

Ativismo judicial em matéria eleitoral: a interferência do judiciário no processo democrático de representatividade popular

**Vitória Dacorégio Miketen de Campos Ludvigs e Luiz
Gustavo de Andrade**

Resumo

As decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) declaratórias de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de temas correlatos aos direitos políticos constituem verdadeiros atores do processo democrático de representatividade popular. Analisando-as, é possível refletir sobre o conceito e o desenvolvimento dos institutos da soberania popular e da democracia como alicerces do Estado democrático de direito, bem como analisar o fenômeno do ativismo judicial e seus desdobramentos a partir dos conceitos de judicialização política, politização da justiça, procedimentalismo e substancialismo. Também foram analisadas três decisões em controle concentrado, sendo a primeira sobre a verticalização das ligações partidárias; a segunda sobre a fidelidade partidária; e a terceira sobre o fim do financiamento de campanhas por empresas, que refletem na criação de normas restritivas de direitos políticos. Com base no arcabouço doutrinário e jurisprudencial hodierno, será demonstrado que, em muitos casos, as decisões proferidas – ainda que sob o manto da defesa e concretização dos direitos políticos – acabam conferindo novos contornos ao pleito eleitoral, culminando na modificação do pro-

Sobre os autores

Vitória Dacorégio Miketen de Campos Ludvigs é graduanda em Direito pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Integrante do Grupo de Estudos Hermenêutica Constitucional, Ativismo Judicial e a Concretização dos Direitos Fundamentais na Pós-Modernidade (Unicuritiba). E-mail: vitoriacampos.adv@gmail.com

Luiz Gustavo de Andrade é advogado e mestre em Direito. Professor da Graduação e Pós-Graduação do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Curitiba (Unicuritiba). Membro da Comissão de Gestão e Controle da Administração Pública (OAB-PR). Membro da Comissão de Direito Eleitoral (OAB-PR). Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Política (ABRADEP). Membro do Instituto Paranaense de Direito Eleitoral (IPRADE). Editor Executivo da Revista Paraná Eleitoral (TRE-PR). Membro Fundador do Instituto Mais Cidadania. E-mail: prof.luiz.gustavo@hotmail.com.

cesso democrático de representatividade popular e na violação de vários preceitos constitucionalmente previstos.

Palavras-chave: ativismo judicial; direitos políticos; Tribunal Superior Eleitoral; Supremo Tribunal Federal; autocracia judicial.

Abstract

The decisions of the Supreme Federal Court and the Superior Electoral Court, when stating either the constitutionality or unconstitutionality of the subjects related to political rights, place themselves as true agents in the popular representation democratic process. Before analyzing the judgments, it is intended to discourse about the popular sovereignty and democracy concept and development as the founder basis of the Democratic Law State. Immediately thereafter, it is analyzed the judicial activism phenomenon and its consequences, addressing the politics judicialization concepts, justice politicization, proceduralism and substantialism. Going into the central theme of the present paper, three decisions in concentrated control were critically analyzed. The first one dealing with the adherent coalitions verticalization; the second, about adherent loyalty; and the third one, that deals with the end of the graves financed by companies, consisting these decisions in the restrictive norms of political rights creation. Based on the entire doctrinal and jurisprudential framework constructed, it is possible to see that, most of the times, the decisions rendered even though the argument for the defense and realization of political rights ends up giving new contours to the electoral election - that is - culminating in the democratic process of popular representation modification, in order to violate constitutionally protected precepts.

Keywords: judicial activism; political rights; Superior Electoral Court; Justice Federal Court; judicial autocracy.

Artigo recebido em 1º de junho de 2021 e aprovado pelo Conselho Editorial em 17 de junho de 2021.

Introdução

Mais que uma expansão da jurisdição constitucional, observou-se nos últimos anos no Brasil um verdadeiro deslocamento da atenção conferida aos poderes e funções do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário. Esse deslocamento tem permitido ao Poder Judiciário atuar de maneira anômala e demasiada, em clara usurpação das competências dos demais Poderes. Esse protagonismo no campo jurídico e político decorre da prolação de algumas decisões em controle concentrado de constitucionalidade perante as

cortes Constitucional e Eleitoral, que culminaram por caracterizar a situação anômala de substituição de postulados delineados na Constituição Federal pela vontade dos magistrados.

Para fazer frente a este novo cenário, é imprescindível sopesar os conceitos e alicerces do Estado democrático de direito, seja reforçando a soberania popular como *locus* e fonte legítima de todo poder, seja a própria concepção de democracia, que pressupõe, invariavelmente, a participação efetiva dos cidadãos, a igualdade do voto, a aquisição de entendimento esclarecido e o exercício do controle definitivo do planejamento e a inclusão dos adultos, que, segundo Dahl (2001), é um modelo garantidor da maior participação popular e da igualdade política.

Partindo das aludidas premissas, analisa-se também o ativismo judicial, expressão oriunda dos Estados Unidos, empregada para designar a atuação dos juízes da Suprema Corte norte-americana. Na sequência, será feita uma breve incursão histórica para analisar o deslocamento do enfoque conferido aos Poderes na medida em que os anseios sociais vão sendo modificados. Isto é, será examinado o contexto histórico, político, social e constitucional que deu origem à desneutralização política.

O intuito desta pesquisa é explicar o que se pode entender por *judicialização da política* e *politização da justiça*, quais são as suas consequências e o que vem a ser o minimalismo judicial segundo Sunstein (1999), ou seja, a possível postura a ser adotada pelos magistrados e cortes supremas. Por fim, será estudada a problemática da postura dos tribunais em um Estado democrático à luz da hermenêutica jurídica, sabendo-se que, dentro do papel reservado à jurisdição constitucional, há duas importantes teorias do direito, não necessariamente opostas, que vêm direcionando a postura do judiciário brasileiro: a do procedimentalismo e a do substancialismo.

Construído esse arcabouço teórico, alcança-se o fim pretendido de analisar algumas das decisões proferidas pela Suprema Corte em controle concentrado que conferiram novos contornos ao pleito eleitoral. Para tanto, será feito um breve exame dos conceitos de “soberania” e “democracia” em conformidade com a obra de Dahl (2001), assim como os cinco critérios por ele estabelecidos para identificar um governo como “democrático” e abordar as idiossincrasias do ativismo judicial, a *politização do judiciário* e a *judicialização da política*, o procedimentalismo e o substancialismo.

Partindo do estudo dos casos da verticalização das coligações partidárias, do instituto da fidelidade partidária, do financiamento da política, será analisado em que medida o Poder Judiciário, nas figuras do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), exacerba sua competência a ponto de conduzir ao seguinte questionamento: Estaria a “democracia de partidos” caminhando para uma “autocracia judicial”?

Democracia e soberania popular

A soberania popular, fonte legítima de todo o poder e limitação de atuação do Estado, é materializada por intermédio do sufrágio, que desencadeia a transmissão de mandatos temporários aos representantes eleitos, que devem representar os interesses e promover a defesa dos direitos do povo – um dos alicerces do Estado democrático de direito.

Segundo Dahl (2001), a democracia é a única forma de governo dentre todas as demais que garante a soberania, a igualdade e a participação política da população. Ainda segundo Dahl, os cinco critérios necessários para se identificar um governo como “democrático” são: participação efetiva, igualdade de voto, aquisição de entendimento e esclarecido, exercício do controle definitivo do planejamento e inclusão dos adultos.

Soberania popular: concepções gerais

O conceito de soberania popular, há muito delineado por pensadores como Hobbes, Locke e Rousseau, passou por grandes alterações ao longo do tempo, sendo alvo de divergências sobre sua titularidade na medida em que avançava o cenário político, social e histórico.

A Carta Magna, em seu artigo 1º, o coloca em relevância ao proclamar que todo poder emana do povo, evidenciando a soberania como um dos principais fundamentos do Estado democrático de direito. E no seu artigo 14, ao inaugurar o capítulo de Direitos Políticos, estabelece que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e nos termos da lei. O STF posicionou-se de forma semelhante no julgamento da Reclamação 11.243 ao afirmar que a soberania consiste no poder mais alto de um Estado. Neste viés, a Constituição enuncia em seu artigo 14 os instrumentos pelos quais a soberania

popular é exercida: *sufrágio, voto, plebiscito e referendo*. Os direitos políticos, enquanto bases da democracia, compreendem o direito à participação no processo político; o direito ao sufrágio universal e ao voto periódico; e o direito à autonomia para organização do sistema partidário, com oportunidades igualitárias aos partidos.

