

ATIVISMO JUDICIAL E O PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NAS CORREÇÕES DE ROTA DA CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

LAW ACTIVISM AND THE ROLE OF CONSTITUTIONAL COURTS
ON PATH CORRECTIONS OF REPRESENTATIVE
DEMOCRACY CRISIS

Emerson Ademir Borges de Oliveira¹

Sumario

1. Introdução. 2. As cláusulas de barreira e a representatividade da minoria. 3. A verticalização das coligações partidárias. 4. Fidelidade partidária. 5. O financiamento dos partidos políticos. 6. Inelegibilidade por vida pregressa. 7. Captação de sufrágio. 8. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. The barrier clauses and minority representativeness. 3. The verticalisation of cross-party groupings. 4. Party loyalty. 5. The financing of political parties. 6. Non eligible because of previous life. 7. Suffrage acquisition. 8. Final remarks. References

Resumo

É tema recorrente a discussão acerca de uma certa crise da democracia representativa. Parte da doutrina pátria, de maneira crítica, tem insistido que o modelo atual de democracia, diante de nosso sistema representativo, tem afastado as pretensões populares do exercício do poder. Partindo de três pressupostos, a questão da proporcionalidade parlamentar, o distanciamento entre o representante e a ideologia partidária e a presença constante dos grupos de pressão no cenário político, nossa proposta é buscar na jurisprudência, sobretudo, do Supremo Tribunal Federal o papel exercido pela Corte nas correções de rota dos desvios da democracia representativa. Para tanto, apresentam-se seis temas discutidos pelo STF e que, ao cabo, dão tratamento aos três pressupostos lançados: as cláusulas de barreira, a verticalização das eleições proporcionais, a fidelidade partidária, o financiamento dos partidos políticos, a inelegibilidade por vida pregressa e a captação de sufrágio. Paralelamente à exposição jurisprudencial, inclusive comparada, e doutrinária, apresentamos, em cada item, nosso posicionamento no sentido de saídas e técnicas mais viáveis para a discussão do realinhamento demo-

¹ Advogado da PETROBRÁS. Aluno especial do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo.

crático. Em meio a tais discussões, crescente se torna, ainda, a necessidade de uma reforma política, com matizes bem delineados e afinados com os citados princípios constitucionais atinentes ao exercício da democracia. Palavras-chave: Ativismo judicial. Cortes constitucionais. Sistema proporcional. Crise da representatividade. Cláusula de barreira.

Abstract

The topic concerning the crisis of representative democracy is a recurrent theme. Part of the Brazilian doctrine has been critically insisting that the current model of democracy, in our representative system, has pushed away the popular claims from the exercise of power. Based on three premises, the issue of a proportionality parliamentary system, the distance between the representative and the political party ideology and the constant presence of lobbyist in the political scene, our purpose is to search in the jurisprudence, especially in the Brazilian Supreme Court, the role played by this Court in correcting the issues that surround the representative democracy. In order to do so, the present study presents six topics discussed by Supreme Court that, finally, give treatment to the three assumptions mentioned: the barrier clauses, the verticalisation of proportional elections, the party loyalty, the financing of political parties, the ineligibility based on previous actions and the uptake of suffrage. At the same time to the exposition of doctrine and jurisprudence, including the foreign, we present in each item our position in order to find more viable solutions and techniques for the democratic realignment discussion. By analyzing these discussions, the necessity of a political reform with well-delineated concepts and connected with the constitutional principles relating the exercise of democracy become even clearer. Key words: Law activism. Constitutional courts. Pro rata system. Representation crisis. Barrier clause.

1 Introdução

Considerados alguns elementos como tradutores de algumas das formas que conduzem, dentro de nossa concepção, à ideia de uma crise da democracia representativa, cumpre buscar uma resposta para esses sintomas, na medida em que as Cortes Constitucionais são destinadas à manutenção de um sistema democrático representativo, que, longe de ideal, mais parece se afinar com o próprio conceito de Estado de Direito.

Valemo-nos, aqui, dentre outros sintomas, de essencialmente três fatores que nos parecem delinear, de maneira mais clara, a crise da representatividade: a) a questão da proporcionalidade parlamentar; b) o distanciamento entre o representante e a ideologia partidária; c) a presença constante dos grupos de pressão no cenário político.

Esclarece-se que não nos cabe, por ora, explorar conceitualmente esses sintomas, mas apresentar de que maneira a jurisprudência tem se voltado para tratar de temas que lhe dizem respeito.

A proposta de um ativismo judicial, para muitos reveladora de um desvio das funções do Estado², longe de uma concepção invasiva do Judiciário, revela-se tentadora não no sentido de efetivação de normas programáticas de cunho social, mas de proteção da temática eleitoral da Constituição Federal com base nos direitos fundamentais que trabalham com a representatividade e com o exercício de função política (artigos 1º, I, II, III, V e parágrafo único; 2º; 5º, LXX, “b”, LXXIII; 16; 17; 37).

Isto é, objetiva-se responder ao questionamento acerca da forma como o Judiciário pode contribuir para uma tentativa de reconstrução contemporânea de um sistema representativo em crise, com base nas próprias disposições constitucionais, sobretudo diante de uma proibição de retrocesso visualizada na democracia (*effèt cliquet*, para a doutrina francesa, ou “proibição de contrarrevolução social” ou, ainda, “proibição da evolução reaccionária”³), até porque, em última análise, o oferecimento de condições condignas para o desenvolvimento de uma democracia representativa deságua na evolução do Estado Social.

Vale dizer, a atividade judiciária, nesse ponto, conduz a uma ideia de efetivação da própria democracia, amparada em princípios tais como a impessoalidade e a moralidade, que, ao serem deixados de lado, traduzem-se na crise do próprio sistema representativo.

Auxiliam-nos, ainda, o princípio da continuidade do Estado e o princípio federativo. Inegável, outrossim, o apoio em Karl Larenz, para quem a ética jurídica, que se expressa na boa-fé, conduz a um princípio de confiança entre governantes e governados⁴. Tal concepção, esclareça-se, não refoge ao âmbito de incidência do que Hegel aclama por “Estado ético”⁵.

Embora açodadas as informações, é possível, fora de qualquer tecnicismo, esclarecer que o grande propósito é buscar nas Constituições contemporâneas fundamentos ideológicos positivados que conferem a possibilidade de as Cortes Constitucionais defenderem a representatividade enquanto uma forma de fazer valer a própria democracia.

Com esse intuito, buscamos, na jurisprudência pátria e estrangeira, clássicos exemplos de manuseio dos princípios democráticos voltados para a finalidade de corrigir a rota da representatividade.

2 Ver RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*.

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. p. 468.

4 Ver: LARENZ, Karl. *Derecho justo*.

5 “L’Etat est la réalité effective de l’Idée éthique”. HEGEL, Georg. *Principes de la philosophie du droit ou droit naturel et science de l’État en abrégé*. p.258. No vernáculo: “O Estado é a realidade efetiva da ideia ética”.

2 As cláusulas de barreira e a representatividade da minoria

Sob a ideia da construção de um “quadro de governabilidade”, o Direito Alemão instituiu uma cláusula de barreira segundo a qual, no sistema proporcional, afasta-se da distribuição de assentos parlamentares a agremiação partidária que não tenha atingido 5% dos votos ou pelo menos três mandatos diretos. Não se atingindo patamares mínimos, despreza-se a votação partidária.

No entanto, esse sistema de distribuição apresentado pelo Direito Alemão, em momento algum, exclui a “igualdade de oportunidades” ou a “igualdade de chances” (*Chancengleichheit*)⁶.

Diferentemente, diante da pretensão de se estabelecer um limite mais elevado para a realização do financiamento público das campanhas, declarou a Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) que essa cláusula em específico violaria a igualdade de chances, na medida em que impossibilitaria ao partido o acesso aos canais televisivos e ao financiamento público.

