

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA  
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

**OTÁVIO AUGUSTO ALVES DE FREITAS**

**ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO ELEITORAL**

**CURITIBA  
2018**

**OTÁVIO AUGUSTO ALVES DE FREITAS**

**ATIVISMO ELEITORAL NO ÂMBITO ELEITORAL**

**Monografia apresentada como  
requisito parcial à obtenção do grau  
de Bacharel em Direito, do Centro  
Universitário Curitiba.**

**Orientador: Prof. MSc. Luiz Gustavo  
de Andrade**

**CURITIBA  
2018**

**OTÁVIO AUGUSTO ALVES DE FREITAS**

**ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO ELEITORAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formadas pelos professores:

Orientador: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Prof. Membro da Banca

Curitiba, de

de 2018

## AGRADECIMENTOS

Ao término de um trabalho, uma longa caminhada se fez para o almejado grau em Bacharel em Direito. No decorrer da faculdade eu amadureci, fiz amizades, comecei a participar cada vez mais da vida acadêmica, participando de grupos de extensão, grupo de pesquisa, representante de classe, coordenador interno do Diretório Acadêmico Clótário Portugal, até mesmo Deputado Universitário eu fui, ocupando o cargo de presidente no Projeto Parlamento Universitário da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Enfim, foram tantos momentos e sentimentos que não conseguiria expressar em palavras. Por fim, gostaria de agradecer imensamente à minha mãe Margareth, ao meu pai Diovaldo, aos meus avós paternos que me aturam em Curitiba, morando com eles desde 2013, aos meus professores, em suma, à todos familiares e amigos que me apoiaram nesta jornada, obrigado.

## RESUMO

Aborda a expansão da jurisdição constitucional, e como essa expansão ocorre na seara eleitoral. Analisa-se quais os limites de tutela jurisdicional constitucional-eleitoral e como sopesá-la com o princípio da separação dos poderes. Vistas às questões de técnicas hermenêuticas norteadoras da jurisdição, que por sua vez, podem ora propiciar a democracia, ora sobrepujá-la, faz o estudo histórico-político de casos em que se analisa criticamente como exteriorizou-se a jurisdição. Por fim, conclui-se que após a análise dos casos concretos tratados neste trabalho, a problemática não estão no ativismo judicial em sí, mas na posologia em que se ministra tal função.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial. Judiciário e política. Justiça eleitoral.

## **ABSTRACT**

It addresses the constitutional jurisdiction, and how this expansion occurs in the election season. It is analyzed the limits of constitutional-electoral constitutional protection, and how the principle of separation of powers occurs. The competences of hermeneutical techniques guiding the jurisdiction, in turn, can be promoted by a democracy, or supreme. The historical-political study of cases was analyzed critically as externalized the jurisdiction. Finally, it is concluded that after the analysis of the concrete cases treated in this final paper, the problem is not in the judicial activism itself, but in the dosage in which this function is given.

**Key-words:** Judicial activism; Judiciary and policy; Electoral justice

## LISTA DE ILUSTRAÇÃO

ILUSTRAÇÃO 1: TABELA DE ESPECIFICAÇÃO DOS VETORES  
HERMENÊUTICOS COM SUAS CARACTERÍSTICAS .....

## SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| <b>RESUMO</b> .....  | 04 |
| <b>ABSTRACT</b> .....  | 05 |
| <b>LISTA DE ILUSTRAÇÃO</b> .....   | 06 |
| <b>1 INTRODUÇÃO</b> .....  | 08 |
| <b>2 ATIVISMO JUDICIAL: CONSTRUÇÃO DO CONCEITO</b> .....                       | 10 |
| 2.1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES.....                                     | 10 |
| 2.2 PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO.....                                   | 13 |
| 2.3 METAMORFOSE JURISDICIONAL.....   | 16 |
| 2.4 JURISDIÇÃO PROATIVA.....   | 18 |
| <b>3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO</b> .....          | 24 |
| 3.1 EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PROTAGONISMO<br>DO JUDICIÁRIO..... | 27 |
| 3.2 JUDICIALIZAÇÃO E POLITIZAÇÃO.....  | 29 |
| 3.3 VETRES HERMENÊUTICOS PARA CONTESTAR DECISÕES<br>POLÍTICAS.....             | 31 |
| <b>4 ATIVISMO NA SEARA ELEITORAL: ANÁLISE DE CASOS</b> .....                   | 32 |
| 4.1 IMPOSIÇÃO DE VERTICALIZAÇÃO: ATIVISMO?.....                                | 35 |
| 4.2 FIDELIDADE PARTIDÁRIA: ATIVISMO?.....                                      | 40 |
| 4.3 PROIBIÇÃO DO FINANCIAMENTO PRIVADO DE CAMPANHA:<br>ATIVISMO?.....          | 44 |
| <b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....  | 48 |
| <b>REFERÊNCIAS</b> .....   | 50 |



## 1. INTRODUÇÃO

A produção deste trabalho acadêmico apresenta uma preocupação com a expansão da atuação do Poder Judiciário, especialmente em matéria eleitoral.

Tal proatividade está intimamente ligada à uma efetivação da prestação jurisdicional, fato que acaba resbalando no princípio da segurança jurídica.

Essa “onda constitucionalizante” do Direito se dá a partir da segunda metade do séc. XX. Resta caracterizado o início do fenômeno da constitucionalização do Direito, de certa forma, com a Constituição portuguesa de 1976, seguido pela Constituição espanhola de 1978 e levado à forma mais complexa pela Constituição brasileira de 1988. Embora esta seja uma situação dotada de características próprias, não é dela, tampouco, que se estará cuidando.

A ideia de constitucionalização do Direito abordada neste trabalho, está relacionada a um efeito expansivo das normas constitucionais e, conseqüentemente da jurisdição e subsunção hermenêutica, cujo conteúdo material e axiológico se difunde, com força normativa, por todo o ordenamento e sistema jurídico.

Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional (incluindo normas de qualquer ato normativo). Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações entre si, causando efeitos ao sistema democrático e aos cidadãos.

Nessa toada, em uma percepção crítica da função de “dizer o Direito” pelo judiciário brasileiro, abordando as jurisdições constitucionais/eleitorais, enxerga-se uma expressão do “ativismo judicial”.

Com esse escopo, é necessário, antes de se iniciar um debate sobre o fenômeno em seara eleitoral, proceder à análise, ainda que restrita e resumida, do fenômeno em si, apreendendo características, contornos, justificações e críticas, entendendo a estrutura do Estado, teorias propedêuticas da função do Poder Judiciário.

Portanto, o presente trabalho encontra-se estruturado se seguinte forma:

No primeiro título aborda-se a conceituação gramatical e histórica do fenômeno “Ativismo Judicial”, estabelecendo premissas do Estado com a exposição e explicação da estrutura de separação de poderes, passando pelos institutos consagrados como vias de atuação do Judiciário de forma a proporcionar um campo saudável para a atuação democrática dos demais poderes, resguardando as regras para assegurar os direitos do cidadãos (procedimentalismo). A outra via seria a da atuação não só de salvo-guardar, mas de fazer valer a tutela de direitos, impondo aos outros poderes respeitar uma norma decidida, por meio de técnicas hermenêuticas, do texto legal e do Texto Maior.

No segundo assunto, tratou-se de analisar teoricamente a expansão da jurisdição constitucional e seu protagonismo em questões políticas, chegando ao final desta capítulo, em vetores hermenêuticos que auxiliarão a contestar decisões judiciais de caráter político.

Já no último tema discutido neste trabalho, pretende-se justamente levar ao cabo, casos concretos de atuação do Judiciário (com o foco no Tribunal Superior Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal) à luz dos vetores hermenêuticos anteriormente estabelecidos com o fim de valor tais decisões.

Por fim serão expressadas as conclusões advindas dos estudos desenvolvidos frente ao objetivos inicialmente propostos.