Deste modo, na regra expressa no artigo 1º, parágrafo único da Magna Carta, constata-se que a soberania popular, observados os sistemas majoritário e proporcional, confere a possibilidade de transmissão de mandatos representativos com a proclamação pela justiça eleitoral. O candidato passa então a ser o titular de um mandato representativo (Zilio, 2020, 45).

Portanto, compreende-se que a soberania popular está positivada e é efetivada pelos instrumentos previstos no texto constitucional, conforme os artigos 1º e 14 (Brasil, 1988), representando a fonte legítima de poder e limitação de atuação do Estado brasileiro, que se materializa por meio do sufrágio que desencadeia a transmissão de mandatos temporários aos representantes eleitos que, por sua vez, devem defender os interesses e promover a defesa dos direitos do povo.

Democracia e critérios para um governo democrático segundo Robert Dahl

Na obra *Sobre a democracia*, Dahl (2001, 49-50) apresenta um breve retrospecto histórico identificando o surgimento e o desenvolvimento conceitual da “democracia”. Diante das ideias e práticas que proporcionam o desenvolvimento da democracia, ainda que frágil, ele se refere a importantes questões condutoras de uma efetiva democratização, defendendo que, para o exercício de um sistema plenamente democrático, alguns critérios deveriam ser preenchidos, enunciando cinco critérios a serem satisfeitos.

O primeiro deles seria a *participação efetiva*. Dahl (2001, 50) argumenta que ao se conferir maiores oportunidades a alguns membros em detrimento de outros, a parcela agraciada com melhores condições provavelmente fará com que suas políticas prevaleçam. Consequentemente, quando não se confere igualdade aos cidadãos, será creditado à uma minoria o poder de determinar as políticas públicas. É exatamente essa a razão de ser do critério da participação efetiva: coibir a prevalência de uns sobre outros.

Sobre essa temática, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.394/DF, o STF discutiu e deliberou sobre a necessidade de identificação dos particulares responsáveis pelas doações aos partidos políticos. Debateu-se também sobre a necessidade de observância dos princípios republicano e democrático, com ênfase nos princípios da transparência e da moralidade administrativa, visando a estabelecer, dentro do capitalismo de mercado, uma relação entre a participação democrática e o financiamento de campanhas.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Dahl (2001) trabalha o segundo critério: a *igualdade de voto* como indispensável para se assegurar a igualdade de todos os indivíduos pertencentes à coletividade e, conseqüentemente, igual peso ao interesse comum. Por sua vez, o terceiro é o do *entendimento esclarecido*. Segundo esse critério, em uma democracia é necessário garantir ao povo um mínimo de informações e esclarecimentos sobre as políticas públicas, para que os eleitores consigam deliberar sobre as melhores opções.

A propósito, no julgamento de Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) 839/DF (Brasil, 1993), ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), o STF debateu a relevância da comunicação de ideias e da propaganda doutrinária no contexto da sociedade democrática ao discutir e deliberar sobre as disposições da Lei 8.624/93, que prevê o plebiscito destinado a definir a forma e o sistema de governo regulamentada pelo seu artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), alterado pela Emenda Constitucional 2/92; bem como, a organização de frentes parlamentares sob a forma de sociedade civil. O STF entendeu que na ordem democrática, além de assegurar liberdades civis e individuais como o sufrágio universal, é de suma importância a promoção da educação do povo para a democracia, bem como o fornecimento de meios para o esclarecimento dos eleitores a cada pleito ou consulta, de modo a despertar no corpo coletivo a consciência do dever cívico e do seu direito inalienável. No julgamento foi ressaltado a importância na comunicação de ideias e da propaganda partidária para a sociedade pelo fato do cidadão encontrar nela o respaldo para formar o seu convencimento, participar ativamente da vida pública e, assim, influenciar positivamente no planejamento público.

Como quarto critério, Dahl (2001) trabalha com o *controle do programa de planejamento*, que deve ser conferido ao *demos* a

possibilidade de decidir o que deverá ser incluído no planejamento para prolação de decisão vinculativa. Por fim, como quinto e último critério, ele trata da *inclusão dos adultos*, ou seja, assegurar a todos os cidadãos o direito de participar da vida pública para a efetivação do primeiro critério – a *participação efetiva*. Na sequência, enumerou 10 consequências desejáveis produzidas a partir da adoção de um regime democrático, que são: (1) evitar a tirania; (2) garantir direitos essenciais; (3) liberdade geral; (4) autodeterminação; (5) autonomia moral; (6) desenvolvimento humano; (7) proteção dos interesses pessoais essenciais; (8) igualdade política; e busca pela (9) paz e (10) prosperidade.

Dahl (2001, 136-44) afirma que os textos constitucionais são importantes aos governos democráticos na medida em que proporcionam estabilidade às instituições políticas, protegendo direitos fundamentais das majorias e das minorias, assegurando a neutralidade do processo seletivo e responsabilizando os líderes políticos pelas decisões tomadas, visando a justa representação e o consenso informado. Além disso, garantem eficácia e competência ao governo para tratar de problemas e questões importantes dos cidadãos; transparência, abrangência, flexibilidade, e ao satisfazer os demais critérios, afere a legitimidade e a lealdade entre os cidadãos e as elites políticas.

Após apresentar os critérios essenciais e expor as consequências desejáveis de uma democracia, Dahl trabalha a igualdade política sob o viés da igualdade intrínseca e sob a perspectiva do exercício das competências cívicas como justificativa da superioridade de um governo democrático. Parte da premissa de que o regime democrático garante diversas vantagens aos cidadãos, tais como: proteção de desmandos de governantes autoritários, usufruto de direitos individuais, ampliação da esfera de liberdade individual, garantia de participação no processo decisório acerca das leis sob as quais deverão se submeter, reforço da autonomia moral e, conseqüentemente, do desenvolvimento pessoal. Discorre sobre o fato de que para governos democráticos o termo *demos* deve ser utilizado para designar a participação direta ou indireta no processo decisório, indicando a educação como forma de capacitar os cidadãos para o exercício da vida pública, ponderando que “a educação cívica não exige apenas a escola formal, mas também a discussão pública, a deliberação, o debate, a controvérsia, a pronta disponibilidade de informação confiável e outras instituições de uma sociedade livre” (Dahl, 2001, 93).

Assim, caso as instituições destinadas ao fim de capacitar os cidadãos estejam fragilizadas, além do dever de reforçá-las, o Estado deve lhes oferecer alternativas e oportunidades para o desenvolvimento de suas competências, os permitindo regular o exercício do direito de cidadania constitucional e infraconstitucionalmente garantido.

Ativismo judicial

O *ativismo judicial* é uma expressão oriunda dos Estados Unidos, utilizada pelo jornalista Arthur Schlesinger Júnior em matéria da revista *Fortune* intitulada “The Supreme Court: 1947”. Nela, ao analisar a atuação da Suprema Corte norte-americana, o jornalista classifica os juízes como: “ativistas” e “campeões da autocontenção”, destacando a presença de comportamentos que oscilam entre ambas as concepções (Dorst *et al.*, 2015, 8).

Nesse viés, o texto constitucional inserido num contexto histórico de redemocratização pós-ditadura Vargas no Brasil, além de ampliar os direitos fundamentais, tornar constitucional direitos infraconstitucionais, conferir primazia a principiologia jurídica e inaugurar procedimentos hermenêuticos constitucionais, também foi o responsável por ampliar a eficácia dos direitos constitucionais.

O que se observa nesse fenômeno é um deslocamento da atenção conferida aos três poderes. Se dentro da concepção de Estado liberal tutelava-se somente as liberdades negativas, com maior enfoque no Legislativo, de modo a justificar a neutralidade do judiciário, no Estado social tutelavam-se as liberdades positivas, exigindo do poder público condutas para efetivação da proteção e prestação de direitos. A ênfase direcionava-se ao Executivo. Por sua vez, no Estado democrático de direito, o foco de tensão volta-se para o judiciário, como sustentam Cambi (2016, 260) e Streck (2014, 47).