Em verdade, a construção da Corte Constitucional alemã partiu da premissa de que a liberdade partidária e o postulado geral de isonomia conduzem a um “autêntico *direito fundamental* dos partidos”, esclarecido como direito de igualdade de chances⁷.

Não que se negue que o acesso deva ser proporcional à representatividade do Partido (cláusula de diferenciação - *Differenzierungsklausel*), mas o fato é que sem um mínimo razoável de instrumentos à disposição (adequada e eficaz propaganda – *angemessene und wirksame Wahlpropaganda*), compromete-se a própria existência partidária.

Em face, por exemplo, do §18 da Lei dos Partidos, a Corte declarou inconstitucional disposição que asseverava fazer jus ao reembolso de despesas eleitorais apenas os partidos que obtivessem, no mínimo, 2,5% dos votos válidos. Entendeu-se que, para tanto, devem ser contempladas todas as agremiações participantes do pleito. Diante disso, fixou-se novo parâmetro de 0,5%, agora razoável significativo de representatividade.⁸

A realidade brasileira, no entanto, mostrou-se perversa no tocante à criação de uma cláusula de barreira. Se, de um lado, é evidente que o desregramento pode conduzir a abusos ou à criação de verdadeiros partidos de aluguel, por outra via, mostra-se ofensiva à democracia representativa a anulação de partidos minoritários sob a pretensa alegação de que é necessário um mínimo de representatividade para que se ofertem armas para a disputa eleitoral.

6 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p.749.

7 Idem, p.783.

8 BVerfGE, 24, 300.

Há de se lembrar, ainda, em Carl Schmitt, que o posicionamento dos partidos dominantes, gozando do exercício do poder, pode verter a própria lógica partidária, transformando-a no próprio Estado. Essa “mais-valia política” conduziria ao esmagamento progressivo das minorias⁹. Nas palavras do mestre de Plettenberg, “quem domina 51% pode tornar ilegal, legalmente, os 49% restantes”.¹⁰

A grande problemática em relação ao que se alcunhou “cláusula de barreira à brasileira”¹¹, diz respeito ao rompimento justamente da igualdade de chances aos partidos políticos.

Os dispositivos modificados da Lei 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) visavam condicionar o funcionamento parlamentar ao desempenho eleitoral, conferindo-se proporções diferenciadas no Fundo Partidário e no direito de antena, de acordo com o alcance de patamares de desempenho estabelecidos em lei.

Entendeu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs 1.351 e 1.354, que os dispositivos violavam o pluralismo político, a autonomia partidária, a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e a representação das minorias nas Mesas e Comissões permanentes da Câmara e do Senado.

De acordo com os dispositivos impugnados, partidos que não ultrapassassem a cláusula de barreira receberiam, conjuntamente, apenas 1% do Fundo Partidário, ao passo que os 99% restante seriam direcionados aos demais partidos. Quanto ao direito de antena, os partidos que não atingissem o patamar mínimo teriam direito a apenas um programa em cadeia nacional, por semestre, com duração de dois minutos, ao passo que os demais teriam direito a um programa em cadeia nacional e um em cadeia estadual, por semestre, com duração de vinte minutos, além de um tempo total de quarenta minutos, por semestre, para pequenas inserções de trinta segundos ou um minuto em redes nacional e estadual.

Além disso, consignou-se que para funcionamento parlamentar, em todas Casas Legislativas, exigir-se-ia que o Partido tivesse eleito para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 5% dos votos válidos, distribuídos em, pelo menos, 1/3 dos Estados, com o mínimo de 2% do total de cada um deles.¹²

Fica evidente, pela breve análise, a discrepância gerada pela Lei dos Partidos Políticos com a inserção da cláusula de barreira à brasileira, colocando em risco o próprio funcionamento parlamentar. Mais do que isso: tal disparidade tornaria praticamente nula a propaganda partidária e o acesso ao Fundo, o que,

9 SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. p. 49.

10 Idem, p. 46.

11 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p.751.

12 Artigo 13 da Lei dos Partidos Políticos.

se não eliminasse, reduziria drasticamente a igualdade de oportunidade. Mendes, Branco e Mártires afirmam que, nessa linha, condenar-se-iam as “agremiações minoritárias a uma morte lenta e segura, ao lhes retirar as condições mínimas para concorrer no prélio eleitoral subsequente em regime de igualdade com as demais agremiações”.¹³

Um estudo colacionado pelo Ministro Marco Aurélio, relator das ADIs, demonstrou que, com a cláusula, a grande maioria dos partidos nacionais ficariam sem funcionamento parlamentar e com escassos recursos.

O mesmo Ministro asseverou que “sob o ângulo da razoabilidade, distancia-se do instituto do diploma legal que, apesar da liberdade de criação de partidos políticos prevista na Constituição Federal, admite a existência respectiva e, em passo seguinte, inviabiliza o crescimento em termos de representação”.

E continua: “Ainda no tocante à razoabilidade, mostra-se imprópria a existência de partidos políticos com deputados eleitos e sem o desempenho parlamentar cabível, cumprindo ter presente que, a persistirem partidos e parlamentares a ele integrados, haverá, em termos de funcionamento parlamentar, o esvaziamento da atuação das minorias”.¹⁴

Na ADI 1.354, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou que se trata de uma “restrição absoluta ao próprio funcionamento parlamentar do partido”, ultrapassando os limites de uma simples “mitigação”. Para o constitucionalista, o legislador não deixou nenhum espaço para a atuação partidária, vedando, *in totum*, o funcionamento parlamentar e violando o princípio da proporcionalidade. Classificou a tentativa como “um sacrifício radical das minorias”.

O fato é que, como ressaltado pelo Ministro Gilmar Mendes, os partidos políticos são essenciais na formação da vontade política, mediando-a entre o povo e o Estado, buscando “organizar as decisões do Estado consoante as exigências e as opiniões da sociedade”¹⁵, o que, em último grau, denota nítido extrato da representatividade.

E não há como tratar da representatividade democrática se ela não for atrelada às minorias, por pequenas que elas sejam. É que o sentido democrático somente se mostra enquanto tal se respeitar, ainda que discordando, as pretensões dispersas de poucas e baixas vozes.¹⁶

13 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, Op. cit., p.750.

14 ADI 1.351 – Voto do Relator Ministro Marco Aurélio.

15 ADI 1.354 – Relator Ministro Marco Aurélio. Voto do Min. Gilmar Mendes.

16 “Não precisa grande esforço intelectual por advertir que o fundamento político-filosófico do sistema representativo radica na necessidade de atribuição de espaço de expressão política e atuação indireta às correntes ideológicas dos mais diversos matizes, cujas posturas são agrupadas e sintetizadas nos programas dos partidos políticos” – Consulta TSE 1.398 – Voto do Min. César Peluso.

O Ministro Ricardo Lewandowski ressalta que a atabalhoada alteração pode levar ao privilégio dos partidos maiores, em detrimento dos “partidos menores e ideológicos”¹⁷. É que, como bem temos assistido na realidade partidária brasileira pós-Constituição de 1988, a ideologia partidária mostra-se inversamente proporcional ao tamanho do Partido. De tal forma que quanto menor o Partido maior a representatividade, eis que, embora não puro, estabelece critérios mais nítidos das razões que conduzem ao voto popular. Isto é, o esfacelamento ideológico propugnado pelos interesses escusos de partidos maiores não atingiu ainda os partidos menores, tornando possível visualizar com mais lucidez o perfil da parcela minoritária que busca seus representantes nestes partidos.

