de la decisión soberana del pueblo de perseguir estos objetivos de común interés que tienen prioridad sobre los derechos de un mandatario o ex-mandatario”. O sea, la limitación de la reelección no es ninguna ofensa a los derechos humanos, sino “persigue el objetivo a preservar la democracia y proteger el derecho humano a la participación política”.

16 El ejemplo más reciente lo presenta el Perú por su última reforma constitucional plebiscitada en 2019. La constitución política excluye explícitamente al Ejecutivo del proceso de reforma constitucional, una prerrogativa reservada exclusivamente al Congreso. Sin embargo, el presidente Martín Vizcarra exigió que el Congreso aprobara cuatro reformas constitucionales, tres en relación a la institucionalidad política: al financiamiento de los partidos, a la no reelección congresal y a la bicameralidad, con un mecanismo y plazo establecido por el presidente mismo. En su momento, las encuestas le otorgaban la fuerza para imponerse más allá de la Constitución y las leyes, y para mantener esta popularidad, necesitaba la permanente fricción de poderes. Especialmente la introducción de la no-reelección congresal destacó por su claro sentido populista en medio de una crispación ideológica entre izquierda y derecha. Contradecía toda la sabiduría acerca de la política como profesión (Max Weber 1919), de la carrera política como capital político (Alcántara 2019). La tasa de reelección parlamentaria en el Perú empíricamente ya no sobrepasaba el 25%, de modo que se iba a problematizar la precariedad de la clase política peruana, recordando que la calidad de la clase política, como bien señaló Leonardo Morlino (2014) es un elemento muy constitutivo de la ca-

En fin, comprender el constitucionalismo populista en sus diferentes elementos equivale a percibirlo como una estrategia de poder, a la que la constitución y su espíritu se encuentran subordinadas por completo. Así visto, se explica la función instrumental de todo lo constitucional en el constitucionalismo populista, especialmente de las reformas institucionales y del modo institucional de implantarlas. Hace entender así mismo su flexibilidad en el uso de las instancias para introducir estas reformas que trate de legitimar según oportunidades circunstanciales. Como ejemplo, se puede recordar la cuestión de la reelección: la reforma constitucional fue introducida por asambleas constituyentes, por referéndum, por parlamentos, por tribunales electorales o constitucionales, según el caso, incluso alterando la decisión de máxima legitimidad, aquella del pueblo a través de un referéndum, echando de lado la decisión plebiscitaria por una instancia de menor grado de legitimidad cuando el resultado era negativo.

Tercero, no obstante, el constitucionalismo populista se fundamenta en el principio plebiscitario, que se opone al principio representativo. Su método es, gobernar sobre la base de consultas populares o encuestas, aprovechando la indignación ciudadana frente a la clase política, a la representación política, a los partidos políticos. Y se gobierna en constante conflicto con las instituciones, si aún han conservado cierto grado de autonomía.

Cuarto, se gobierna en conflicto con un enemigo, o sea, la construcción de un enemigo es parte de la estrategia de poder. Los clásicos enemigos son los otros: la clase política, el *establishment*, los partidos políticos, los corruptos. En este constante enfrentamiento, la constitución no cuenta. E incluso la maltratada oposición la que invoca a veces las normas constitucionales vigentes, establecidas por el régimen autoritario mismo. Y si ella mantiene o conquista un espacio de poder, el autoritarismo populista trata de renovar su supuesta legitimidad a través de procedimientos plebiscitarios ya

lidad de la democracia. Allan Brewer-Carías (2019c) criticó la postura de Vizcarra de ponerse por encima de la ley. Domingo García Belaunde (2019) clasificó las reformas constitucionales como “inmensos monumentos a la ignorancia, falta de criterio e irresponsabilidad, y hasta incoherentes entre ellos mismos” (Plataforma El Montonero). Sin embargo, el presidente Vizcarra iba finalmente a cerrar el parlamento, acompañado de muchos aplausos y comentarios como el de la editorial de EL PAÍS el 4.10.2019 bajo el título: “Vizcarra se cife a la ley”.

desprovistos de fuerza legitimadora por su manejo o contexto autoritario. Recuérdesse la elección de una nueva asamblea constituyente en Venezuela, solo en función de desplazar al Congreso en manos de la oposición democrática que pudo imponerse en la contienda electoral en votos y escaños a pesar de la desigual competencia electoral en un régimen autoritario.

Quinto, el problema de esta estrategia de poder encubierto en el constitucionalismo populista ocurre cuando el enemigo ya está en el suelo, cuando ya no cuenta el haberlo vencido y la gente espera que el régimen cumpla con promesas políticas, con resultados de políticas públicas, cuando el pueblo detecta la corrupción de los que ganaron el voto con la promesa de combatirla.

Para poder prevenir a tiempo y resistir al desenlace autoritario del régimen político por medio del constitucionalismo populista, hay que conocer sus elementos y procedimientos en su contexto. La defensa de la democracia, además, no puede prescindir de una *Haltung*, de una postura individual y colectiva favorable a ella.

BIBLIOGRAFÍA

Alcántara Saéz, Manuel 2019: La carrera política y el capital político en: *Reynoso Núñez, José* (Coord.): La democracia en su contexto: Segunda edición renovada en homenaje a Dieter Nohlen en su octogésimo aniversario, México: UNAM, 343-364.