Frente a esse deslocamento, é imprescindível redarguir: qual é o limite da interpretação das normas constitucionais? No cenário brasileiro, seria o STF o “pai da sociedade moderna”? (Maus, 2000, 184-97)

Mendonça, citando Binenbojm e Barbosa, problematiza:

Um grupo de juízes não eleitos vai invalidar normas jurídicas formuladas, debatidas e votadas por representantes do povo. Essa invalidade não está sujeita a recurso, nem os controladores são controlados. Lembremos que a base da democracia é a soberania popular, e que

constitucionalismo é limitação de poder – toda limitação pressupõe controle. Assim, temos um curto-circuito democrático: todos podemos nos dar as leis que quisermos, desde que assim permitam os juízes; todos controlamos os governantes, desde que estes governantes, em sentido amplo, não sejam juízes, cujo único controle é a sua consciência. A rigor, a dúvida contra majoritária não apenas levanta a questão de *quem vigia os vigias*, mas também a angustiante indagação de *que fazer quando a vigilância é deficitária*. (Mendonça, 2007, 192)

Ou seja, a dificuldade majoritária concentra-se em justificar como os juízes não conseguem derrubar leis que ferem os princípios constitucionais e democráticos. Mendonça (2007) salienta que “um erro legislativo acerca do que seja uma condição democrática poderá e deverá ser corrigido pelo Supremo Tribunal”, ao passo que um equívoco cometido pela Corte Suprema, além de ferir princípios e leis constitucionais, não comporta revisão e, portanto, não poderá ser corrigido.

Nessa acepção, por intermédio da fiscalização recíproca, o sistema de *checks and balances* foi criado para coibir possíveis arbitrariedades e abusos dos Poderes. O que se tem observado no Brasil é a preponderância das decisões do Poder Judiciário frente aos demais poderes, representando uma violação do princípio constitucional da separação e independência deles, com a brutal diminuição de sua eficácia principiológica.

Para além de um ativismo judicial, hodiernamente observa-se também um movimento significativo por parte de nossa Suprema Corte no que Vieira (2018, 233), inspirado no termo “juristocracia”, denominou “supremocracia” para designar um poder sem precedentes conferido ao STF “para dar a última palavra sobre as decisões tomadas pelos demais poderes em relação a um extenso elenco de temas políticos, econômicos, morais e sociais, inclusive quando essas decisões forem veiculadas por emendas à Constituição”. O autor aponta como possíveis causas da supremocracia a concentração de três funções jurisdicionais em mãos de uma única corte; a ampla discricionariedade decorrente da ausência de uma cultura consolidada de precedentes no país; a dificuldade no estabelecimento de *standards* interpretativos; a indisposição da Suprema Corte em submeter-se somente ao que foi pedido pelas partes; e, ainda, o surgimento do neoconstitucionalismo.

Arguelhes e Ribeiro advertem em *Ministocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro* sobre a fragmentação interna observada no STF.

Ministros individuais, se quiserem, podem moldar resultados na política, especialmente se lhes couber a relatoria do caso. Há pouco que o tribunal pode fazer que, nas condições certas, um ministro individual não possa também conseguir – e, até o momento, parece haver menos ainda que o tribunal coletivo possa fazer quando ministros individuais usurpam da maioria a chance de exercer poder. Se a “supremocracia” tem sido medida em termos de concentração de poder e capacidade de resolver conflitos políticos, é preciso começar a discutir nossa “ministrocracia” nos mesmos termos. (Arguelhes e Ribeiro, 2018, 25-6)

Como solução para o fortalecimento das instituições jurídicas e do sistema representativo, Vieira (2018) enuncia algumas proposições como a redistribuição das competências do Supremo Tribunal Federal para que não atue mais como corte constitucional, tribunal de última instância e foro especializado. Aponta o exercício da colegialidade (decisões que reflitam, de fato, o consenso e sejam fruto de debates e deliberações) pautada em três etapas de deliberação: (1) seleção de casos discutidos em controle difuso para julgamento e, conseqüentemente, maior transparência na construção da agenda; (2) realização de audiências públicas e sustentações orais com presença obrigatória dos ministros e a prolação de um único voto após obtenção de consenso do colegiado; (3) maior empenho por parte dos ministros em implementar uma atuação colegiada, imparcial e comedida.

Quando se pensa no conceito de Estado democrático de direito, é fundamental a noção de separação de poderes engendrada por Montesquieu (1945) no contexto do fim do absolutismo, materializando a desconcentração por meio da divisão do poder central em três funções. Desta forma, Montesquieu as dividiu em: *legislativo*, o poder responsável pela feitura das leis; *executivo*, responsável pela execução das leis e promoção das políticas públicas definidas por lei; e, por fim, *judiciário*, responsável pelo julgamento das leis.

Veja-se que o Poder Judiciário, diferentemente do Poder Legislativo e Executivo, é o único poder desconstituído de representação política. No Legislativo, são eleitos deputados, senadores, vereadores etc.; e no Executivo, presidente, governador e prefeito.

Isto é, o Poder Judiciário é composto apenas por meio da realização de concursos públicos. Portanto, embora seja constituído como parte do poder central, o Judiciário brasileiro não consiste em um espaço de representação, pois seu papel foi delimitado pela Magna Carta como, em certa medida, um papel técnico: decidir se a aplicação de determinada lei está sendo feita de forma adequada e verificando a sua conformidade com a Constituição. Cabe-lhe, portanto, harmonizar o ordenamento jurídico.

De todo o exposto, conclui-se que o ativismo judicial, exacerbado por parte do Poder Judiciário, é pernicioso e nocivo aos princípios democráticos do Estado de direito ante a inexistência de mecanismos aptos a promover a correção de erros cometidos nos seus julgamentos. Neste contexto, quando fala em nome do povo, o Judiciário invalida a própria concepção de democracia e sua função moderadora, que é vital para o avanço do Estado democrático de direito.

Politização do judiciário e judicialização da política

Neste item serão examinados os conceitos de *politização da justiça* e *judicialização da política*. Em que pese serem conceitos conexos e semelhantes, que, por vezes, representam mero jogo de palavras, eles são na realidade duas acepções distintas.

Aieta (2018, 53-4) define a politização do Judiciário como conduta comissiva ou omissiva voltada a influir no processo decisório que pertenceria exclusivamente à arena política. Em outros termos, a politização do Judiciário consistiria no uso pelos magistrados de sua posição funcional para interferir nos atos praticados pelo Executivo e Legislativo. Não obstante, por não submeter suas decisões ao crivo da opinião pública, por estar desvinculado da vontade geral e por não serem os magistrados detentores de mandatos políticos, uma das principais problemáticas que permeiam a politização do Judiciário diz respeito à ilegitimidade das suas decisões. Ao Poder Judiciário compete a promoção e formulação das políticas públicas somente quando inexistentes e em cumprimento das já existentes ou em correção das equivocadas.

Para Aieta (2018, 54), a judicialização da política “ocorre em função do comportamento interno ordinário do Poder Judiciário”, sendo identificada por meio dos procedimentos judiciais geradores de consequências jurídico-políticas.

A Magna Carta, como estatuto jurídico do político, acaba sendo também responsável pela judicialização da política, pois “representada pelos conflitos sociais e pelos direitos fundamentais, historicamente sonegados que passaram a ser temas de direito público” (Cambi, 2016, 279), estabelecendo, entre si, uma relação de complementação.

Neste ínterim, apresenta-se possível postura que poderia, ou deveria, ser adotada face às constantes provocações dessa função, objetivando a solução de conflitos sociais, sem que isso represente, no entanto, um pêndulo aos extremos, quer um apelo a supremacia judicial, quer uma absoluta deferência ao legislativo.

O minimalismo judicial, teoria desenvolvida por Sunstein (1999, 112-3), propõe que “o Poder Judiciário desenvolva suas ‘virtudes passivas’, mantendo-se silente sobre questões controversas sempre que isso seja possível”.

Os minimalistas sustentam que os magistrados devem adotar posturas mais comedidas e pragmáticas, o que, além de simplificar o processo decisório, reduz sobremaneira o “risco de resistências e reações sociais às decisões judiciais – o chamado efeito *backlash*” (Souza Neto e Sarmiento, 2016, 226) –, incentivando e promovendo, por conseguinte, a deliberação e debate público, corolário da democracia (Godoy, 2015, 120).

O tribunal, portanto, estaria adstrito a solucionar casos concretos que, em tese, não abordariam fundamentos abstratos e conceitos abrangentes. Ou seja, almeja-se chegar a um consenso sobre as questões mais simples. Ou, ainda, minimizar os custos na busca pelo acordo. Pautado em aspectos pragmáticos, abrandam-se a possibilidade de erro judicial e outorga aos poderes políticos a tarefa de solucionar questões sociais fundamentais sobre os que não compartilham do entendimento exibido pelo tribunal. Infelizmente, não é esta a postura que se tem observado na Suprema Corte, que, com frequência cada vez maior, tem proferido decisões com amplas teorizações e construções demasiadamente abrangentes.