Assim é que a restrição aos partidos menores conduz, em última análise, a um rompimento da própria representatividade, na medida em que é justamente nestes partidos que se torna mais clara a própria questão da representação: *quem e quais interesses o partido representa?*¹⁸

Por outro lado, não é possível olvidar o fato de que muitas legendas acabam nascendo de concepções grotescas ou com finalidades outras que não promover, em nível democrático, o discurso ideológico. Nesse sentido, longe de representar diferentes pontos de vista quanto aos aspectos básicos da organização social ou quanto à orientação política do Estado, nas palavras do professor Dalmo de Abreu Dallari, elas acabam culminando em uma fragilização da democracia perante o descrédito do eleitorado.¹⁹

No entanto, como ressalta o Ministro Marco Aurélio:

para aqueles preocupados com a proliferação dos partidos políticos, há de levar-se em conta que o enxugamento do rol é automático, presente a vontade do povo, de quem emana o poder. Se o partido político não elege representante, é óbvio que não se poderá cogitar de funcionamento parlamentar. Considerada a ordem natural das coisas, cuja força é insuplantável, a conveniente representatividade dos partidos políticos no parlamento fica jungida tão-somente ao êxito verificado nas urnas, entendendo como tanto haver sido atingido o quociente eleitoral, elegendo candidatos, pouco importando o número destes. Só assim ter-se-á como atendido o fundamento da República, ou seja, o pluralismo político, valendo notar que o verdadeiro equilíbrio decorre do somatório de forças que revelem a

17 ADI 1.351 – Relator Ministro Marco Aurélio. Voto do Min. Ricardo Lewandowski.

18 “A crise do sistema representativo encontra-se umbilicalmente ligada à crise dos partidos, pois a Democracia de partidos apresenta diversos problemas que devem ser solucionados e adequados aos novos métodos políticos, desde a existência de Democracia interna até a própria imposição majoritária de suas ideias em respeito aos direitos da minoria” (grifamos). MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. p. 619.

19 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. p. 619-620.

visão dos diversos segmentos que perfazem a sociedade. Em síntese, não elegendo candidato, o partido fica automaticamente fora do contexto parlamentar.²⁰

De sorte que, entre o risco da pulverização a-ideológica e a fundamentação da representatividade pela oferta dos mais variados temas minoritários, manda o bom senso e a proporcionalidade que se eleja este último como propósito para uma tentativa de realinhamento democrático.

O tema da cláusula de barreira oferece-se, assim, como um vetor extremamente limitativo de posições ideológicas minoritárias, o que, sem dúvida, compromete a representatividade democrática. Felizmente, em adesão à jurisprudência alemã, o Supremo Tribunal Federal ressaltou que, na medida da razoabilidade e da proporcionalidade, a cláusula, tal como colocada, ofende o sistema constitucional eleitoral e representativo brasileiro.

Não que isso impeça qualquer cláusula limitativa, sobretudo as de caráter proporcional, extremamente úteis, como demonstrou a experiência tedesca. O fato é que jamais podem tais cláusulas se tornarem intimidativas da própria vontade popular, afastando os anseios ideológicos dos partidos que refletem essas proposições.

3 A verticalização das coligações partidárias

Em face do caráter nacional dos partidos políticos, conforme os dizeres do artigo 17, I, da CF/88, iniciou o Tribunal Superior Eleitoral acalorada discussão acerca da verticalização das coligações partidárias, diante de uma “teoria dos conjuntos” (o nível federal englobaria o estadual).

A Consulta 715/2001 junto ao TSE, respondida negativamente, culminou na edição das Resoluções 20.993/2002 e 21.002/2002 e na Instrução Normativa 55, todas do TSE. De acordo com tais disposições, as coligações formadas em nível nacional vinculam os Estados-membros. O contrário criaria “situações de bicefalia, ou, se preferirem, de esquizofrenia partidária, no nível estadual”, levando a “indesejáveis dissidências regionais em relação aos partidos, os quais, na forma da Constituição Federal, têm caráter nacional”²¹. Ainda, segundo a Ministra Ellen Gracie, tal verticalização advoga em prol da “consistência ideológica das agremiações e das alianças”, aperfeiçoando o sistema político-partidário.

A matéria, levada ao Supremo por meio das ADIs 2.628 e 2.626, sequer foi conhecida, por conta do entendimento de que a Resolução atacada, em verdade, regulamentava o artigo 6º da Lei 9504/97.

20 ADI 1.351 – Voto do Relator Ministro Marco Aurélio.

21 Consulta 715/021 – TSE – Voto da Ministra Ellen Gracie.

Infelizmente, com vistas a desfazer a necessidade da vinculação, foi aprovada a PEC 548/2002, transformada na EC 52/2006, segundo a qual não há “obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital e municipal”²², nos termos do artigo 17, §1º, CF.

Por não se tratar de norma originária da Constituição, não há nenhum hercúleo esforço para se entender que o novo preceito confronta com a Carta Magna brasileira. Há, em nosso entender, violação, no sentido de extensão dos direitos fundamentais, da garantia de que partidos políticos tenham caráter nacional e consistência ideológica.

No julgamento da ADI 3.685, reconheceu o Pretório Excelso que o novo dispositivo trazia violação ao artigo 16 da CF, o que, para nós, no entanto, não é suficiente.

Na ADI 3.686, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, em parecer da lavra do professor Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, foram destacados aspectos importantes que inclinam pela inconstitucionalidade da quebra da verticalização obrigatória, partindo do pressuposto de que tal alteração feriria princípios democráticos de nossa Carta:

Via de consequência, o papel do Ministério Público Eleitoral, fiscal da lei e da democracia, é também vedação material implícita à possibilidade de emendas constitucionais, data máxima vênica, pois alterar disposições por emenda que subtraia do titular da democracia qualquer forma de fiscalização ou atuação é, via oblíqua, quebrar o manto da democracia para instalar, pelo Poder Econômico ou Político, sem qualquer tecnicismo jurídico, a demagogia (forma corrompida da democracia, segundo Aristóteles), com o rótulo de “democracia”.

Além disso, num sentido ideológico, concluiu-se:

Assim, para a sociedade é importante que as alianças políticas não sejam somente jogo de cena. O eleitor quer saber o que realmente está em jogo e não entende alguns cenários, em que um partido rival se alia ao outro, com ideologias completamente distintas, apenas pensando em aumentar o tempo de propaganda eleitoral na televisão. Desta forma, em que pese muitos eleitores sequer acompanharem ou entenderem a decisão do TSE, a vinculação das coligações é de fundamental importância para acabar com a

22 Refoge ao nosso tema discutir o verdadeiro “atalhamento da Constituição” causado pelo artigo 2º da EC 52, que determinou a aplicação retroativa do novo preceito, com a verdadeira finalidade de já aplicá-lo para as eleições de 2006, furtando-se, assim, ao disposto no artigo 16 da CF. Trata-se de desvio do poder constituinte, alcunhado pelos franceses, de *détournement de pouvoir* e, pelos alemães, de *Verfassungsbeseitigung*.

fragilidade partidária brasileira e para deixar transparente ao eleitor a ideologia de cada partido.

De se ver, assim, que a verticalização corrobora com a proposta ideológica dos partidos, numa tentativa de resgatar ideais e posicionamentos estatutários tão esquecidos nos joguetes de poder. Ao depois, haveria uma gravíssima afronta ao próprio direito fundamental de que os partidos devem ter caráter nacional. Nesse sentido, o artigo 17 traz redação que exclui a própria possibilidade de não se exigir a verticalização das coligações.

Na ocasião da Consulta TSE 715/021, o douto Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira trouxe a interessante conclusão de que “a ideia da ‘verticalização das coligações’ (ou expressão equivalente) melhor atende e aprimora o sistema eleitoral, o fortalecimento dos partidos e, em consequência, a própria democracia”.