## 2. ATIVISMO JUDICIAL: CONSTRUÇÃO DO CONCEITO

Doutrina que privilegia a ação em detrimento do engajamento, da militância (em princípios teóricos/hermenêuticos).<sup>1</sup> Pautado no conceito gramatical da língua portuguesa, essa atitude/ atuação na seara judicial, portanto, está relacionada ao fenômeno da judicialização da arte de governar (*lato sensu*), colaborando para essa ocorrência, uma série de fatores, como por exemplo: um sistema político democrático; o princípio da separação de funções; o exercício dos direitos políticos; o uso dos tribunais pelos grupos de interesse (o Direito como instrumento de Poder); a ineficiência das instituições majoritárias; a transferência dos poderes decisórios de outros poderes ao Poder Judiciário. Ou seja, Ativismo judicial é uma atitude, é a eleição de um modo proativo de interpretar a Constituição, propagando seu sentido e extensão. Instala-se em situações de encolhimento do Poder Legislativo, ou de inexecutabilidade do Poder Executivo de direitos fundamentais, onde ocorre um desajuste entre a esfera política e a sociedade, inabilitando que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

### 2.1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES

O princípio da separação dos poderes consiste em um paradigma governamental que visa a fragmentar/descentralizar o modelo centralizado em uma só figura, para criar órgãos distintos e independentes, que atuarão harmoniosamente para uma melhor governança. Embora tenha sido atrelada, contemporaneamente, ao modelo de tripartição de poderes proposta por Montesquieu, a separação de funções em um Estado, é um princípio com uma amplitude e antiguidade conceitual do que o modelo do iluminista francês. Sendo possível identifica-lo em Aristóteles (384-322 a.C.), em seus estudos sobre o equilíbrio entre autoridade e autonomia, cujos extremos são o despotismo e a anarquia, passando ainda por diversos governos como a

---

<sup>1</sup>Definição gramatical de “ativismo” – HOUAISS, Antônio. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. Editora Objetiva, 2008. p. 73.

A utilização dessa menção da morfologia da palavra “ativismo”, se dá com o intuito de iniciar o estudo buscando qual seria o significado do termo, no senso comum, conceituando-o gramaticalmente, para, posto isto, adentrar no campo dogmático, *stricto sensu*, no aspecto jurídico.

República de Roma com 5 órgãos (Cônsoles, Senado, Magistrados, Assembleia Popular, e Assembleia da Plebe), e também algumas das 13 colônias britânicas na América do Norte. Assim verifica-se que a separação de poderes de um Estado é um modelo político fundamental na história do Ocidente.

O princípio da separação de poderes é relacionado com a proposta de Montesquieu da tripartição do poder, durante o período de Estado Liberal, veio com o intuito de equalizar o sistema, frear o arbítrio judicial, estruturando-se o sistema de *checks and balances* descrito por Montesquieu da seguinte maneira: a) atividade administrativa; b) atividade legislativa; c) atividade jurisdicional - estando voltado a letra seca da lei – em seu tratado.<sup>2</sup>

Tal corrente tripartite, hoje, é a base de democracias presidencialistas como Estados Unidos da América, França, e o próprio Brasil.<sup>3</sup> Assim corroborando nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 2º, estabelece que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Essa teoria não foi pensada inicialmente na Assembleia Nacional Constituinte de 1987, mas sim, resgatou-se como princípio, lá do Séc. XVIII com Montesquieu, sendo remoldurada pela nossa carta maior, de princípio de separação de funções, e não, princípio da separação de poderes (visto que o poder é uno e emana do povo). Destarte, tecnicamente, é melhor falar em “funções”, uma vez que o poder estatal é um só, como bem dispõe a Constituição Federal, no parágrafo único do art. 1º, ao mencionar que todo o poder emana do povo.