Barber, Benjamin 1984: *Strong Democracy. Participatory Democracy for a New Age*, Berkeley: University of California Press.

Blanquer, Jean-Michel/ Quanquin, Hélène/Sonnleitner, Willibald/ Zumedio, Christine (Eds.) 2005: *Voter dans les Amériques*, Paris: Institut des Amériques.

Bogdandy, Armin von/ Salazar Ugarte, Pedro/ Morales Antoniazzi, Mariela/ Ebert, Franz Christian 2018: *El constitucionalismo transformador en América Latina, y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo*, México: UNAM, et. al.

Bogdandy, Armin von/Piovesan, Flávia/Morales Antoniazzi, Mariela 2019: *Constitucionalismo Transformador, inclusão e direitos sociais*, San Salvador de Bahía: Editor Jus Podium.

Bonavides, Paulo 2006: *Constitucionalismo social y democracia parti-cipativa*, en: *Valadés, Diego/ Carbonell, Miguel* (Coord.): *El Estado constitucional contemporáneo*, tomo 1, México: UNAM, 17-30.

Brewer-Carías, Allan R. 2014: *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional*, Caracas: Ed. Jurídica Venezolana.

Brewer-Carías, Allan R. 2019a: *Sobre la democracia*. Estudios. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana.

Brewer-Carías, Allan R. 2019b: *El juez constitucional en Venezuela y la destrucción del principio democrático representativo*, en: *Reynoso Núñez, José* (Coord.): *La democracia en su contexto: Segunda edición renovada en homenaje a Dieter Nohlen en su octogésimo aniversario*, México:UNAM, 389-480.

Brewer-Carías, Allan R. 2019c: *Sobre la inconveniencia de manipular el poder constituyente para querer resolver crisis políticas circunstanciales, alterando el orden democrático. El caso del Perú con el proyecto de reforma constitucional presentado por el Poder Ejecutivo en 2019*, mimeo.

Brewer-Carías, Allan R. 2020: *La democracia y su desmantelamiento usando la justicia constitucional: peligros del autoritarismo*, Heidelberg: MPI (en este libro).

Cameron, Maxwell 1994: *Democracy and Authoritarianism in Peru*, Nueva York: St. Martin's Press.

Carbonell, Miguel/ Carpizo, Jorge/ Zovatto, Daniel (Coord.) 2009: *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México: UNAM.

Carbonell, Miguel/ Fix-Fierro, Héctor/ González Pérez, Luis Raúl/ Valadés, Diego (Eds.) 2015: *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Tomo III: Justicia, México: UNAM.

Carreras, Miguel 2017: Institutions, Government Performance, and the Rise of Political Newcomers, en: *European Journal of Political Research* 56 (2), 364-380.

Castañeda Otsu, Susana Ynes (Coord.) 2014: *Constitucionalismo y democracia en América Latina: Controles y riesgos*, Lima: Adrus D&L.

Castillo Víquez, Fernando 2017: Hacia un populismo constitucional, en: *Revista de Derecho Electoral* 23, 4-32.

Crespo Martínez, Ismael/ Villaplana Jiménez, F. Ramón 2019: La campaña electoral: posibilidades, límites y perspectivas, en: *Nohlen, Dieter/ Valdés, Leonardo/ Zovatto, Daniel* (Eds.): *Derecho electoral latinoamericano. Un enfoque comparativo*, México: UNAM/ Fondo de Cultura Económica, 775-800.

Davies, James Ch. 1962: Toward a Theory of Revolution, en: *American Sociological Review* 27 (1), 5-19.

Freidenberg, Flavia 2007: *La tentación populista. Una vía al poder en América Latina*, Madrid: Editorial Síntesis.

Freidenberg, Flavia 2019: Democracia interna en los partidos, en: *Nohlen, Dieter/ Valdés, Leonardo/ Zovatto, Daniel* (Eds.): *Derecho electoral latinoamericano. Un enfoque comparativo*, México: UNAM/ Fondo de Cultura Económica, 656-727.

González Rissotto, Rodolfo, 2019: Discapacidad, participación y acceso a los procesos electorales, en: *Nohlen, Dieter/ Valdés, Leonardo/ Zovatto, Daniel* (Eds.): *Derecho electoral latinoamericano. Un enfoque comparativo*, México: UNAM/ Fondo de Cultura Económica, 248-287.

Häberle, Peter/ García Belaúnde, Domingo (Eds.) 2012: *El control del poder. Libro homenaje a Diego Valadés*, Lima: Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

Hermet, Guy 1989: *El pueblo contra la democracia*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos.

Latinobarómetro 2013 y adelante: Informe (anual), Santiago: Corporación Latinobarómetro.

Lazarte Rojas, Jorge 2009: ¿En qué estamos de acuerdo los que no estamos de acuerdo? En torno a la crisis en Bolivia, en: Reynoso Núñez, José y Sánchez de la Barquera y Arroyo, Herminio (Coord.): La democracia en su contexto, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 451-466.

Lazarte Rojas, Jorge 2011: La democracia en el punto ciego de Latino-barómetro, La Paz: LA ÉPOCA, 19 de julio.

Lazarte Rojas, Jorge 2013: Bolivia: Asamblea constituyente. ¿El pactoera necesario, por qué no fue posible? La Paz.