Procedimentalismo e substancialismo

Dentro do papel reservado à jurisdição constitucional, destacam-se duas teorias do direito, não necessariamente opostas, mas que, em certo ponto, se contrariam e que direcionam a postura do Judiciário brasileiro: a do procedimentalismo e a do substancialismo.

O procedimentalismo analisa o controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário à luz do princípio democrático. Para essa corrente, uma determinada norma constitucional deve ser preservada caso seja elaborada pelo povo e reflita efetivamente a vontade popular. Então, se a norma percorreu uma etapa correta para sua elaboração, foi objeto de debate e análise pelo povo a partir de seus representantes; se na casa legislativa ou nas instituições onde ela deveria ter sido produzida foi amplamente debatida, seguiu o procedimento, foi analisada pelo quórum correto; ou seja, se o cenário para sua elaboração foi adequado e democrático, culminando por ser aprovada e entrando em vigor, essa lei deve ser considerada fruto da vontade popular. E, por ser fruto dessa vontade, não poderia ser retirada do mundo jurídico, já que ao fazê-lo, o Judiciário estaria adotando uma atitude antidemocrática. A corrente procedimental, portanto, funda-se na defesa do procedimento, privilegiando e garantindo a participação política e os processos justos de deliberação. Os adeptos do procedimentalismo enxergam o controle da constitucionalidade como violador das premissas democráticas, pois, ao atribuí-lo a um grupo de magistrados não eleitos popularmente, impõe limites às escolhas feitas pelo corpo político por meio de seus representantes eleitos, em clara ofensa ao princípio democrático. Ocorre que, ao tutelar os direitos fundamentais, acaba-se por enfraquecer a teoria procedimentalista, dado que julgamentos substantivos por parte da jurisdição constitucional são admitidos tanto na delimitação de quais direitos fundamentais seriam garantidores do processo democrático, quanto no julgamento e definição dos valores escolhidos e representados por estes direitos fundamentais. Para Habermas (apud Streck, 2014, 56), caberia aos juízes constitucionais assegurar as condições do *processo democrático de legislação*, já “que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado a tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do Direito” (Streck, 2014, 56).

O contraponto é realizado por outro eixo analítico: o substancialismo, que, diferentemente do procedimentalismo, busca resultados que garantam a proteção dos direitos fundamentais, mesmo que isso importe limitação dos poderes do Executivo e do Legislativo. Para a corrente substancialista, cujo maior expoente foi Dworkin (2002), o Poder Judiciário seria detentor de uma maior

discricionariedade, podendo verificar se determinada norma é ou não inconstitucional para além do mecanismo proposto pela linha procedimental. O juiz iria além, analisando a essência da norma via confronto com os princípios constitucionais – no processo hermenêutico de interpretação das cláusulas abertas da Constituição exige-se uma leitura moral (Dworkin, 2002, 36) –, de modo a justificar a não aplicação de determinada norma. Estando a norma em desarmonia com o ordenamento jurídico e, por conseguinte, contrariando a principiologia constitucional e a essência da Constituição, para a linha substancialista, o Poder Judiciário, ao realizar a análise principiológica, mesmo que fruto da vontade popular, tem por obrigação retirar tal lei do mundo jurídico se estiver em confronto com o texto constitucional.

Em suma, nas aludidas teorias, infere-se que a perspectiva procedimentalista é crítica em relação à invasão da política pelo Direito – o que foi denominado por Habermas (2003) como “gigantismo do Poder Judiciário” e, conseqüentemente, ao ativismo judicial que tem por pressuposto a fundamentação principiológica moral do direito. Portanto, essa teoria veda a atuação ativista do Poder Judiciário. De outro lado, observa-se na linha substancialista a ideia de ser a Constituição responsável por delinear condições e pressupostos fundamentais, outorgando ao Poder Judiciário postura mais proeminente no âmbito das relações entre os poderes estatais, transcendendo as funções estabelecidas pelo instituto do *checks and balances*. Portanto, seus defensores perfilham o chamado ativismo judicial.

Conclui-se, assim, que o controle de constitucionalidade adotado pelo Estado brasileiro é predominantemente substancial na medida em que atribui ao Poder Judiciário a análise do conteúdo e a substância da norma, bem como a discricionariedade de deixar de aplicá-la, ainda que fruto da vontade popular quando contrária à principiologia constitucional. Isto é, o Poder Judiciário não se limita a examinar os aspectos formais de elaboração da lei, mas a sua substância, orientado pela principiologia constitucional. Muito além do que ter certeza se a lei é fruto da vontade popular, deve-se tutelar, proteger e garantir a efetividade das normas constitucionais.

Por outro lado, para o procedimentalismo, é substancial o argumento de que se algo é fruto da vontade popular, como é a lei, não faz sentido que contrarie a Constituição, também fruto da vontade do povo. Em um primeiro momento, por influência da linha

procedimental, se uma lei entra em vigor, presume-se que seja constitucional em homenagem ao princípio da presunção da constitucionalidade das leis.

Da democracia à autocracia judicial: ativismo em matéria eleitoral

Construído esse arcabouço teórico, alcança-se o fim pretendido de analisar algumas das decisões proferidas pela Suprema Corte em controle concentrado, que conferiram novos contornos ao pleito eleitoral. Para tanto, será examinado o conceito de “soberania” e de “democracia” à luz da obra de Robert Dahl (2001), bem como os cinco critérios por ele estabelecidos para identificar um governo como “democrático”, sem deixar de abordar as idiossincrasias do ativismo judicial, a *politização do judiciário* e a *judicialização da política*, o procedimentalismo e o substancialismo.

Por igual, a partir do estudo dos casos da verticalização das coligações partidárias, do instituto da fidelidade partidária, do financiamento da política, será analisado em que medida o Poder Judiciário, nas figuras do STF e do TSE, tem exacerbado sua competência a ponto de conduzir ao seguinte questionamento: Estaria a “democracia de partidos” caminhando para uma “autocracia judicial”?

A questão da verticalização e o efeito backlash

Sabe-se que o processo político eleitoral, desde a sua instauração, orienta-se pela aprovação de lei regulamentadora pelo Congresso Nacional no ano anterior ao da realização das eleições, com disposições que se somarão às de outras diretrizes eleitorais já estabelecidas na Lei dos Partidos Políticos (9.096/1996), na Lei da Eleições (9.504/1997) e nas Resoluções proferidas pelo TSE (algumas delas serão objeto de estudo e análise deste item).

Em 2002, uma consulta realizada pelo TSE originou a Resolução 20.993/2002, que determinou a incidência da verticalização das coligações partidárias nas eleições que ocorreriam naquele ano para os pleitos nacional e estadual. Reagindo à decisão do TSE, os congressistas apresentaram uma proposta de emenda constitucional visando extirpar do mundo jurídico a obrigatoriedade da aplicação do princípio da coerência das coligações partidárias. Os partidos políticos,

por seu turno, ajuizaram ações diretas de inconstitucionalidade e realizaram diversas “consultas” para delinear as nuances da verticalização.

Em reação à Resolução do TSE, responsável por instituir a obrigatoriedade da verticalização das coligações partidárias, duas ADIs (2.626 e 2.628) foram ajuizadas, visando a extirpar a verticalização e declarar inconstitucional o § 1º do artigo 4º da Resolução 20.993 do TSE. Ambas as ações não foram conhecidas¹¹.

Com este entendimento, o STF renunciou o julgamento de uma relevante questão política e social e de estabelecer limites à competência normativa e regulamentar do TSE. Porém, dez anos mais tarde, ao julgar o Recurso Extraordinário (RE) 637.485/RJ, esse posicionamento foi revisto e o STF passou a se pautar pelos princípios da segurança jurídica e da anterioridade eleitoral. O Congresso Nacional reagiu, pois, desde o advento da verticalização, apreciou diversos projetos de lei e de emenda constitucional visando a extirpar do mundo jurídico a exigência da coerência das coligações partidárias. Ao entender pela procedência desta ADI, o STF manteve a verticalização no pleito de 2006, modulando a perda de vigência daquele preceito somente nas eleições seguintes. Embora configurado o *leading case* em razão do fato das emendas violarem o princípio da anualidade eleitoral, não houve pronunciamento sobre a verticalização e, sobretudo, sobre a limitação da função do TSE.