O esbarramento a um posicionamento mais constitucionalista do STF, no entanto, se deu ao fato de que a ADI 3.685, que foi conhecida e julgada procedente, apenas atacou a violação ao princípio da anualidade eleitoral, ao passo que a ADI 3.686 não foi conhecida por faltar pertinência temática ao CONAMP para tal pleito, com o qual não concordamos, em face do artigo 127, *caput*, da CF. Por essa razão, não foi atacado, como aqui realizamos, o mérito da própria alteração, gravíssima à representatividade.

São posições que fazem frente à Constituição Federal, como essas, que trazem considerações críticas sobre o Brasil, como a de Giovanni Sartori: “Il Brasile è il paradiso terrestre di coloro che teorizzano l’anti-partitismo”.²³

O caso é de “proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais”, situação nebulosa em que emendas constitucionais, “sem suprimir princípios, acabam por lesá-los topicamente, deflagrando um processo de erosão da própria Constituição (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, Op. cit., 1982, p.242)”²⁴. A questão muito se afina com decisão do Tribunal Constitucional Alemão no sentido de que a ordem constitucional não pode ser destruída, nem na sua substância, nem nos seus fundamentos, por utilização de critérios formais²⁵.

Proteções institucionalizadas, como a representatividade democrática, não podem, nessa lógica, sucumbir a reformas de cunho formalístico, ainda que realizadas por meio de emendas, que visem, no fundo, romper com princípios consagrados no texto constitucional pelo levante democrático de 1988.

São de Canotilho as seguintes palavras:

23 SARTORI, Giovanni. *Seconda Repubblica?* Si, ma bene. p.43. No vernáculo: “O Brasil é o paraíso para os que teorizam sobre o antipartitismo”.

24 ADI 3.685 – Relatora Ministra Ellen Gracie. Voto do Ministro Gilmar Mendes.
25 BVerfGE: 30:1(24).

As garantias institucionais, constitucionalmente protegidas, visam não tanto “firmar”, “manter” ou “conservar” certas “instituições naturais”, mas impedir a sua submissão à completa discricionariedade dos órgãos estaduais, proteger a instituição e defender o cidadão contra ingerências desproporcionais ou coactivas [...] Aqui apenas se volta a acentuar que as garantias institucionais contribuem, em primeiro lugar, para a efectividade óptima dos direitos fundamentais (garantias institucionais como meio) e, só depois, se deve transitar para a fixação e estabilização de entes institucionais.²⁶

De tal modo que a democracia, vista sob o aspecto institucional, não pode levar melhor sorte do que voltar-se para a garantia de um sistema verdadeiramente representativo, edificado em partidos políticos ideologicamente comprometidos com seus eleitores.

Não há outro raciocínio lógico que se afaste da premissa de que os programas e direções partidárias devem ser os mesmos em qualquer âmbito – federal, estadual, distrital e municipal –, pois, do contrário, abrir-se-ia a possibilidade mutante de os mesmos partidos preferirem rumos de governo completamente distintos pela simples e inescusável reserva de eleitorado. Diga-se: motivos outros que não a própria finalidade partidária reinariam absolutos em contradição à própria democracia representativa.

Lembra-nos o Ministro Celso de Mello que “a competência reformadora outorgada ao Poder Legislativo da União não defere à instituição parlamentar o inaceitável poder de violar ‘o sistema essencial de valores da Constituição, tal como foi explicitado pelo poder constituinte originário’”.²⁷

Há valores insuperáveis, a partir do próprio contexto de nascimento da nossa Carta Constitucional, que conduzem a uma necessidade de recuperação e manutenção dos ideais partidários, sob pena de esfacelamento da representatividade. Do contrário, acentuar-se-ia tal crise a ponto de colocar em risco o próprio conceito democrático prontamente trazido ao artigo 1º da CF.

O pluralismo político, longe de se apresentar em cláusula aberta para permitir toda e qualquer liberdade aos partidos, oferece delimitações, com amarras no âmbito ideológico, afirmando-se como valor inquestionável da representatividade. É que sem ideais não há política. E, sem política, representatividade é transformada em eleição do mais forte, ao menos economicamente falando.

Na mesma linha, indissociável a composição ideológica de um determinado partido, razão pela qual este assume carácter nacional – às vezes até internacional, como a ideologia que rege o Partido Verde. Não há como apresentar

26 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 1.171.
27 ADI 3.685 – Rel. Min. Ellen Gracie. Voto do Ministro Celso de Mello.

uma proposta para o campo federal e outra para o campo estadual, sob pena de desarranjo interno, o que retira a unidade partidária.

Por isso, entendemos que a verticalização partidária é um outro elemento necessário para uma tentativa de correção de rota do sistema representativo, muito embora, por questões técnicas, o Tribunal Constitucional brasileiro tenha deixado de entrar no mérito da questão.

4 Fidelidade partidária

No Brasil, a questão da fidelidade partidária remonta à edificação do artigo 17, §1º, CF, segundo o qual devem “seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária”, com disciplina nos artigos 23 a 26 da Lei 9.096/95.

A fidelidade, no entanto, remonta ao contexto da democracia partidária. Para Duverger, “o mandato partidário tende a sobrelevar o mandato eleitoral”²⁸, no sentido que os mandatos pertencem não aos candidatos, mas sim aos partidos.

O fato é que “o modelo de democracia representativa adotado pela Constituição qualifica o mandato como eminentemente representativo da vontade popular (deputados) e dos entes federativos”²⁹. Ao depois, no “contexto de uma democracia partidária e do sistema eleitoral proporcional, o valor constitucional da fidelidade partidária tem uma densidade ainda maior”³⁰.

Em modelos, como o brasileiro, nos quais os partidos políticos detêm o monopólio das candidaturas, não há como perquirir uma vaga de representante popular afastado dos programas partidários. Para delinear de forma mais clara a representação, a exigência de filiação partidária permite uma identificação entre o candidato e os eleitores que se identificam não com ele, mas com a proposta partidária.

O rompimento com a possibilidade de *el transfuguismo*, como denominam os espanhóis, se não impede, ao menos minimiza as alterações de legenda vinculadas a outros interesses que não sejam os meramente partidários³¹. O que se viu no Brasil até o firmamento da jurisprudência foi uma verdadeira “dança das cadeiras”, em prejuízo das propostas partidárias e, principalmente, em prejuízo do eleitor, que – ao menos deveria – escolhe os seus candidatos principalmente por seus posicionamentos ideológicos.³²

28 DUVERGER, Maurício. *Os partidos políticos*. p.388.

29 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. p.773.

30 Op. Cit. p.772.

31 Importante mencionar que, corretamente, a alteração dos compromissos programáticos do Partido permite a mudança, bem como em casos de perseguição partidária.

32 “Espécie de ímã e de bússola para simpatizantes, filiados, candidatos, eleitores e eleitos”. Consulta TSE 1.407 – Rel. Min. Ayres Britto. Virgílio Afonso da Silva afirma que uma das consequências do sistema

A correção de rota, inspirando a alteração de posicionamento inscrito no MS 20.927³³, há muito desejada pela democracia, iniciou-se com o julgamento dos MS 26.602, 26.603 e 26.604 no STF e, antes, com as Consultas 1.398 e 1.423 no TSE.