Lazarte Rojas, Jorge 2019: La votación, en: *Nohlen, Dieter/ Valdés, Leonardo/ Zovatto, Daniel* (Eds.): Derecho electoral latinoamericano. Un enfoque comparativo, México: UNAM/ Fondo de Cultura Económica, 1001-1018.

Morlino, Leonardo 2014: La calidad de la democracia en América Latina, Costa Rica: Idea Internacional.

Nohlen, Dieter (Ed.) 2005: Elections in the Americas, 2 tomos, Oxford: Oxford University Press.

Nohlen, Dieter 2011: Retórica política, en: *Nohlen, Dieter*: La democracia. Instituciones, conceptos y contexto, Ciudad de México: UNAM, 357-368.

Nohlen, Dieter 2015: Gramática de los sistemas electorales, 2ª edición revisada y ampliada, Madrid: Técnos.

Nohlen, Dieter 2016: Principio mayoritario, jurisdicción constitucional e integridad electoral. Tres ensayos, Ciudad de México: UNAM.

Nohlen, Dieter 2019: Elecciones y contexto sociocultural, en: *Nohlen, Dieter/ Valdés, Leonardo/ Zovatto, Daniel* (Eds.): Derecho electoral latinoamericano, México: UNAM/ Fondo de Cultura Económica, 37-54.

Nohlen, Dieter / Garrido, Antonio 2020: *Presidencialismo comparado. América Latina*, Madrid, Centro de Estudios Político y Constitucionales.

Nohlen, Dieter/ Valdés, Leonardo/ Zovatto, Daniel (Eds.) 2019: *Derecho electoral latinoamericano. Un enfoque comparativo*, México: UNAM/Fondo de Cultura Económica.

Nohlen, Dieter/ Zovatto, Daniel/ Orozco, Jesús/ Thompson, José (Comps.) 2007: *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica.

Norris, Pippa/Inglehart, Ronald 2019: *Cultural Backlash*, Cambridge, Cambridge University Press.

Olivo Granadino, Julio 2020: *La democracia en riesgo: transformaciones al sistema electoral salvadoreño*, San Salvador: Editorial Universitaria.

Orozco Henríquez, José Jesús 2019: *El contencioso electoral/ La calificación electoral*, en: *Nohlen, Dieter/ Valdés, Leonardo/ Zovatto, Daniel* (Eds.): *Derecho electoral latinoamericano. Un enfoque comparativo*, México: UNAM/ Fondo de Cultura Económica, 1179-1363.

Ortiz Ortiz, Richard 2020: *Elecciones y democracia en Ecuador: la receta autoritaria de la Revolución ciudadana 2007-2017*, Heidelberg: MPI (en este libro).

Payne, J. Mark/ Zovatto, Daniel/ Carrillo, Fernando/ Allamand, Andrés (2002) *Democracies in Development: Politics and Reform in Latin America*, Washington, D.C., BID etc

Reynoso Núñez, José 2020: *El nuevo régimen político en México. ¿Caminando hacia un autoritarismo plebiscitario?* Heidelberg: MPI (en este libro).

Ríos Vega, Luis Efrén (Ed.) 2011: *Tópicos electorales. Un diálogo judicial entre América y Europa*, Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Rojas, Mauricio 2019: Chile y el populismo constitucional, publicado en Lambadia, Lima, 20.8.2019.

Salinas Lovón, Faustino 2018: Una reflexión antes del referéndum, pu-blicado en Lambadia, Lima, 7.12. 2018.

Serna de la Garza, José Maria (Coord.) 2009: Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina, México: UNAM.

Suprema Corte de Justicia de la Nación 2007: Tribunales Constitucionales y consolidación de la democracia, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Tovar Mendoza, Jesús 2016: Introducción. Las metarreglas del juego electoral, en: *Nohlen, Dieter*. México y el desarrollo de la democracia en América Latina. Tres conferencias. México: TEPJF, 27-35.

Payne, J. Mark/ Zovatto, Daniel/ Carrillo, Fernando/ Allamand, Andrés (2002) Democracies in Development: Politics and Reform in Latin America, Washington, D.C., BID etc.

Torres, Luis Fernando 2009: Presidencialismo constituyente. La ruta del autoritarismo en el Ecuador, Quito: Cevallos.

Weber, Max (orig. 1919) 1967: El político y el científico, Madrid: Alianza.

Weeden, Lisa 2002: Conceptualizing Culture: Possibilities for Political Science, in: The American Political Science Review 96, (4), 713-728.

Zilla, Claudia 2019: Kein lateinamerikanischer Frühling. Hegemonie, Konsens und Wettbewerb in fragilen Demokratien (Sin primavera latinoamericana. Hegemonía, consenso y competencia en democracias frágiles), en: SWP-Aktuell 69 (Sept. 2019).

Zovatto, Daniel 2019: El financiamiento político, en: *Nohlen, Dieter/ Valdés, Leonardo/ Zovatto, Daniel* (Eds.): Derecho electoral

latinoamericano. Un enfoque comparativo, México: UNAM/ Fondo de Cultura Económica, 801-852.

Zovatto, Daniel/ Orozco Henríquez, J. de Jesús (Eds.) 2008: Reforma política y electoral en América Latina, México: UNAM/IDEA Internacional.