Nas novas consultas realizadas, predominou certa instabilidade na posição do STF, ora mais severa, ora mais flexível, como se deu nas consultas ao TSE 22.244 e 22.248, sobre a aplicação da Resolução 22.242.

Posteriormente, em 2017, com a promulgação da Lei 13.488/2017 (Brasil, 2017) e da Emenda Constitucional 97/2017, ocorreram novas mudanças no processo político-eleitoral, permitindo-se a formação de coligações partidárias para as eleições ocorridas no sistema majoritário e proporcional. Com sua promulgação

1. Ambas as ações não foram conhecidas pela Suprema Corte em razão da adoção do entendimento de impossibilidade de se realizar controle de constitucionalidade daquela Resolução. O argumento que preponderou no julgamento foi de descabimento do controle de constitucionalidade da função normativa e regulamentar da Justiça Eleitoral, pois, segundo entenderam os ministros Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Néri da Silveira, Carlos Velloso e Nelson Jobim, a verticalização não representou outra coisa que não exercício hermenêutico do artigo 6º da Lei Eleitoral.

em 2020, foram vedadas as coligações para as eleições proporcionais e permitidas apenas alianças para o pleito majoritário, sem obrigatoriedade de vinculação aos pleitos federal, estadual e municipal. Por força da nova redação dada aos artigos 17, § 3º da Constituição (Brasil, 1988) e ao artigo 3º da Emenda Constitucional (EC) 97/2017, permitiu-se o acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão. Instituiu-se também a “cláusula de barreira” de modo a regulamentar o acesso aos recursos de Fundo Partidário e ao tempo de propaganda gratuita somente aos partidos que atingissem o patamar mínimo de candidatos eleitos.

As decisões judiciais antes referidas são exemplos de ativismo judicial em razão do chamado efeito *backlash*, como é chamada a reação negativa às decisões judiciais proferidas no âmbito do Poder Judiciário pelo STF e TSE nas matérias submetidas pela sociedade, partidos políticos, Poder Legislativo ou Executivo, com o objetivo de outorgar sentido às normas constitucionais (Kozicki, 2015, 192-4).

Patente a existência de uma profunda instabilidade institucional, pois, ao decidir pela imposição da verticalização, o Judiciário conduziu a uma reação por parte do Congresso Nacional e dos partidos políticos condenando as alterações promovidas nas regras eleitorais, alterando o texto constitucional em sentido contrário ao estabelecido pelo Judiciário.

Em contrariedade à decisão do TSE, o Congresso Nacional promulgou em 8 de março de 2006 a Emenda Constitucional 52, inserindo no § 1º, do artigo 17 da Constituição (Brasil, 1988) a possibilidade de se formarem alianças partidárias, olvidando a então deliberação pela verticalização das coligações partidárias.

Voltando aos ensinamentos de Dahl (2001), as decisões políticas governamentais deveriam ser controladas por funcionários constitucionalmente eleitos pelo corpo político, ou seja, pelo povo, em homenagem ao princípio democrático. Presume-se, portanto, que no caso comentado, houve flagrante desrespeito do Poder Judiciário na deliberação de questão, afetando a competência do Poder Legislativo e dos partidos políticos. É forçoso concluir, desta maneira, que, ao dar nova interpretação à Resolução 20.993/2002 do TSE, a decisão originadora da verticalização das coligações partidárias (Resolução 22.002/2002) investiu-se de força normativa, extrapolando, por conseguinte, as funções meramente consultivas do TSE (artigo 23 do Código Eleitoral).

Fidelidade partidária e moralização da política

Perlustrando o disposto no artigo 17 da Magna Carta (Brasil, 1988), constata-se que aos partidos políticos é assegurada autonomia no que cinge à “criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana”, observando-se o caráter nacional, a proibição de recebimento de recursos financeiros de entidades estrangeiras, a obrigatoriedade de prestação de contas à Justiça Eleitoral e o funcionamento parlamentar, em conformidade com a lei. Cuida-se, portanto, de liberdade partidária assegurada constitucionalmente.

No que tange à autonomia partidária, Clève (1998, 20) sustenta que a referida previsão “imuniza a agremiação da interferência do legislador ordinário, mas não imuniza totalmente a agremiação contra o atuar normativo do legislador, desde que compatível com os parâmetros fixados pela Constituição”. Cabe ao legislador, portanto, estabelecer os parâmetros de atuação dos partidos políticos, orientando, inclusive, a elaboração dos seus estatutos.

Deste modo, por estarem investidos de autonomia, segundo disposto no artigo 17, § 1º da Constituição (Brasil, 1988), os partidos políticos podem organizar, estruturar e determinar de que modo funcionarão, estabelecendo por meio dos seus estatutos disposições sobre a (in)fidelidade e (in)disciplina partidárias, como verdadeiros mecanismos do imprescindível controle de seus parlamentares.

Inicialmente, o STF entendia pela inexistência da fidelidade partidária, desde o julgamento do Mandado de Segurança (MS) 20.927/DF. Posteriormente, em 2007, no julgamento das ADI 1.351 e 1.354 foi discutido a constitucionalidade da cláusula de barreira que instituiu, à luz da disciplina do artigo 13 da Lei dos Partidos Políticos (LPP), exigência para se atingir um percentual mínimo de desempenho nas eleições para que o candidato não tenha restringido seu acesso ao fundo partidário e à participação no horário gratuito.

Entrementes, em 23 de março de 2007, no julgamento do MS 20.927/DF, o TSE decidiu, extrapolando os limites fixados pelo STF, que estava realizando “uma interpretação sistêmica da Constituição, asseverou que a mudança injustificada de partido, no sistema proporcional, importa no direito de a agremiação partidária manter a vaga originária” (Zilio, 2020, 151), estendendo o

mesmo entendimento ao sistema majoritário, conforme o Consulta (CTA) 1.407/DF.

Posteriormente, sucedeu a decisão proferida de CTA/TSE 1.398/DF, que, no sistema proporcional, o mandato é do partido e, por essa razão, a mudança injustificada de legenda, após diplomação, culminaria na extinção do mandato parlamentar.

A Suprema Corte referendou as decisões prolatadas pela Justiça Eleitoral em três importantes Mandados de Segurança, a saber, 26.602/DF (PPS), 26.603/DF (PSDB) e 26.604/DF (Democratas), de relatoria dos ministros Eros Grau, Celso de Mello e Carmen Lúcia, respectivamente (Mendes e Branco, 2017, 795-6).

No primeiro MS (26.602/DF) (Brasil, 2007), decidiu-se pela manutenção das vagas obtidas pelo sistema proporcional com os partidos políticos e coligações, segundo o entendimento de que a permanência do parlamentar no partido que o elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade do próprio mandato, permitindo o exercício do mandato eletivo em caso de mudanças ideológicas ou em razão de perseguições políticas. Avançando no mesmo entendimento anterior, ao julgar o MS 26.603/DF (Brasil, 2008a), a Suprema Corte destacou a relevância da fidelidade partidária como mecanismo apto para garantir a representatividade do poder político, deslocando os partidos para uma posição de destaque e de imprescindibilidade aos processos de poder. Na sequência, quando do julgamento do MS 26.604/DF (Brasil, 2008b), a relatora, ministra Carmen Lúcia, reforçou a importância do papel ideológico das legendas e partidos políticos para a manutenção e fortalecimento do Estado democrático de direito, a necessidade de vinculação entre mandante e mandatário no processo político, visando a evitar eventual ruptura da equação político-jurídica estabelecida. A Suprema Corte também ratificou o entendimento do TSE nos referidos MS, reconhecendo o direito dos partidos e coligações ao mandato, decorrendo na edição da Resolução 22.610/2007, do TSE, para disciplinar o procedimento para perda de cargo eletivo nos casos de infidelidade partidária, estabelecendo os legitimados, prazos e competências. Em que pese a Resolução determinar a incidência do princípio da fidelidade partidária para o pleito majoritário e proporcional, o STF, na ADI 5.081/DF (Brasil, 2015) declarou inconstitucionalidade parcial dos artigos 10 e 13 da Res 22.610/2007, entendendo pelo descabimento da aplicação

do princípio da fidelidade partidária no sistema majoritário, por violar o princípio da soberania popular (Zilio, 2020, 151). Por seu turno, a Corte Especializada editou a Súmula 67, enunciando que: “A perda do mandato em razão da desfiliação partidária não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário” (Brasil, 2016).