Retomando ao conceito, e baseando-se em Montesquieu que teorizou a separação de funções de um Estado, vem o ideal constitucional de tripartição das atividades estatais: a) atividade legislativa, com a função de editar leis/normas democráticas que regularão a sociedade em suas relações privadas e com o Estado; b) atividade judicial: função de decidir lides *inter partes* ou *intersocietatis*, superando o pensamento do juiz apenas subsumir,

---

<sup>2</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das Leis**. – Tradução: Jean Melville São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 179-180.

<sup>3</sup> BANDEIRA, Regina Maria Groba. **Sistemas de Governo no Brasil, na França e nos Estados Unidos da América**. Câmara dos Deputados – Praça dos Três Poderes. Brasília/DF. Fevereiro/2015 <http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/estudo-sistemas-de-governo-br-fr-e-eua>

mas também adequar a norma ao caso concreto, ou mais, ser também representantes do povo, ao aplicar a técnica hermenêutica em normas já legisladas, principalmente a Constituição, para se extrair normas ainda não positivadas; c) atividade executiva/administrativa, função da qual a máquina se movimenta, essa função vem com a finalidade de gerir e aplicar normas e interesses públicos pelos quais foi eleito.

A partir destes ideais, e ao passar dos anos, foram amadurecendo e se solidificando na sociedade, tendo avanços e retrocessos antes de ser positivado na Carta Magna da República Federativa do Brasil, a Constituição Cidadã de 1988.

Primordialmente, imbuídos com pensamentos democráticos, se instituiu desde então, uma Justiça com o escopo de não mais somente dizer a lei, mas também construir normas a esse jogo democrático da nova República. Se distanciando, da visão primeira, mais procedimental, de separação de funções de Estado do Séc. XVIII - XIX, para um caráter mais substancialista, retornando em parte ao Judiciário o encargo de reger, e não somente de prestar a jurisdição; por ser um Órgão distante dos interesses políticos, *a priori*.

Sendo essas acima descritas, as funções constitucionais da República Federativa do Brasil, que devem trabalhar de forma independente, na medida em que nenhum desses órgãos do Estado devem intervir nas atribuições dos outros, exercendo assim, suas atividades de forma harmonia.

Ademais, a discussão e conceituação é também enfrentada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, tendo em síntese os seguintes entendimentos:

A Constituição não submete a decisão do Poder Judiciário à complementação por ato de qualquer outro órgão ou Poder da República. Não há sentença jurisdicional cuja legitimidade ou eficácia esteja condicionada à aprovação pelos órgãos do Poder Político. A sentença condenatória não é a revelação do parecer de umas das projeções do poder estatal, mas a manifestação integral e completa da instância constitucionalmente competente para sancionar, em caráter definitivo, as ações típicas, antijurídicas e culpáveis.<sup>4</sup>

É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas

---

<sup>4</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Ação Penal 470/MG**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 17.12.2012.

constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.<sup>567</sup>

É inconstitucional a criação, por Constituição estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros Poderes ou entidades.<sup>8</sup>

As ideias do pensador francês ainda perduram, uma vez que a própria Carta Magna nacional reconhece a divisão dos poderes estatais, em seu artigo 2º, em que determina que eles devam ser “independentes e harmônicos entre si”. Todavia, tornou-se recorrente, em sede pátria, a edição de resoluções e súmulas, com força de lei, por parte do poder judiciário em face da omissão e morosidade do legislativo.

## 2.2 PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO

Considerando inicialmente acerca dos institutos do procedimentalismo e substancialismo, a busca da base de uma nova teoria constitucional, opera em favor de um viés moral da Constituição, pois tal documento constitui princípios/ valores de uma sociedade moderna, pós regime ditatorial. É nítida a presença de uma análise axiológica e expansionista presente na Carta Magna de 1988, trazendo um movimento que preconiza a eficácia dos direitos fundamentais através da ponderação de bens e valores conjuntamente com uma interpretação sistemática. Para ter espeque à tal sistemática, roga-se pela por uma atuação ativista do judiciário atrelada intrinsecamente aos princípios constitucionais explícitos e implícitos. Urge ressaltar, ainda, que tal atividade estima uma aplicabilidade, ou uma subsunção mitigada de princípios/ normas constitucionais em causídicos que batem à sua porta. No entanto, analisando de outra perspectiva, pode-se entender que a função do magistrado é dotar os valores constitucionais de significado através do texto constitucional, da história e das ideias sociais, buscando o verdadeiro, correto e justo.