Populus



Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Memória

EJE

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

ORGANIZAÇÃO DA DEMOCRACIA E O PROBLEMA DO SUFRÁGIO¹

Oliveira Viana*

I

Esta compreensão realista do nosso povo também nos leva a reconhecer que temos utilizado, com excessiva prodigalidade o sufrágio universal.

Não é que esta universalização do sufrágio seja, em si mesma, condenável; ao contrário, das técnicas da democracia é uma das mais seguras e eficientes -- desde que seja aplicada e manejada por cidadãos capazes deste regime, é claro. Mas o fato é que, aqui, esta universalização -- estabelecida sob pretexto que "assim é que é democrático" e "assim é que é democracia" -- não tem resultado eficaz, mesmo quando aplicado à seleção dos executivos municipais, onde seria de presumir maior conhecimento das pessoas e maior critério seletivo por parte da massa.

Nós, na verdade, nunca tivemos governo praticamente democrático. Pelo que nos ensina a nossa tradição histórica, fomos sempre governados -- na Colônia e no Império -- oligarquicamente, como deixamos demonstrado em *Fundamentos Sociais do Estado* (caps. VI e XIII). O nosso povo-massa, o povo da *grass root politics*, realmente nunca governou: sempre recebeu de cima, do alto -- da Corte fluminense ou das metrópoles povinciais -- a lei, o regulamento, o código, a ordem administrativa, a cédula eleitoral, a chapa partidária. No período colonial, os governantes vieram sempre de fora

¹ Texto originalmente publicado em 1949, como o Capítulo X da obra *Instituições Políticas Brasileiras*, de Oliveira Viana. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/1028>. As notas ao longo do texto se referem a trechos do livro. [Nota dos organizadores].

*"Francisco José de Oliveira Viana (1883-1951) foi professor, jurista, historiador e sociólogo brasileiro. Responsável por boa parte da sistematização das ciências sociais brasileiras"

-- salvo os das câmaras municipais; estes mesmos eram saídos -- como vimos -- de uma elite rica. No Império não houve também democracia de massa: era uma elite titulada e rica, de base feudal, que -- do Rio e dos centros metropolitanos provinciais -- ditava o governo ao povo-massa até ao interior dos sertões⁽³⁾. Só na República, tentamos a democracia do povo-massa pela constituição dos governos municipais, estaduais e central por eleição direta e pelo sufrágio universal. Mas foi o que se sabe e o que se viu: o absentismo eleitoral, que estudei já alhures, deu a resposta cabal à utopia do nosso marginalismo político⁽⁴⁾.

Neste particular, estamos diante de uma influência claramente francesa ou americana. Não inglesa: a Inglaterra, todos sabemos, apesar do seu gênio democrático, sempre manteve, em matéria eleitoral, uma mentalidade aristocratizante.

II

Em boa verdade, o nosso povo-massa não comporta ainda uma generalização assim tão ampla e inconsiderada desta técnica da democracia que é o *sufrágio universal*. Técnica, aliás, que, na Europa, só o povo inglês se tem mostrado capaz de a desenvolver e realizar plenamente. Realmente, entregar a organização dos poderes públicos *provinciais* e *federais* -- como fizemos na Constituição de 24 e na Constituição de 1891 -- ao povo-massa do interior (outra coisa não era o sufrágio estendido a toda a nação, sem distinção de categorias, nem de *status*) foi, sem dúvida, excessivo, porque era exigir muito de um povo destituído de *educação democrática* -- como já demonstramos⁽⁵⁾.

Nem o nosso povo-massa podia tanto; nem estava à altura de tanto; nem pedira tanto. Povos europeus mais antigos do que ele -- como o grego, o polonês, o tcheco, o sérvio, o italiano, o espa-

3 V. *Fundamentos sociais*, caps. VI, XII, XIII e XIV.

4 V. *Pequenos estudos*, cap. -- Fatores econômicos do absentismo eleitoral.

5 V. *Fundamentos sociais*, caps. XII e XIII.

nhol, o português -- não se revelaram à altura deste regime -- que é, como já observamos, muito novo no mundo não contando 200 anos de vigência ⁽⁶⁾. Regime, aliás, só efetivamente executado até agora num setor relativamente pequeno do globo civilizado: Ilhas Britânicas e América Saxônica.

Este inconveniente do sufrágio universal não resulta do fato de ser analfabeta, em sua maioria, a nossa população. O analfabetismo tem muito pouco que ver com a capacidade política de um povo; o *citizen* inglês, mesmo analfabeto, possui um senso político e uma capacidade democrática que muitos homens da elite de outros povos civilizados não possuem. É grande a confusão que os nossos teóricos políticos fazem entre a *capacidade democrática* e *alfabetização* -- o que tem levado os nossos governos a gastar rios de dinheiro, não para dar *educação profissional* ao povo -- que é o que ele precisa substancialmente; mas para prepará-lo civicamente "para a democracia", para o exercício do "sagrado direito do voto" -- preocupação ingênua que se reflete claramente nos programas escolares e nos métodos de ensino ⁽⁷⁾.