Não obstante, com a publicação da Lei 13.165/2015, o artigo 22-A foi acrescentado à Lei 9.096/1995, estabelecendo as seguintes hipóteses configuradoras de justa causa para desfiliação partidária: a) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; b) grave discriminação política pessoal; e c) mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente.

Sobre o tema, pondera Clève:

Ao que parece, ainda que o instituto da fidelidade partidária tenha reafirmado sua relevância para o sistema jurídico, porquanto o Congresso Nacional editou *lei* disciplinando a temática, é possível afirmar que o Legislador optou por estabelecer mecanismos – a exemplo da “janela” – autorizando mais maleabilidade à transmissão partidária. Contudo, vale repisar, a flexibilidade permitida não afasta, em razão dos requisitos a serem preenchidos para fruição dessa prerrogativa, a regra da fidelidade do partido que elegeu determinado parlamentar. Cumpre verificar, agora, o que dirá o Supremo Tribunal Federal, quando e se provocado, a propósito da compatibilidade da “janela” criada pela nova lei com as exigências constitucionais da democracia representativa, particularmente na situação dos mandatos eletivos conquistados pelo sistema proporcional. (Clève e Clève, 2016, 28)

A discussão sobre a fidelidade partidária e a constitucionalidade ou não da regulamentação emitida pelo TSE ratificada em três ocasiões pela Corte Suprema, culminou com a edição da Resolução 22.610/2007. O cerne da questão reside em compreender se a imposição da fidelidade partidária pelo STF pode ser interpretada como atuação judicial excessiva em relação a um dos principais atores do processo democrático, o partido político; ou se houve uma necessária “moralização da política” em fortalecimento de um princípio constitucional.

Diante do exposto, conclui-se que, ao atuarem como verdadeiros legisladores positivos sobre a questão da fidelidade partidária, o Poder Judiciário – nas figuras do TSE e do STF –, atuou com nítido ativismo na esfera constitucional e ordinária, invadindo a competência do Legislativo e, conseqüentemente, violando o sistema de freios e contrapesos insculpido no artigo 2º da Magna Carta. E, por mais que há tempos alterações no processo político-eleitoral sejam ambicionadas, elas só devem ocorrer por meio de processos que respeitem o princípio da harmonia entre os poderes e com ampla participação da sociedade, e não apenas segundo a vontade de agentes estatais. Em outros termos, a eventual omissão por parte do Poder Legislativo não justifica e não autoriza o Poder Judiciário a extrapolar a sua competência, que, segundo delimita a Constituição, se restringe à mera interpretação e aplicação do direito em situações de litígio *inter partes*, sem se investir no papel do legislador. A propósito, assevera Tavares (2012, 9): “percebe-se que algumas decisões da Justiça Constitucional geram insatisfação no espaço político-partidário, na mídia e no Governo, chegando, por vezes, a deflagrar uma situação mais séria de crise institucional”.

Depreende-se, portanto, que a Resolução 26.610/2007, do TSE, regulamentou matéria de grande importância e relevo para a sociedade brasileira em razão de inércia injustificada do Legislativo em instituir uma profunda reforma política e eleitoral; e numa nítida usurpação de poderes constitucionais, culminou por disciplinar matéria atinente ao processo civil eleitoral (estabelecendo ritos para cassação de mandatos, atribuindo competências à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público Eleitoral, fixando prazos, delimitando os legitimados ativos e estabelecendo hipóteses de justa causa para perda de mandato), como outrora observado, tutelado por uma pressão moralizante sobre a política nacional.

O fim do financiamento de campanhas por empresas

Nas democracias modernas, as doações representam o meio mais comum e o ponto de maior polêmica no financiamento da política. Afinal, a depender do contexto em que ocorrem – por exemplo, quando efetuadas por empresas privadas –, acabam por fomentar o jogo de interesses políticos, propiciando um elo com a corrupção, quer pela possibilidade de alguma forma de influência na agenda

política, quer ainda pela eventual troca de favores entre o doador e a legenda agraciada.

O intenso debate que se seguiu sobre a participação das pessoas jurídicas no processo eleitoral alcançou grande destaque a partir do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.560, promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), defendido pela declaração de inconstitucionalidade de normas constantes nas Leis 9.096/95 e 9.504/97 no que cinge ao financiamento de campanhas eleitorais por empresas privadas²². O julgamento da ADI 4.650 pela Corte Suprema é reflexo do atual discurso moralizador da política, intensificado pelo aumento exponencial de escândalos de corrupção política envolvendo os partidos e pagamentos de propina, como os observados durante a Operação Lava Jato.

A referida ação constitucional promoveu, em síntese, intenso debate hermenêutico de princípios constitucionais, como o democrático, republicano e de igualdade, tendo em vista que a Constituição de 1988 não trata em seu texto sobre essa temática. Ou seja, não prevê o financiamento específico das campanhas e, nesta senda, a decisão de vedar a participação de empresas no financiamento da política não parece ser a mais acertada para o fim a que se destina: coibir o abuso e a interferência do poder econômico no processo democrático de representatividade popular. Santano (2016, 73) corrobora com esse posicionamento quando afirma que “diante de problemas muito complexos, como costumam ser os vinculados ao financiamento irregular de partidos e à corrupção, vezes se ergam na direção de uma solução geralmente simplista e pouco reflexiva”, conduzindo a indicação de culpados. E, no caso comentado acima, a autora completa afirmando que as doações advindas “desde as pessoas jurídicas estão sendo sinalizadas como

2. O Conselho Federal da OAB questionou na referida ação direta de inconstitucionalidade as Leis 9.096/95 e 9.504/97, defendendo a evidente vinculação entre o sucesso das eleições à realização de boas campanhas, e, por esta razão, a necessidade de expressivo investimento econômico que seria responsável por colocar em xeque a própria democracia. Sustentou ainda que a “excessiva infiltração do poder político nas eleições” conduz à desigualdade política, afastamento de pessoas detentoras de recursos não tão expressivos e excessiva vinculação entre doadores e destinatários, com favorecimento de empresas em contratos e licitações, acentuando sobremaneira a corrupção após o pleito (Brasil, 2015).

uma das principais “culpadas” pela corrupção política em muitos sistemas democráticos”.

Após o julgamento da ADI 4.650 e aprovação da Lei 13.165/2015, proibiu-se doações lícitas de pessoas jurídicas e passíveis de fiscalização sem se preocupar em estabelecer meios para inibir as doações ilícitas e não declaradas. Ou seja, tolheu-se por absoluto toda e qualquer participação de empresas, mesmo as sem fins lucrativos, o que destoava do contexto democrático hodierno. Defende-se aqui, em que pese a necessária reforma política, que a proibição não foi a mais eficaz para a implementação do regime realmente democrático.

A Magna Carta (Brasil, 1988), apesar de não optar por um modelo determinado de financiamento dos pleitos eleitorais, vedou expressamente no artigo 14, §§ 9º e 10º a influência do poder econômico, como algo a ser protegido quando da fixação das hipóteses de inelegibilidades. Deste modo, a Lei 9.504 ao autorizar em seu artigo 23, a doação por empresas para financiamento das campanhas eleitorais estaria confrontando o texto constitucional.

Poderia se sustentar também a violação aos princípios da igualdade, da democracia e do republicanismo insculpidos no *caput* dos artigos 1º, 5º e 14º da Constituição Federal (Brasil, 1988). Neste viés, conclui-se que a decisão comentada representa claro ativismo substancial, na medida em que parte do processo hermenêutico de interpretação das cláusulas abertas da Constituição – os princípios democrático, republicano e de igualdade – e que, à guisa de se estar concretizando direitos fundamentais, na verdade acaba por se substituir ao Poder Legislativo, quem deveria estar incumbido a tarefa de disciplinar a matéria.

Perlustrando o exposto, parece não ser aconselhável promover a reforma do sistema eleitoral via decisões judiciais, posto que elas acabam por gerar instabilidade e profunda insegurança jurídica. Mas, pelo contrário, a qualidade dos debates travados no Parlamento, em suas comissões e audiências públicas, além de representar evidente usurpação de competência constitucionalmente centralizada na figura do Poder Legislativo em muito extrapola os limites constitucionais, uma vez que seu texto nada estabelece sobre a possibilidade ou não de doações por empresas privadas, limitando-se a vedar, como dito anteriormente, a influência do poder econômico sobre os pleitos, segundo os termos do artigo 14, § 9 (Brasil, 1988).