Com base no entendimento de que a representação é, ao mesmo tempo, popular e partidária, concluiu-se que há um vínculo necessário entre os partidos políticos e nosso regime representativo. O Ministro Ayres Britto, em voto bastante elucidativo, assim explanou:

I - se o regime representativo brasileiro decola da regra constitucional de que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos [...]” (parágrafo único do art. 1º da Constituição), esse poder que tem no povo a sua única fonte é o de natureza, justamente, político-representativa; isto é, poder de se investir, após candidatura partidária vitoriosa, nos postos de comando político do nosso País, mediante os quais se constitui e se exercita a democracia indireta ou representativa (por oposição à democracia direta ou participativa, enunciada pela parte final desse mesmo parágrafo único do art. 1º e também pelo art. 14, caput, da Constituição);
II - se a soberania popular é o primeiro dos “fundamentos” da República Federativa do Brasil (inciso I do art. 1º), e se tal soberania é a que se exerce “pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos” (parte introdutória do art. 14), nada disso é operacionalizado senão pela sobredita intermediação partidária. Vale dizer, o esquema ou o arranjo político-partidário nacional é via de obrigatório trânsito pelos exercentes da soberania popular para se chegar até aos candidatos eleitos. Soberania popular, partidos políticos e candidatos eleitos a se atraírem magneticamente ou no curso de uma necessária relação “de implicação e polaridade”, como dizia Miguel Reale para caracterizar as relações de complementaridade ou de mútua causalidade. Aqui, nos autos desta consulta, relação trina de causa e efeito.³⁴

proporcional é justamente “a delimitação ideológica do voto”. SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *Sistemas eleitorais: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro*. p.138. Ainda: LEMBO, Cláudio. *Participação política no direito eleitoral*. p.68.

33 Desde aquela ocasião, em 11 de outubro de 1989, quando nossa Constituição não completara nem um ano ainda, o douto magistério do Ministro Francisco Rezek já vislumbrava uma mudança futura de posicionamento da Corte: “Tenho a certeza de que as coisas não permanecerão como hoje se encontram. Em breve ou médio prazo, os partidos políticos no Brasil – de cujo exato número receio eu próprio haver perdido a conta – serão em número consentâneo com aquela divisão natural das facções políticas de que se compõe nossa sociedade. Nesse momento serão mais coesos, haverá maior homogeneidade entre seus filiados, e poder-se-á falar com mais firmeza a respeito da fidelidade a eles devida”. STF: MS 20.927 – Rel. Min. Moreira Alves. Voto do Min. Francisco Rezek.

34 TSE: Consulta 1.407 – Voto do Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

Já na Consulta TSE 1.398, o Ministro Asfor Rocha trouxe considerações bastante pertinentes quanto à “propriedade” do mandato eletivo:

Não se há de permitir que seja o mandato eletivo compreendido como algo integrante do patrimônio privado de um indivíduo, de que possa ele dispor a qualquer título, seja oneroso ou seja gratuito, porque isso é a contrafação essencial da natureza do mandato, cuja justificativa é a função representativa do servir, ao invés de servir-se.³⁵

Raciocinando que os partidos são verdadeiros “entes intermediários entre o povo e o Estado, integrados no processo governamental”³⁶, sobreleva a ideia de que o papel do eleito no exercício da legislatura é representar com dignidade a grandeza da função pública que exerce, e não qualquer outra questão puramente pessoal.³⁷

Ainda mais considerando que no Brasil não vige o instituto do *recall*, segundo o qual os representados poderiam revogar o mandato do representante. O mandato representativo livre, obviamente, traz a implicação de afinamento com algum programa partidário. No direito comparado, a Constituição da República Portuguesa assevera que o parlamentar que trocar de legenda perde o mandato (artigo 160, “c”).

No sistema proporcional, assim, torna-se evidente que a mudança de legendas representa “violação à vontade do eleitor e um falseamento do modelo de representação popular pela via da democracia de partidos”³⁸. A fidelidade é pura expressão da garantia fundamental da vontade do eleitor.

Diante de argumentos tão sólidos, o Supremo, nos julgamentos dos mandados de segurança já mencionados, confirmou a tese da Justiça Eleitoral. No MS 26.602, o Ministro Gilmar Mendes, em excelente voto, lembrou que o “processo de formação política transcende o momento eleitoral e se projeta para além desse período”³⁹. De maneira que não apenas no momento do exercício do sufrágio se consuma a democracia representativa, mas sim ao longo de toda a legislatura, mantendo-se a coerência programática entre o representante e os motivos que o levaram até a Casa de Leis.

Interpretação *contrario sensu* conduziria à ideia de que os partidos se tornaram mero instrumento de acesso ao poder popular da representação política,

35 TSE: Consulta 1.398 – Voto do Rel. Min. César Asfor Rocha.

36 CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Sistemas eleitorais x representação política*. p.65.

37 Imprescindível a leitura do voto do Min. Cezar Peluso na Consulta 1.398.

38 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. p.777.

39 MS 26.602. Rel. Min. Eros Grau. Voto do Min. Gilmar Mendes.

“abastardando-a”, manchando o “sistema de representação popular”⁴⁰. Além do mais, essa ruptura

subverte o sentido das instituições, ofende o senso de responsabilidade política, traduz o gesto de deslealdade com as agremiações partidárias de origem, compromete o modelo de representação popular e fraudada, de modo acintoso e reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores, introduzindo fatores de desestabilização na prática do poder e gerando, como imediato efeito perverso, a deformação da ética do governo, com projeção vulneradora sobre a própria razão de ser e os fins visados pelo sistema eleitoral proporcional, tal como previsto e consagrado pela Constituição da República.⁴¹

Não é demais lembrar, ao depois, embora não seja tema desse texto, que no sistema proporcional, quase sempre, o candidato não se elege sozinho, mas com os votos recebidos pela legenda.

Diante de inafastáveis conclusões, o TSE houve por bem, após declarada a constitucionalidade da fidelidade, a editar a Resolução 22.610, com redação dada pela Res. 22.733, a fim de reger o processo de perda de cargo eletivo. Novamente atacada, o Supremo, nas ADIs 3.999 e 4.086, sepultou qualquer dúvida sobre a constitucionalidade da medida.

Consoante a lição de Gilberto Amado, é certo que “o voto proporcional é dado às ideias, ao partido, ao grupo”⁴². Isso não significa, obviamente, que o exercente do mandato deva perder sua autonomia de opinião e voto⁴³, aliás, assegurados inclusive contra a lei penal, mas é evidente que o desalinhamento com a postura ideológica do partido torna o seu exercício desconexo com a vontade dos representados que o elegeram.

A preservação de um mínimo de coerência entre a atividade do candidato, não o prendendo em suas opiniões e votos, é essencial, quanto ao programa partidário, para garantir a confiabilidade dos representados nos representantes. Ausente o nexos que interliga o representante e a ideologia partidária, estaria o eleitor à mercê dos ventos pessoais que podem conduzir o eleito a posições completamente distintas das que deveriam tê-lo conduzido à Casa Parlamentar.

Fosse assim, vergastados estariam o princípio democrático e a representatividade que conduz o eleito. Sem um programa definido, restaria incerto o próprio direcionamento do representante. Conhecendo-se de antemão,

40 MS 26.602. Voto do Min. Menezes Direito.

41 MS 26.603. Voto do Rel. Min. Celso de Mello.

42 AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. p.53.

43 CLÈVE, Clemerson Marlin. *Fidelidade partidária*. p.26.

todavia, as tendências partidárias, há maior previsibilidade na atuação parlamentar, edificando-se um princípio de confiança entre representante e representado.

Não seria compreensível, por exemplo, que um parlamentar trabalhista se voltasse para posições de extrema direita. Mas é plenamente aceitável – e, em certa forma, esperado – que esse mesmo representante apresente propostas de cunho social. Na democracia representativa, não se pode conceber quantos passos serão dados em uma longa estrada ou de que forma alguém irá se locomover, mas é possível ao menos prever em qual direção caminha o escolhido. Sem programa, não há sentido para a própria representatividade.

5 O financiamento dos partidos políticos

Outra questão de grande relevo na hodierna discussão acerca da crise da representatividade diz respeito ao financiamento dos partidos políticos.

Ao longo desse estudo, já mencionamos que, entre as causas da crise da representatividade, encontram-se a formação de grupos de pressão e os atalhos para o alcance de finalidades que não se encontram afinadas com as partidárias ou representativas.