Realmente, nesta Inglaterra das nossas líricas admirações democráticas, o sufrágio foi sempre um *privilégio*, só acessível aos que possuíam certas condições de *status* social e de renda -- um direito do cidadão, mas do *cidadão capaz*. Não foi nunca, para os ingleses, um direito liberalizado a todo mundo -- um "direito do homem" como querem os que pensam em democracia *à la française*. O sufrágio universal só ocorreu muito tarde na Inglaterra, só lhe chegou nos meados do século passado -- em 1867, com a reforma de Palmerston. Esta reforma consistiu, entretanto, apenas, numa redução ou abaixamento da taxa da renda mínima (*franchise*), exigível para a

6 V. *Fundamentos sociais*, caps. IV e VII.

7 Estamos ainda no lirismo do mote antigo: -- "onde se abre uma escola se fecha uma cadeia e prepara-se um cidadão", que as ciências sociais modernas desmentem e desautorizam completamente.

aquisição do direito de sufrágio. Só então as massas operárias entraram no "país legal" -- como dizem os franceses -- não obstante as agitações do movimento "cartista" desde 1832⁽⁸⁾. Quanto à massa propriamente dita, no sentido populaceiro que lhe damos aqui, esta só interveio na composição dos poderes públicos ingleses já no século XX -- e isto mesmo em 1918, depois da Primeira Grande Guerra Mundial!⁽⁹⁾.

Ora, diferentemente do povo-massa das comunidades anglo-saxônias, o povo-massa do Brasil não teve, nem tem educação democrática. Devemos ter a resignação de reconhecer esta verdade, já demonstrada nos meus *Fundamentos Sociais do Estado*⁽¹⁰⁾.

Os doutrinadores e teóricos podem negar esta conclusão tão desagradável; podem afirmar que isto não é verdade; que esta capacidade existe; mas a História e a Ciência Social aí estão para provar a verdade desta asserção com os fatos e os dados na mão podendo dar-se desta nossa carência de educação democrática provas com a mesma segurança com que se demonstraria um teorema geométrico num quadro-negro.

III

Em conclusão: o sufrágio universal e o sufrágio igual é anticientífico, quando aplicado sistematicamente ao nosso povo. Pela pluralidade de sua estrutura cultural e pela diversidade da sua estrutura ecológica, o nosso povo está exigindo também uma pluralidade de sistemas eleitorais ou mais exatamente -- uma pluralidade de eleitorados. O eleitorado que elege deputados federais e senadores não deve ter a mesma dimensão que o que elege deputados estaduais, ou o que elege vereadores. Os

8 Seignobos -- *Histoire politique de l'Europe contemporaine*, págs. 60-1. Cfr. Holland Rose -- *The rise of democracy*, Londres, 1897.

9 Barthélemy (J.) e Duez (P.) -- *Traité du droit constitutionnel*, Paris, 1933, págs. 296-7.

10 V. *Fundamentos Sociais*, cap. XII.

corpos eleitorais, que elegem os *elementos executivos da 2ª camada* da estrutura governamental do país (*governos dos Estados*) deviam ter composição diferente do que elege o chefe do Governo Nacional. Já disse, aliás, em outro livro que o Presidente da República devia ser escolhido por um corpo eleitoral próprio, privativo, selecionado de conformidade com certos critérios de competência e responsabilidade⁽¹¹⁾. Este corpo que elege o chefe do Poder Executivo Nacional poderia ser ampliado na sua composição -- sem perder, entretanto, o seu caráter selecionado e privativo -- quando se tratasse da escolha, em eleição direta e democrática, dos presidentes dos Estados.

Não devíamos, por outro lado, confundir a seleção dos órgãos de *representação legislativa* com a seleção dos órgãos do Executivo: a *função executiva* exige dos ocupantes predicados que não se devem confundir com os simples predicados dos representantes do povo. Há necessidade, sem dúvida, de estabelecermos, ou melhor, de restabelecermos a velha distinção -- que existia nos começos do Período Colonial e que o direito político dos romanos reconhecia como fundamental -- entre o *jus suffragii* e o *jus honorum*, isto é, entre o *direito de eleger* e o *direito de ser eleito*, entre o *direito ao voto* e o *direito aos cargos (cursos honorum)*.

No nosso democracismo excessivo e ortodoxamente igualitarista, nivelamos estes dois direitos, que os romanos distinguiam nitidamente.

Chegamos mesmo a estabelecer como postulado constitucional que é *elegível quem quer que seja eleitor*. Erro enorme, que não corresponde às lições da experiência nos países de democracia teórica, e cujos malefícios só não se revelam na Inglaterra, porque o inglês tem -- pela sua formação social e política -- o sentimento profundo desta distinção, que o romano também possuía, existente entre o *jus honorum* e o *jus suffragii*, aceitando, como aceita -- como ex-

11 V. *O idealismo da Constituição*, cap. XII.

pressão perfeitamente condizente com a democracia -- o monopólio tradicional dos cargos públicos pela classe aristocrática (*gentry*), classe praticamente votada, por uma tradição imemorial, à incumbência exclusiva de administrar gratuitamente as comunas, os municípios, os condados, os domínios de toda a Commonwealth⁽¹²⁾.