Autocracia judicial?

Os casos anteriormente estudados permitem concluir que o preceito de que só cabe à lei instituir os direitos e os deveres, conforme o artigo 5º, II da Constituição Federal (Brasil, 1988), é, por vezes, afastado com maior ênfase na seara eleitoral. Ademais, o Poder Judiciário, nas figuras do TSE e do STF, tem decidido *contra legem et constitutionem*, desafiando o espírito da norma idealizada pelo legislador constitucional ao esculpir na atual Carta Magna (Ferreira, 2020, 301).

Ao decidir matérias sensíveis por toda a coletividade, a Justiça Eleitoral possibilita inseguranças jurídicas que, pela sua importância, acabam sendo revistas pela Corte Suprema, já que promovem alterações na aplicação da legislação eleitoral, por vezes às vésperas do pleito, modificando significativamente as regras do jogo democrático.

A Justiça Eleitoral exerce, cumulativamente, funções *administrativas, judicantes* (Zilio, 2020, 65), *regulamentares* e *consultivas*. O fato é que essa função regulamentar, de natureza “quase legislativa”, carrega em si algum grau de usurpação de competência, máxime quando, ao invés de limitar-se a regulamentar e explicitar os conteúdos da legislação eleitoral, acaba por alterar as regras do jogo democrático, causando intensa insegurança jurídica, além do fato de não estar submetida ao controle de constitucionalidade, pois em caso de extrapolação dos limites previstos no artigo 105 da Lei das Eleições, se estaria diante de uma hipótese de ilegalidade, e não de constitucionalidade.

Como consequência, depreende-se que a excessiva proatividade da Justiça Eleitoral acaba por influir e alterar significativamente o jogo democrático, segundo Ferreira, citando Marchetti, conferindo tanta força e blindagem a Corte Eleitoral que a esta foi outorgada a possibilidade de “reformular as regras do jogo competitivo, afetar as preferências partidárias e interferir nas estratégias competitivas mesmo por meio de um instrumento jurídico bastante precário: as consultas” (Marchetti, 2011, 161-178).

Nesta senda, a noção de separação de poderes engendrada por Montesquieu (1945) visava a materialização da desconcentração por meio da divisão do poder central em três funções. O Legislativo seria o poder responsável pela feitura das leis; o Executivo, responsável pela execução destas leis e a promoção das políticas públicas

nelas definidas; e, por fim, o Judiciário, seria o responsável pelo julgamento das leis. Neste modelo, o Judiciário, diferentemente dos poderes Legislativo e Executivo, é o único não constituído por representação política. No Legislativo, são eleitos deputados, senadores e vereadores e, no Executivo, presidente, governadores e prefeitos. Já o Poder Judiciário é composto por membros escolhidos por meio de concursos públicos. Portanto, a interdependência criada entre as três funções presta-se a limitação e fiscalização mútua – o chamado sistema de *checks and balances* –, responsável por afastar o abuso do poder sem freios e, conseqüentemente, evitar a tirania.

O ativismo judicial em matéria eleitoral se mostra ainda mais preocupante, em razão de sua conotação de interferência indevida na formação da vontade estatal, com repercussão direta na política. Um exemplo desta intromissão é o controle de constitucionalidade do financiamento da política examinado acima, quando se decidiu pela inconstitucionalidade do financiamento das campanhas por pessoas jurídicas. Além de repercutir diretamente nos contornos políticos do país, o ativismo judiciário representa um desequilíbrio do poder político ainda mais nocivo do que a interferência na vida comum.

A Justiça Eleitoral, segundo vem demonstrando a história, transvestiu-se de poder moderador ocultando sua veia autocrática e atuando, no mais das vezes, com protagonismo exacerbado e quase nenhuma neutralidade, ao argumento de mediadora e moderadora do processo eleitoral; culminando por discipliná-lo de modo anômalo e não raro, por razões escusas.

Nessa conjuntura, o Poder Judiciário acaba por deixar de exercer as suas funções constitucionais para exercer atividade legislativa, rompendo a autonomia até então existente entre o direito e a política, pautado na interpretação principiológica da “vontade única do sentimento de justiça, moralidade, republicano ou qualquer outro valor do juiz constitucional” (Ferreira, 2020, 349).

Os julgados analisados evidenciam o protagonismo perpetrado pelo Poder Judiciário sem que isso representasse defesa ou efetivação dos direitos políticos. De modo contrário, originou pura e tão somente a uma anômala substituição dos postulados delineados na Constituição Federal pela vontade dos magistrados.

O Judiciário Eleitoral, na figura do TSE, além de proferir decisões ativistas, tornou-se ator central no processo eleitoral ao estabelecer quais serão os candidatos passíveis de votação e, dentre os

escolhidos, quais deles efetivamente exercerão os mandatos para os quais foram eleitos, pois lhe compete também o julgamento das ações de impugnação de mandatos e registros. Tamanha atuação proativa no âmbito eleitoral informa uma profunda desconfiança por parte do Judiciário nas leis e na política. Na prática, essa interferência excessiva acaba promovendo verdadeira crise de representatividade que, ao invés de ser sanada no *locus* adequado – o Parlamento e com a participação dos cidadãos –, se realiza “por força autocrática da judicatura” (Ferreira, 2020, 354-5).

À vista disso, depreende-se que o modelo autocrático de judicatura não possui poder popular e que as decisões políticas de maior relevância para o corpo coletivo deixam de ser formadas, partindo de um compromisso de conflito de interesses para ser estabelecido “nos gabinetes e sob as togas ilustradas dos tribunais, ao argumento da distância salutar da política para salvar a democracia da *manipulação* e *parcialidade* dos órgãos eleitos, egoístas destinatários das leis por si elaboradas” (Ferreira, 2020, 356). Dentro deste cenário, exclui-se o povo do processo de formação das leis e se anula, verdadeiramente, o cerne de um Estado democrático de direito, assim como a soberania popular.

Em conclusão, essa inserção do Poder Judiciário no jogo político culmina por mitigar a qualidade das decisões judiciais, que, ao invés da construção de uma jurisprudência sólida, inequívoca em conformidade com o texto constitucional, passa a se ocupar de conjunções políticas e da abrangência de cada decisão na nova função representativa.

Considerações finais

Da análise das condutas que vêm sendo adotadas pelas Cortes Superiores, principalmente o STF e o TSE, e das referidas decisões – verticalização das coligações partidárias, do instituto da fidelidade partidária, do financiamento da política –, constata-se que o Judiciário, no mais das vezes, vem exacerbando suas competências, ainda que sob o manto da defesa e concretização dos direitos políticos, conferindo em realidade novos contornos ao pleito eleitoral, culminando por modificar o processo democrático de representatividade popular, desrespeitando vários preceitos constitucionalmente previstos.

Tendo por escopo as premissas que alicerçam o Estado democrático de direito, a soberania popular enquanto fonte legítima de todo poder e meio de limitação para a atuação do Estado e a própria concepção de democracia desenvolvida por Dahl (2001), é possível tecer algumas considerações acerca dos temas tratados no presente artigo.

No primeiro caso estudado, constatou-se que, em verdade, não existia qualquer disciplina no texto constitucional regulamentando a verticalização, tema tão vital para o sistema eleitoral. No que toca ao tema da verticalização das coligações partidárias, verifica-se a existência de uma profunda instabilidade institucional, posto que o Judiciário, ao decidir pela imposição da verticalização, conduziu à uma reação por parte do Congresso Nacional e dos partidos políticos, que condenaram as alterações promovidas nas regras eleitorais e atuaram no sentido de alterar o texto constitucional em sentido contrário ao estabelecido pelo Judiciário, com a promulgação da EC 52, inserindo no § 1º, artigo 17, a possibilidade de se formarem alianças partidárias, olvidando a então deliberação pela verticalização das coligações partidárias.

No segundo caso, o STF, ao decidir três Mandados de Segurança – 26.602/DF (PPS), 26.603/DF (PSDB) e 26.604/DF (Democratas) –, instituiu o modelo de fidelidade partidária constante da EC 1/1969, outorgando ao TSE competência para tratar da matéria. Com referidas decisões, o Supremo redesenhou o Parlamento e exorbitou de sua competência ao tratar de matéria destinada ao processo legislativo, visando a moralizar a política. Dito de outro modo, essa atuação, por óbvio, caracterizou excessiva atuação judicial em relação a um dos principais atores do processo democrático, o partido político, obliterando o modelo constitucionalmente delineado para criação do direito.