Compreensível, nessa toada, a relação que a presença de grupos de pressão tem com o financiamento dos partidos políticos. Sua existência não é novidade, embora tenha sido com o *Welfare state* que tal presença se tornou mais nítida⁴⁴. Seria ingênuo, todavia, acreditar que o exercício da pressão não passe, por vezes, pelo viés econômico.

A Constituição Federal, no entanto, exige que os partidos não recebam “recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros” (artigo 17, II, CF), de forma a minimizar quaisquer efeitos externos sobre a vontade política interna, resguardando-se a soberania nacional.

Ao depois, a Lei dos Partidos Políticos ainda veda o recebimento de “contribuições estimáveis em dinheiro advindas de autoridades ou órgãos públicos, autarquias, empresas públicas ou concessionárias de serviços públicos, sociedades de economia mista, fundações ou entidades governamentais, e entidade de classe (Lei 9.096/95, art. 31, II, III e IV)”⁴⁵. As doações permitidas devem ser realizadas de maneira transparente, de forma nominal.

Ademais, nos termos do artigo 17, III, CF, regulamentado pela Lei 9.096/95, devem os partidos prestar contas, anualmente, à Justiça Eleitoral.

44 MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. p.623.

45 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. p.770.

Essas restrições e esse controle possuem uma lógica muito simples: evitar que o poderio econômico possa fazer sucumbir o programa partidário e a representatividade dos eleitos.

Uma tabela referente aos recursos financeiros auferidos no exercício de 2006 aponta que as receitas auferidas propriamente pelos partidos são, na maioria, superiores às obtidas junto ao Fundo Partidário⁴⁶. Não é despropositado sempre lembrar que muitos dos doutrinadores que opinam pela maior presença de tal Fundo o fazem por conferir maior autonomia aos partidos e desvinculá-los de certas nuances eleitorais típicas de grupos que, mais a frente, vão pressionar os mesmos partidos para tomar uma ou outra posição.

De fato, não há que se negar que quanto maior for o financiamento público, consoante regras razoáveis e proporcionais, maior a fuga da agremiação de forças externas ao processo eleitoral, até mesmo de origens internacionais.

No famoso Inquérito 2.245/MG, que trata da temática do “mensalão”, após confirmação até mesmo dos envolvidos acerca da realização de “caixa dois”, discute-se a ocorrência de desvio de recursos públicos, “no afã de garantirem a continuidade do projeto político da agremiação partidária”, para “compra de apoio político de outras agremiações partidárias, bem como para o financiamento futuro e pretérito de suas campanhas eleitorais”⁴⁷.

O escândalo da compra de posições políticas escancara uma obviedade: a realidade democrática brasileira ainda não se afinou com propostas ideológicas, embora seja o ideal representativo.

De qualquer forma, a aguardar a decisão do Pretório Excelso no mencionado Inquérito, resta a certeza de que a Corte Constitucional tende a reprimir esses desvios de rota, mormente em se tratando de uma fuga da própria proposta partidária para, por motivos econômicos, aderir a uma outra, o que refoge à ideologia que deveria permear o representante.

O mais grave não é aceitar a realização de “caixa dois”, mas admitir que, por conveniência do jogo político, sejam rasgados os votos que conduziram o representante ao Poder. O desafinamento da proposta, nesse contexto, acaba contribuindo, também, para uma crise da representatividade democrática.

46 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Op. Cit. p.794-795.

47 STF: Inq. 2245/MG – Rel. Min. Joaquim Barbosa. Cumpre mencionar que, durante a confecção deste artigo, o relatório final da Polícia Federal sobre o mensalão apontou a existência de dinheiro público a alimentar o chamado “valerioduto” – notícia de 03/04/2011.

6 Inelegibilidade por vida pregressa

Em voga, a proposta conhecida como “ficha limpa”, em prol da probidade e da moralidade administrativas, tomou assento em todas as discussões acerca da política nacional.

Antes, porém, da regulamentação específica da questão, alguns Tribunais já sustentavam que o artigo 14, §9º, da CF, seria autoaplicável, estabelecendo inelegibilidades para candidatos com “perfil incompatível” com o mandato eletivo⁴⁸. Entretanto, o Tribunal Superior Eleitoral chancelou orientação de que a simples pendência de inquérito criminal ou processo-crime não legitima a inelegibilidade⁴⁹. Mais adiante, na ADPF 144, em face de pedido da AMB, o STF declarou que o artigo 14, §9º, CF não seria autoaplicável.

Na ADPF 144, além do entendimento de que careceria a inelegibilidade de respaldo legal, houve um entendimento, que no futuro poderá orientar uma nova decisão, no sentido de que seria necessário observar os princípios da presunção de inocência, do devido processo legal, da divisão funcional do poder e da proporcionalidade⁵⁰.

A celeuma toda, no entanto, voltou a se instalar com a edição da Lei Complementar 135/2010, que modificou, dentre outros, o artigo 1º da LC 64/1990, criando hipóteses de inelegibilidade embasadas na vida pregressa do candidato.

A nova discussão dizia respeito à possibilidade de aplicação das novas disposições já para a eleição de 2010, em razão da publicação da lei no Diário Oficial da União no dia 7 de junho de 2010. O Tribunal Superior Eleitoral, a partir da Consulta 1.120, rel. Min. Hamilton Carvalhido, manifestou-se positivamente à aplicação, inclusive para condenações anteriores à lei.

Evidentemente, os irrisignados pleitearam junto ao Supremo o respeito ao artigo 16 da CF. Em 24 de setembro de 2010, no RE 630.147 (recorrente Joaquim Roriz), após empate de 5 a 5, o STF decidiu suspender o julgamento, diante do impasse generalizado. Posteriormente, em 27 de outubro, no RE 631.102 (recorrente Jader Barbalho), após novo empate, chegou-se à conclusão de que, por conta do impasse, dever-se-ia aplicar o artigo 205 do Regimento Interno para manter a decisão proferida pelo TSE.

48 Acórdão TRE 31.258/RJ; Acórdão TRE 31.241/RJ.

49 Acórdão TSE RO 1.069; Acórdão TSE RO 1.133.

50 Especial atenção para o voto do Min. Celso de Mello: “Tenho para mim que a pretensão deduzida pela Associação dos Magistrados Brasileiros, considerados todos os fundamentos expostos, pelos eminentes Ministros MARCO AURÉLIO, CEZAR PELUSO e EROS GRAU, nos já mencionados julgamentos realizados pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, revela-se inacolhível, porque desautorizada, não só pelo postulado da reserva constitucional de lei complementar (CF, art.14, §9º, c/c o art. 2º), mas, também, por cláusulas instituídas pela própria Constituição da República e que consagram, em favor da pessoa, o direito fundamental à presunção de inocência (CF, art.5º, LVII) e que lhe asseguram, nas hipóteses de imposição de medidas restritivas de quaisquer direitos, a garantia essencial do devido processo”(CF, art. 5º, LIV).

Apenas com a nomeação do Ministro Luiz Fux é que o Pretório Excelso tomou uma decisão definitiva acerca da aplicação da LC 135 para as eleições de 2010. No RE 633.703 (recorrente Leonídio Correa Bouças), desempatando a votação, Fux, seguindo votos dos Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes⁵¹, concluiu-se que tal aplicação malferiria o artigo 16 da Constituição.

Ressaltando o caráter moral da lei, Fux afirmou, no entanto, que mesmo a melhor das leis não pode ser aplicada contra a Constituição: “O intuito da moralidade é de todo louvável, mas a norma fere o artigo 16 da Constituição Federal”.

O fato é que, mesmo após vencida a questão da anualidade eleitoral, sobrevive a discussão sobre a constitucionalidade da criação, por lei complementar, da inelegibilidade por vida pregressa incompatível com o mandato eletivo.