Em nosso país, a democracia é compreendida de maneira diversa. Quase não exige outro predicado ao candidato aos cargos eletivos -- mesmo os mais altos -- senão o da maioria. Qualquer outra exigência nos soaria como "não conforme à democracia" -- o que prova que, neste ponto, temos da democracia ainda um conceito puramente *teórico* -- e não *pragmatista*, como é o inglês. É que nossa concepção da democracia nos veio diretamente da França e não da Inglaterra -- da França de Rousseau, de Robespierre e do *Príncipe Egalité*.

Daí esta uniformidade e esta unidade do nosso corpo eleitoral -- invariavelmente o mesmo para o preenchimento de todas as camadas da estrutura do Estado Nacional (1^ª, 2^ª, 3^ª); o mesmo para a seleção de todos os ocupantes dos cargos públicos do país -- desde um simples juiz de paz de distrito até o presidente da nação.

Pelas indicações da ciência política, penso mesmo que deveríamos levar a diferenciação ainda mais longe e até para os mesmos cargos deveriam criar corpos eleitorais *específicos*, variando de composição *conforme os grupos regionais*, levando em conta para cada um destes grupos, o atraso ou o progresso da sua *cultura local* e da maior ou menor diferenciação da sua *estrutura social*, ou *econômica*, ou *ecológica*. É esta preocupação uniformista e igualitarista -- que dá a mesma capacidade eleitoral ao sertanejo da Cachoeira do Roberto (cujo nível de vida e da cultura é o

12 Cfr. as obras de Boutmy, Taine, Belloc, Bardoux, etc., citadas em *Fundamentos sociais do Estado*.

mais miserável do mundo, segundo Luetzellburg) e ao cidadão do Rio ou da Paulicéia, instruído, lido em jornais, socializado pelo sindicato de classe, conhecendo a assistência do governo, as instituições de previdência e os seus favores --, é esta preocupação uniformista e igualitária que tem feito fracassar as experiências de democracia no Brasil, desde 1824⁽¹³⁾.

IV

Quem quer que estude a evolução das idéias políticas no Brasil, terá que constatar este traço invariável: -- que as nossas elites dirigentes e parlamentares pensam candidamente ser possível instituir o regime democrático em nosso povo apenas pelo simples fato de -- *por um mandamento legislativo* -- estender o direito de sufrágio a todos os brasileiros. Estabelecendo na *lei* ou na *Constituição* o sufrágio direto e universal, está resolvido *ipso facto* -- presumem eles -- o problema da democracia no Brasil. Não lhes parece preciso cogitar de nenhuma outra medida essencial à *formação do cidadão*, consciente e independente. Este cidadão -- o "repúblico", de Simão de Vasconcelos -- surgirá da massa, como que por um golpe de mágica, desde que um mandamento legislativo ou constitucional conceda o direito de sufrágio puro e simples, a todos os cidadãos. Foi o que se fez, logo no começo da nossa experiência democrática, em 1821, quando elegemos os nossos primeiros representantes às Cortes de Lisboa⁽¹⁴⁾.

Realmente, do "problema da formação do eleitor" nunca se preocupou, nem se preocupa, o nosso idealismo democrático. O eleitor é sempre presumido

13 V. *Fundamentos sociais*, caps. XII e XIII; Hauriou (*Droit administratif*, pág. 285) observa que só a França é que estabeleceu o sistema da uniformidade dos direitos das comunas "sem atenção à realidade das coisas", acentuando que nos outros países "há várias categorias de comunas". No mesmo sentido, v. a solução plurima americana em Weber-Marshall -- *Le régime municipal aux États-Unis* (in Gidel -- *Travaux pratiques de Droit Public Comparé*, págs. 197, 201).

14 V. *Fundamentos Sociais*, cap. VII.

como já formado -- e sai do texto da Constituição já de ponto em branco, completo e acabado, como Minerva da cabeça de Júpiter. O que há de mais grave é que, ao se legislar entre nós em matéria política, toma-se unicamente como base este eleitor padrão, este eleitor "imaginado" -- que é sempre um sócia ou um *doublé* de *citizen* britânico ou americano, e que presumimos já provido, por isto mesmo, de todos os atributos do *good citizenship* saxônio.

Nunca tomamos por base do sistema democrático ou do sistema eleitoral o nosso eleitor *real* -- filho do nosso meio e da nossa história, vivendo, encolhido e retraído, dentro do seu tradicional complexo de inferioridade, disperso e largado aí pelos sertões, pelos campos, pelos planaltos, pelos tabuleiros, pelas coxilhas, pelas cidades, povoados, arraiais, aldeias, "corrutelas", "patrimônios", fazendas, estâncias -- como jeca, caipira, vaqueiro, camarada, colono, meeiro, peão, etc.⁽¹⁵⁾ Deste eleitor real, de carne e osso -- preso pela tradição imemorial aos clãs dos coronéis, dos chefes de aldeias, dos senhores feudais dos municípios -- e que forma a maioria do eleitorado nacional; deste eleitor de carne e osso ninguém cogita quando legisla; neste não se pensa: -- este eleitor não existe para os nossos constitucionalistas, nem para os nossos legisladores de códigos eleitorais!