Ressalta-se, à luz da teoria democrática desenvolvida por Dahl (2001), o *locus* adequado para deliberação e decisão deve se dar por meio da ação dos funcionários constitucionalmente eleitos pelo povo, isto é, pelo Poder Legislativo, e não pelo Poder Judiciário, sob pena de se ofender a um dos princípios mais caros ao Estado democrático: a separação de poderes.

Depreende-se, portanto, que a Resolução 26.610/2007, do TSE, regulamentou matéria de grande importância e relevo para a sociedade brasileira em razão de inércia injustificada do Legislativo em instituir uma profunda reforma política e eleitoral e numa nítida usurpação de poderes constitucionais, culminou por disciplinar

matéria atinente ao processo civil eleitoral (estabelecendo ritos para cassação de mandatos; atribuindo competências à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público Eleitoral; fixando prazos; delimitando os legitimados ativos e estabelecendo hipóteses de justa causa para perda de mandato), como outrora observado, tutelado por uma pressão moralizante sobre a política nacional.

Por fim, foi examinado o fim do financiamento de campanhas por pessoas jurídicas. Num primeiro momento, destacou-se a inexistência no texto constitucional de um modelo de financiamento da política, que se limitava a vedar a influência do poder econômico, pura e simplesmente. Num segundo momento, abordou-se o contexto político em que se deu a decisão proibitiva da participação das pessoas jurídicas. O STF, pressionado a responder aos crescentes escândalos de corrupção no chamado mensalão e, posteriormente, com a Operação Lava Jato, ocasiões em que restou devidamente comprovada a influência por parte das empresas que patrocinavam campanhas no êxito ao concorrer em processos licitatórios, viu-se a Corte Suprema, “obrigada” a disciplinar a matéria em busca de uma maior moralização da política.

Sobre as pressões moralizadoras, por intermédio de decisão simplista e ineficaz (a história não permite concluir de modo diverso), o STF atuou em desfavor dos direitos políticos, suprimindo uma das fontes de custeio comumente utilizada da política, que, diga-se de passagem, foi legitimamente escolhida pelo Parlamento quando da realização de CPI, durante o governo Collor.

Concluiu-se que a Justiça Eleitoral, segundo vem demonstrando a história, fez de si mesma poder moderador, ocultando sua veia autocrática e atuando, no mais das vezes, com protagonismo exacerbado e quase nenhuma neutralidade como mediadora do processo eleitoral, culminando por discipliná-lo de modo anômalo e, não raro, por razões escusas.

Neste viés, o Poder Judiciário acaba por deixar de exercer as suas funções constitucionais para exercer atividade legislativa, rompendo a autonomia até então existente entre o direito e a política, pautado na interpretação principiológica da “vontade única do sentimento de justiça, moralidade, republicano ou qualquer outro valor do juiz constitucional” (Ferreira, 2019, 274). Portanto, não cabe à Justiça Eleitoral atuar da forma como vem atuando. Não lhe cabe realizar o controle da soberania popular, pois, o abuso de sua

função judicante, fere a norma fundamental e, ao abusar de suas premissas institucionais, atua em caráter autocrático.

Lamentavelmente, nessa conjuntura, os tribunais transformam-se em parlamentos; seus juízes, em candidatos; e o conjunto de decisões, uma Babel sem meada, numa fragmentação débil, frágil e caprichosa, de acordo com as circunstâncias políticas que levam em consideração “pedidos de vista”, julgamentos de acordo com o colegiado “do dia” e uma manipulação grosseira da pauta de julgamentos (Ferreira, 2020, 357).

Referências

- AIETA, V. S. (2018). *Criminalização da política: a falácia da “judicialização da política” como instrumento democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. (2018). Ministocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos Cebrap*, vol. 37, n. 1, p. 13-32.
- BRASIL. (2017). *Lei 13.488, de 6 de outubro de 2017*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13488.htm. Acesso em: 31 jan. 2021.
- _____. **Constituição Federal. (1988).** *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal.
- _____. **Supremo Tribunal Federal. (1993).** *Ação Direta de Inconstitucionalidade 839/DF, Rel. Min. Néri da Silveira*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=392110>. Acesso em: 24 nov. 2020.
- _____. **Supremo Tribunal Federal. (2015).** *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650/DF, Rel. Min. Luiz Fux*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em: 06 fev. 2021.
- _____. **Supremo Tribunal Federal. (2007).** *Mandado de Segurança 26.602, Rel. Min. Eros Roberto Grau, Tribunal Pleno, julgado em 4 de outubro de 2007*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>. Acesso em: 5 fev. 2021.
- _____. **Supremo Tribunal Federal. (2008a).** *Mandado de Segurança 26.603, de 19 de dezembro de 2008, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 19 de dezembro de 2008*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms26603CM.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2021.
- _____. **Supremo Tribunal Federal. (2008b).** *Mandado de Segurança 26.604, Rel. Min. Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 4 de outubro de 2008*. Disponível em:

- <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14726999/mandado-de-seguranca-ms-26604-df>. Acesso em: 5 fev. 2021.
- _____. **Supremo Tribunal Federal.** (2015). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.081/DF. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe de 19 de agosto de 2015.* Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&-docID=9175293>. Acesso em: 5 fev. 2021.
- _____. **Tribunal Superior Eleitoral.** (2016). *Súmula 67.* Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-tse-no-67>. Acesso em: 5 fev. 2021.
- CAMBI, E. (2016). *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.* São Paulo: Almedina.
- CLÈVE, C. M. (1998). *Fidelidade partidária e impeachment: estudo de caso.* Curitiba: Juruá.
- CLÈVE, C. M.; CLÈVE, A. C. de C. (2016). A evolução da fidelidade partidária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *Direito Eleitoral contemporâneo: 70 anos da redemocratização pós-ditadura Vargas e da reinstalação da Justiça Eleitoral.* [S. l.]: Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (TRP-PR). p. 15-29.
- DAHL, R. A. (2001). *Sobre a democracia.* Brasília, DF: Editora UnB.
- DORST, D. Z. *et al.* (2015). A postura proativa do Poder Judiciário: ativismo judicial. *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília*, vol. 9. n. 2, p. 49-78.
- DWORKIN, R. (1999). *O império do direito.* São Paulo: Martins Fortes.
- DWORKIN, R. (2002) *Levando os direitos a sério.* São Paulo: Martins Fontes.
- FERREIRA, M. R. P. (2019). *Da democracia de partidos à autocracia judicial: o caso brasileiro no divã.* (Tese de doutorado), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC.
- FERREIRA, M. R. P. (2020). *Da democracia de partidos à autocracia judicial: o caso brasileiro no divã.* Florianópolis: Habitus.
- GODOY, M. G. de. (2015) *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais.* (Tese de doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR.
- HABERMAS, J. (2003). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- KOZICKI, K. (2015). *Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF no 153.* In: SOUZA JÚNIOR, J. G. de *et al.* (orgs.). *O direito achado na rua, v. 7: introdução crítica à justiça de transição na América Latina.* Brasília, DF: UnB. p. 192-6.
- MAUS, I. (2000). Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos*, n. 58, p. 183-202.

- MARCHETTI, V.** (2011) O “Supremo Tribunal Eleitoral”: a relação entre STF e TSE na governança eleitoral brasileira. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 161-178, out./dez.
- MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G.** (2017). *Curso de Direito Constitucional*. 12.ed. São Paulo: Saraiva.
- MENDONÇA, J. V. S. de.** (2007). Ulisses e o superego: novas críticas à legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, vol. 62, p. 190-221.
- MONTESQUIEU, C. de.** (1945). *Do espírito das leis*. São Paulo: Cultura.
- ROSSEAU, J.-J.** (1999). *Do contrato social*. São Paulo: Martins Fontes.
- SANTANO, A. C.** (2016). *O financiamento da política: teoria geral e experiências do direito comparado*. Curitiba: Íthala.
- SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D.** (2016). *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum.
- STRECK, L. L.** (2014). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- SUNSTEIN, C. R.** (1999). *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press.
- TAVARES, A. R.** (2012). *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva.
- VIEIRA, O. V.** (2018). *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia de Letras.
- ZILIO, R. L.** (2020). *Direito Eleitoral*. 7. ed. Salvador: JusPodivm.