O Ministro Celso de Mello, que já na ADPF 144 sinalizara em prol da inconstitucionalidade da lei, voltou a votar em mesmo sentido na AC 2.763-MC⁵². Diante da inegável discussão, o Ministro Ricardo Lewandowski, presidente do TSE, tem afirmado que a aplicação da “Lei de Ficha Limpa” para as eleições de 2012 é ainda incerta.

Não se discuta, talvez, o fato de que a LC 135 malferiu o artigo 16 da CF, ao romper com as regras do jogo eleitoral. Mas a grande questão de fundo,

51 “O princípio da anterioridade (aprovação de lei com pelo menos um ano de antecedência à eleição) é um princípio ético fundamental. Não vale mudar as regras do jogo com efeito retroativo”. Voto do Min. Gilmar Mendes.

52 EMENTA: REGISTRO DE CANDIDATURA. LEI COMPLEMENTAR Nº 135, DE 04 DE JUNHO DE 2010. A QUESTÃO DE SUA APLICABILIDADE IMEDIATA. INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, RELATIVAMENTE ÀS ELEIÇÕES DE 2010, DO POSTULADO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL (CF, ART. 16), QUE SUSPENDE, PELO PERÍODO DE 01 (UM) ANO, O INÍCIO DA EFICÁCIA DA “LEI QUE ALTERAR O PROCESSO ELEITORAL”. ENTENDIMENTO DO RELATOR AMPLAMENTE EXPOSTO EM VOTOS PROFERIDOS NO JULGAMENTO PLENÁRIO DO RE 630.147/DF E DO RE 631.102/PA. PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA: UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE A QUALQUER PESSOA (ADPF 144/DF, REL. MIN. CELSO DE MELLO). PRERROGATIVA ESSENCIAL, IMPREGNADA DE EFICÁCIA IRRADIANTE, ESPECIALMENTE AMPARADA, EM TEMA DE DIREITOS POLÍTICOS, PELA CLÁUSULA TUTELAR INSCRITA NO ART. 15, III, DA CARTA POLÍTICA, QUE EXIGE, PARA EFEITO DE VÁLIDA SUSPENSÃO DAS DIMENSÕES (ATIVA E PASSIVA) DA CIDADANIA, O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL. O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-SOCIAL E O VALOR JURÍDICO DA EXIGÊNCIA DA COISA JULGADA. IMPOSSIBILIDADE DE LEI COMPLEMENTAR, MESMO QUE FUNDADA NO § 9º DO ART. 14 DA CONSTITUIÇÃO, TRANSGREDIR A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, PELO FATO DE REFERIDA ESPÉCIE NORMATIVA QUALIFICAR-SE COMO ATO HIERARQUICAMENTE SUBORDINADO À AUTORIDADE DO TEXTO E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DECISÃO DO E. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL QUE DENEGOU REGISTRO DE CANDIDATURA, SOB O FUNDAMENTO DA MERA EXISTÊNCIA, CONTRA O CANDIDATO, DE CONDENAÇÃO PENAL EMANADA DE ÓRGÃO COLEGIADO, EMBORA QUESTIONADA ESTA EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA. CONSEQUENTE INEXISTÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DE REFERIDA CONDENAÇÃO CRIMINAL. PRESENÇA, NA ESPÉCIE, DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DO EXERCÍCIO DO PODER GERAL DE CAUTELA. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA (Rel. Min. Celso de Mello).

atinente à própria inelegibilidade, não pode ser amparada com as proposições do Min. Celso de Mello acerca da presunção da inocência.

Em primeiro lugar, é de se mencionar que a causa da inelegibilidade por vida pregressa decorre de mandamento constitucional (artigo 14, §9º). Em segundo lugar, percebe-se que estamos diante de um inegável conflito de princípios: a presunção de inocência *versus* a moralidade administrativa.

Não sendo possível nem uma “ordem inflexível” na organização dos princípios, que viabilizasse uma única solução para cada caso, nem uma relação de “regras de decisão para cada caso concebível de direito fundamental”⁵³, que seria o ápice de uma “ordem dura”, a saída, em meio ao conflito, é um “processo de argumentação jusfundamental” objetivando uma “questão de controle racional”⁵⁴ de tal argumentação. Mas os esforços nesse sentido Robert Alexy reservou para sua *Teoria da argumentação jurídica*, segundo a qual o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral que não pode resolver o conflito sem a presença do juízo de valor para cada bem.⁵⁵

Há que se falar ainda em um princípio da “concordância prática”, ou seja, uma análise da unidade da Constituição, harmonizando “da melhor maneira os preceitos divergentes”⁵⁶, “através de um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito”⁵⁷. Assim, a “compatibilização adequada”⁵⁸ só ocorre quando é necessário para a salvaguarda de outro que naquela ponderação é considerado mais importante, no caso a moralidade administrativa.

Assim votou o Ministro Ricardo Lewandowski, no RE 630.147:

Com efeito, em uma necessária ponderação de valores, penso que a presunção de não culpabilidade, em se tratando de eleições, cede espaço – sem ser, evidentemente, desprezada – aos valores constitucionais estabelecidos no art. 14, § 9º, da Constituição.
Nada impede, a meu ver, que o legislador complementar defina outras hipóteses de inelegibilidade, *como a renúncia ou a condena-*

53 ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. p.552.

54 Op. Cit. p.553.

55 ver ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*.

56 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. p.222.

57 Op. Cit. p.223.

58 BVerfGE 28, 243; 41,29; 52,223. Pertinente a metodologia do Tribunal Constitucional Alemão, segundo ensina Gilmar Mendes: “Ressalte-se, porém, que o Tribunal não se limita a proceder a uma simplificada ponderação entre princípios conflitantes, atribuindo precedência ao de maior hierarquia ou significado. Até porque, como observado, dificilmente se logra estabelecer uma hierarquia precisa entre direitos individuais e outros valores constitucionalmente contemplados. Ao revés, no juízo de ponderação indispensável entre os valores em conflito, contempla a Corte as circunstâncias peculiares de cada caso. Daí afirmar-se, correntemente, que a solução desses conflitos há de se fazer mediante a utilização do recurso à concordância prática (praktische Konkordanz), de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade”. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. p.82-83.

ção por órgão colegiado, sem trânsito em julgado, em homenagem aos princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato. Em outras palavras, em se cuidando de postulantes a cargos eletivos, o interesse público sobrepõe-se aos interesses exclusivamente privados.

De fato, apreciando os votos já proferidos nas discussões acerca da constitucionalidade das alterações da LC 64, parece-nos, *obiter dicta*, que há uma forte tendência de alguns Ministros que votaram contra a aplicação da LC 135 para as eleições de 2010 em proferirem voto favorável, com base na proporcionalidade⁵⁹ e na concordância prática, à possibilidade de lei complementar criar hipótese de inelegibilidade que descure a presunção de inocência em prol da moralidade.

7 Captação de sufrágio

Nossa Constituição não apenas garante o *voto direto, secreto, universal e periódico*, como o eleva à classe de cláusula pétrea (artigo 60, §4º), fundamental que é para a sobrevivência da democracia.

A garantia de um voto *livre* – decorrente do voto *secreto* – não se impõe apenas em face do Poder Público, mas também dentro de relações privadas (*Drittwirkung*). Dentro desse escopo, fundamental que o Estado ofereça condições ao eleitor de exercer livremente o seu sufrágio⁶⁰, perseverando a construção democrática.

Nessa toada, o artigo 41- o da Lei 9.504/97 veda a captação de sufrágio, enquanto atividade do candidato consistente em “doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive”.