Por uma aberração do raciocínio -- que só o "marginalismo" explica -- este eleitor real, vivo, porejando sangue (ou *sanie*), tangível, apanhável pela objetiva das Kodaks; e fraco e ignorante, e débil, inconsciente da sua função; e desgarantido e miserável -- votando por medo, por pobreza, por dependência absoluta; este eleitor é que é considerado pelos nossos liberais, democratas e construtores de Constituições uma ficção! Para eles, o eleitor real, verdadeiro -- sobre o qual assenta toda a esperança dos seus códigos eleitorais e dos seus sistemas po-

15 V. *Fundamentos sociais*, cap. XV.

líticos -- é justamente o eleitor de ficção: -- aquele sósia ou *doublé* do *citizen* britânico ou americano, cuja existência eles só conhecem por meio da leitura dos tratadistas!

Este eleitor é que existe, este é que é a única realidade pensável e computável! É este eleitor *presumido* o eleitor das invocações de Rui; é para este que ele apelava, em 1919, na sua predicação e esperanças de candidato: -- "Erga-se, pois, o país -- e se salve deste modo a si mesmo, correndo em torrentes para as urnas com o nome necessário e tomando as supremas providências, que o seu critério ou o seu instinto de conservação lhe ditarem."⁽¹⁶⁾

O povo brasileiro nunca teve escolas que o preparassem para a democracia -- já o demonstramos⁽¹⁷⁾. Nem como *homem da cidade*, nem como *homem do campo* -- o nosso homem do povo nunca pôde organizar instituições sociais que educassem na prática do direito de voto e na tradição de escolha dos seus administradores e dirigentes, habituando-se a manejar esta pequenina arma delicada: uma *cédula de eleitor*.

Só agora -- com a organização sindical das classes -- é que as nossas populações urbanas (e só urbanas) estão começando a praticar numa verdadeira, numa autêntica escola de democracia *direta* -- que é o *sindicato de classe*. Cada sindicato -- é de Brandeis a observação -- funciona, de fato, como uma pequena ágora, à maneira ateniense, onde a massa se exercita semanalmente, ou quotidianamente nas práticas da mais genuína democracia⁽¹⁸⁾.

16 V. *Problemas de política objetiva*, cap. IX.

17 V. *Fundamentos sociais*, cap. XII.

18 V. Aronson (M.) -- *Democracy in action: the Brandeis way* (sep. do "Journal of Social Philosophy", 1939, n° 4). Disse por sua vez Russel Davenport: -- "The key to democracy in industry is democracy in unions. A union is political body, not in the sense of party politics, but in the sense that it exist of, by and for its members. It must adopt parliamentary procedure, frequent elections, and the secret baloot. And its sense of responsibility, as an organized (and there fore powerful) body of men and women, should be acute (*in* prefácio a Golden (C.) and Ruttemberg (H.) -- *The dynamics of industrial democracy*, N. Y., 1942, pág. XIV). Neste sentido, também cfr. O'Shaughnessy (M.) -- *Economic democracy and private enterprize*, N. Y.,

Justamente por isto é que eu só concederia o direito de sufrágio ao cidadão *sindicalizado*, ao homem do povo que fosse molécula de qualquer associação de interesses *extrapessoal* -- econômico, beneficente, artístico, mesmo esportivo (*sindicatos, cooperativas, sociedades, ligas*); ao homem do povo de qualquer forma participe e integrado numa comunidade de finalidade coletiva *extra-individual* -- embebido, envolvido, impregnado de uma aura qualquer de *socialidade*. Nunca ao homem desagregado da comunidade, ao homem *desmolecularizado*, ao homem puramente *indivíduo*, ao homem átomo -- como é normalmente o homem típico do Brasil, saído do individualismo da nossa formação histórica e ecológica. Exibir a prova, o "certificado público" da sua *socialidade* -- eis a condição que devíamos exigir, preliminarmente, a qualquer cidadão para a sua entrada no "país legal" -- como eleitor. Sim, de homem envolvido de uma aura de socialidade -- de "homem socializado", dentro daquele conceito de Berdiaeff, que é também de Laski: -- "L'homme n'est pas dans l'univers un atome faisant partie d'un mecanisme indifférent, mais un membre vivant d'une hierarchie organique; il appartient organiquement à des ensembles réels."

Dirão: por que ao homem de *partido* -- ao homem de "clã eleitoral?" Respondo: porque, em nosso país, os partidos políticos não são ainda associações de fins *coletivos* -- e sim de fins *egoísticos*. Já o disse em outro volume: -- "Os partidos políticos, *pelo menos no Brasil*, nunca puderam representar o papel de agentes de formação desta mentalidade solidarista, de *tipo altruísta*, a que me venho referindo -- e isto porque foram sempre agrupamentos constituídos para a satisfação de ambições pessoais e não para a realização de interesses *coletivos* e *públicos* -- isto é, relativos ao bem comum de uma "classe", de um "município", de uma "província", ou da

1945, caps. III-VI; Warner (W.L.) e Low (J.) -- *The social system of the modern factory*, New Haven, 1947, cap. III.

Nação. Pertencem àquele tipo de "associações de egoístas", nas quais os objetivos da solidariedade ativa não é um interesse *comum*, de tipo *extrapessoal*; mas, o interesse individual (*pessoal, de família ou de clã*); interesse só possível de ser realizado, entretanto, através do *grupo* ou do *partido*. Tudo como na fórmula de Stirner: -- "O grupo não te possui; tu é que possuis o grupo e dele te serves."⁽¹⁹⁾

Em matéria de democracia e de eleições, nossas elites "marginalistas" se limitam (e acham que isto é bastante) a soltar, como um novo Adão -- neste Paraíso da Democracia Liberal, que pretendem instituir aqui por meio de decretos e Constituições -- o cidadão do povo-massa nuzinho em pêlo, só e escoteiro, sem nada que o abrigue e o defenda, tendo apenas na mão, como arma, uma quadrícula de papel: -- uma *cédula eleitoral*. E desta infantilidade esperam nossa regeneração democrática!