59 “Partindo-se do princípio da unidade da Constituição, mediante o qual se estabelece que nenhuma norma constitucional seja interpretada em contradição com outra norma da Constituição, e atentando-se, ao mesmo passo, para o rigor da regra de que não há formalmente graus distintos de hierarquia entre normas de direitos fundamentais – todas se colocam no mesmo plano – chega-se de necessidade ao ‘princípio da concordância prática’, cunhado por Konrad Hesse, como uma projeção do princípio da proporcionalidade, cuja virtude interpretativa já foi jurisprudencialmente comprovada em colisões de direitos fundamentais, consoante tem ocorrido no caso de limitações ao direito de opinião”.

Entende Georg Ress que o princípio da proporcionalidade, enquanto máxima de interpretação, não representa nenhum critério material, ou seja, substantivo, de decisão, mas serve tão-somente para estabelecer, como diretiva procedimental, o processo de busca material da decisão, aplicado obviamente à solução de justiça do caso concreto e específico”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. p. 425-426.

60 “O sufrágio é um direito público subjetivo democrático, que cabe ao povo nos limites técnicos do princípio da universalidade e da igualdade de voto e de elegibilidade. É direito que se fundamenta, como já referimos, no princípio da soberania popular e no seu exercício por meio de representantes”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. p.355.

O problema da captação de sufrágio é justamente o fato de atacar a liberdade do seu exercício, culminando por viciar a vontade popular, o que, em reflexo, atinge a própria representatividade. Isto é, o eleitor assume como representante não o candidato que melhor se afina com seus ideais e apresenta as melhores propostas, mas sim aquele que apresenta maiores vantagens de cunho nítida e exclusivamente pessoal.

Em face da previsão, o Partido Socialista Brasileiro ajuizou a ADI 3.592, visando a declaração de inconstitucionalidade da lei, sob alegação de que a matéria “inelegibilidade” é reservada à lei complementar, não podendo ser regulada por lei ordinária.

De maneira muito sóbria, entendeu o Pretório Excelso que a norma tinha por escopo, em verdade, “reforçar a proteção à vontade do eleitor, combatendo, com a celeridade necessária, as condutas ofensivas ao direito fundamental ao voto”.⁶¹

O Ministro Gilmar Mendes, relator da ação, seguiu entendimento do TSE, asseverando que as sanções de registro ou cassação do diploma na Lei das Eleições não constituem novas hipóteses de inelegibilidade.⁶²

Continua:

O voto secreto é inseparável da ideia do voto livre.

A ninguém é dado o direito de interferir na liberdade de escolha do eleitor. A liberdade do voto envolve não só o próprio processo de votação, mas também as fases que a precedem, inclusive relativas à escolha de candidatos e partidos em número suficiente para oferecer alternativas aos eleitores.

Tendo em vista reforçar essa liberdade, enfatiza-se o caráter *secreto* do voto. Ninguém poderá saber, contra a vontade do eleitor, em quem ele votou, vota ou pretende votar.

Portanto, é inevitável a associação da liberdade do voto com uma ampla possibilidade de escolha por parte do eleitor. Só haverá liberdade de voto se o eleitor dispuser de conhecimento das alternativas existentes. Daí a inevitável associação entre o direito ativo do eleitor e a chamada igualdade de oportunidades ou de chances (*Chancengleichheit*) entre os partidos políticos.⁶³

Em seu voto, o Ministro Ayres Britto destaca, ainda, que o artigo 41-A visa evitar que o eleitor, sobretudo o economicamente mais frágil, seja “capturado pelos elegíveis”, viciando-se sua vontade, e assim vote pensando em seu interesse

61 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. p.736.

62 TSE: REspE 25.241; RO 882; REspE 25.295; REspE 25.215.

63 ADI 3.592. Voto do Min. Relator Gilmar Mendes.

pessoal, ao invés do interesse da “pólis”. Resume o voto do Min. Gilmar Mendes como realizador de “uma verdadeira profilaxia ético-cívica”.⁶⁴

De fato, o efeito imediato da captação de sufrágio é, como asseveraram os eminentes Ministros, o desvirtuamento da vontade do eleitor, o que conduz, inegavelmente, a uma crise de representatividade, na medida em que a proposta do representado não se identifica com os anseios do eleitor.

A democracia, no entanto, exige que a vontade do eleitor, além de ser secreta, deva ser livre, o que culmina num sentido paralelo. Vale dizer, somente por meio do exercício secreto do sufrágio é que o eleitor terá a garantia da liberdade em fazê-lo. E a captação de sufrágio rompe, em última análise, justamente com a misteriosidade do voto. Não que ela reflita em um escancaramento no momento do exercício, mas o precede, o que é suficiente em se tratando de uma população economicamente mais fragilizada e sem a estrutura de informações necessárias para bem se postar diante das ameaças de sua liberdade.

Por essa razão, é que parece de bom agrado a postura do Pretório Excelso no sentido de não apenas entender como formalmente constitucional a previsão na Lei das Eleições, mas, substancialmente, que medidas como essa são necessárias para a reconstrução de uma democracia verdadeiramente representativa.

8 Considerações finais

De se ver, pelas razões apresentadas, que tem havido um mau direcionamento legislativo em face da Constituição Federal no tocante à manipulação do sistema eleitoral. Confusas reformas políticas, em verdade, escancaram interesses mais privatísticos do que realmente ensejadores de uma democracia condigna.

Nesses termos, a despeito dessa fuga legislativa, em alguns pontos, é possível visualizar um posicionamento mais firme do Supremo Tribunal Federal para estabelecer uma ordem e obediência aos preceitos constitucionais, tido, por muitos, como pétreos, como o caráter nacional dos partidos políticos.

Há, no entanto, encontros pontuais em que a Corte deixou de apreciar algumas questões fundamentais para a manutenção de um sistema eleitoral mais sólido e afinado com a Carta Maior, como no caso da verticalização partidária.

O fato é que a grande ênfase das Cortes Constitucionais em países cujo resgate democrático seja recente, como o Brasil, é a tentativa de estabelecer nos partidos o atendimento à ideologia que o inspira – ou, ao menos, deveria inspirar – no ato de sua criação.

64 ADI 3.592. Voto do Min. Carlos Ayres Britto.

Afastados, muitas vezes, todavia, de uma consistência ideológica, para a realização de interesses de natureza pessoal, cabe às Cortes Constitucionais reordenarem a rota, a fim de que o partido seja instrumento colocado à disposição do povo para a efetivação da democracia representativa.

Em meio a essa discussão, tem crescido o empenho em realizar uma reforma política ampla, o que não necessariamente se coaduna com as opiniões aqui colocadas como alinhadas com os dispositivos constitucionais. Se, por um lado, ainda carece de uma melhor análise a possibilidade de fim das eleições proporcionais, parece certo que a extinção da verticalização partidária não deve contribuir para um incremento político. De qualquer forma, assemelha-se positiva a possibilidade de financiamento partidário exclusivamente público.

Não se pode olvidar que a disposição original da Constituição opera no sentido de que os partidos devem ter caráter nacional. E uma estruturação estreita relações com o próprio exercício de uma “soberania popular”, com vistas à realização de um “regime democrático”, o que conduz a um fundamento da própria República.

O que talvez pareça incompreensível para muitos é que não é simplesmente por emendas constitucionais que se faz reforma política, mas sim por anseio à democracia representativa.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. Brasília: Senado Federal, 1999.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Sistemas eleitorais x representação política*. Brasília: Senado Federal, 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CLÈVE, Clemerson Marlin. *Fidelidade partidária*. Curitiba: Juruá, 1999.

DUVERGER, Maurício. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1970.

HEGEL, Georg. *Principes de la philosophie du droit ou droit naturel et science de l'État en abrégé*. 2. ed. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1998.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1985

LEMBO, Cláudio. *Participação política no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARTORI, Giovanni. *Seconda Repubblica? Sì, ma bene*. Milano: Rizzoli, 1992.

SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Madrid: Aguilar, 1971.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *Sistemas eleitorais: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999.

Recebido em 09/09/2011

Aceito para publicação em 14/02/2012