É possível isto? Os nossos teóricos da democracia estão convencidos que sim -- e o estão porque vivem ainda, como já assinaei no cap. I, no culto fetichista da Lei -- numa espécie de *magismo legislativo*. Tem esta concepção legalista qualquer coisa do "prelogismo" de Levy-Bruhl. Para eles, a Lei -- na secura do seu texto, na sua simples articulação verbal -- possui virtualidades transfiguradoras e místicas. Desde que nela se venha a preceituar secamente que "fica decretado a democracia", para logo a democracia surgirá, ou melhor, germinará e florirá no país, em consequência deste imperativo legal. Não se faz necessário mais nada: nenhum programa prévio, nenhuma preparação cultural anterior que nos assegure um eleitorado consciente, capaz e livre⁽²⁰⁾.

19 V. *Problemas de direito sindical*, pág. XIX.

20 Nada que assegure o indivíduo ou a sua família, nos seus direitos e liberdades individuais -- justiça *federalizada* e única; *polícia de carreira*, também *magistraturalizada* e fora, portanto, da confiança dos partidos; extensão e acessibilidade dos chamados "remédios tutelares", postos ao alcance do povo-massa, através de instituições especiais de assistência social, ou da previdência social; justiça do trabalho, *federalizada* como

Não quero renovar agora, nestas páginas finais, a demonstração que, com abundância de documentação histórica, dei em *Populações meridionais* e nos *Fundamentos sociais do Estado* -- do desamparo em que vive e em que se formou o homem do povo-massa do Brasil. Enumerei ali as causas históricas, sociais e econômicas que o haviam levado a esta condição lamentável⁽²¹⁾. Outras causas, porém, existem que para isto concorreram -- e ainda concorrem -- e que são antes de ordem política e jurídica. E entre estas -- como principais -- estão: o sistema de aforamento e colonato, dominante desde o primeiro século colonial; a inexistência de um regime generalizado de pequena propriedade; e a carência absoluta de instituições de solidariedade social no seio da nossa população em geral.

Nada *disto* existiu, nem ainda existe nos campos. Mas, também de nada *disto* têm cogitado os nossos açados democratas liberais, sempre prontos a brandirem -- seguro nas unhas bem polidas a *Cutex* -- o último livro chegado da Inglaterra, da América ou da França. Entretanto, é absolutamente certo que sem isto

está, mas estendida, prática e efetivamente, aos campos; associações rurais eficientes, sejam *síndicos* (onde for possível constituí-los) ou *Casas do Povo* ou *Procuradores do Povo*, ao modo antigo. Nem também nenhum programa ou nenhuma realização administrativa no sentido de garantia econômica do proletariado rural. Quero dizer: nenhuma garantia dos homens sem terra (*moradores, sitiantes, agregados, vaqueiros*), através de um sistema de pequena propriedade largamente difundido -- ou de *contratos de arrendamento*, que assegurem o colono contra o despejo e o arbítrio dos grandes proprietários territoriais, de que já Antonil e Vilhena faziam, no século III, o comentário melancólico; fatos estes verificados, não só nos *engenhos e fazendas agrárias*, mas, também, nas *fazendas de criação*, entre os *vaqueiros* e o patrão. O vaqueiro é também um dependente, sem garantia nenhuma -- "uma coisa da fazenda, um traste", que é despedido quando menos espera. Ao ser contratado, recebe o cavalo da fábrica, perneiras, gibão, guarda-peito e sapatos de couro cru, mas, "ao sair, larga tudo ao vaqueiro que o substitui": -- "Cambembes podem ter luxo? Estava ali de passagem. Qualquer dia o patrão os botaria fora -- ele ganharia o mundo sem rumo, nem teria meios de conduzir os cacarecos." (Graciliano Ramos -- *Vidas Secas*, Rio, 1938, pág. 30). Por outro lado, também nenhum regime de difusão ou *propaganda* pelo rádio, pelo livro e pela imprensa, esclarecendo a massa rural e o povo em geral dos seus *direitos* e dos *recursos*, que as leis lhes dão contra o arbítrio das autoridades facciosas e dos senhores territoriais poderosos.

21 V. *Populações meridionais*, cap. VIII; -- *Fundamentos sociais do Estado*, cap. XIII.

nenhuma espécie de democracia será possível aqui: -- e é justamente a falta destas condições preparadoras que mais tem concorrido para que a democracia por eles instituída no Brasil seja apenas uma democracia de ficção -- uma democracia cenográfica, de aparato e bambinelas coloridas, feita para uso de "rastás" impenitentes, ou apenas para "inglês ver".



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA
ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA
1ª Av. do Centro Administrativo da Bahia, 150
CAB, Salvador - BA - 41.745-901 - Brasil
www.tre-ba.jus.br | aje@tre-ba.jus.br
55 71 3373-7445