---

<sup>5</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Agravo de Instrumento 734.487**, Rel. Min. Ellen Gracie, 03.08.2010.

<sup>6</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Agravo Regimental 725.968**, Rel. Min. Gilmar Mendes, 07.12.2012.

<sup>7</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Agravo Regimental 635.679**, Rel. Min. Dias Toffoli, 06.12.2011.

<sup>8</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Súmula 649**.

Posto isto, ao se discutir a técnica hermenêutica de interpretar a Constituição tem como um dos lados o chamada substancialismo que trabalha sobre a ótica de “jurisdição constitucional como instrumento de defesa dos direitos fundamentais” e, do outro, os procedimentalistas, segundo a qual ter-se-ia uma “jurisdição constitucional como instrumento de defesa do procedimento democrático”.<sup>9</sup>

A teoria substancialista defende que ao interpretar a Lei Fundamental do Estado, entende-se a adoção de determinados valores/princípios reputados relevantes para a sociedade e, por conseguinte, a sua retirada do campo decisório da população. Com a devida *venia*, vem no sentido oposto a teoria procedimentalista, que entende que a Carta Magna se encontra desprovida de derivações valorativas. O procedimentalismo pode ser encarado como um método analítico de pretensões legislativas, isentas de conteúdo axiológico. Nesse sentido, argumenta André Ramos Tavares:

De acordo com esta teoria, a Constituição se encontra desprovida de derivações valorativas. A Constituição, nestes termos, não possui qualquer conteúdo ideológico, predisposição ao humano, ao social ou ao econômico. Sua preocupação central seria apenas estabelecer procedimentos formais de composição de interesses, quaisquer que sejam estes.<sup>10</sup>

O olhar procedimental do direito defende a ideia que somente a fundamentação moral de princípios ancorada no procedimento, prometem um processo judicial imparcial, sem arbitrariedades por parte do Estado-juiz, como elucida

Habermas:

[...] o direito procedimentalista depende de uma fundamentação moral de princípios, e vice-versa, não é mera suposição sem fundamentos. A legalidade só pode produzir legitimidade na medida em que a ordem jurídica reagir à necessidade de fundamentação resultante da positivação do direito, a saber, na medida em que forem institucionalizados processos de decisão jurídica permeáveis a discursos morais

[...]. Os procedimentos oferecidos pelas teorias da justiça para explicar como é possível julgar algo sob o ponto de vista moral só têm em comum, o fato de que a racionalidade dos procedimentos

<sup>9</sup>BINEMBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional** – Legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.p 306.

<sup>10</sup>TAVARES, André Ramos. A constituição é um documento valorativo? In: **Revista brasileira de direito constitucional**. n. 09 – jan./jun. 2007. p. 338-339.  
[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-337-Andre\\_Ramos\\_Tavares.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-337-Andre_Ramos_Tavares.pdf)

deve garantir a 'validade' dos resultados obtidos conforme o processo.<sup>11</sup>

A Constituição Cidadã do Brasil trouxe uma natureza híbrida, pois mitigou a teoria do Estado mínimo de ideologia liberal, com um Estado prestador de ideologia social, formando assim, um Estado Democrático de Direito, resultando em um viés formal, bem como também, em um viés material, preocupado com o conteúdo. Significa dizer que o texto constitucional passou a deter as condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade.<sup>12</sup>

Neste diapasão, afirma-se que ocorre nos dias de hoje uma constitucionalização do Direito, abandonando-se a visão pelo prisma dicotômico entre direito público e o direito privado, passando a analisar-se as matérias através de um "filtro" constitucional. E, desta forma, muitos autores de grande relevância defendem uma teoria geral do processo. Nota-se, dentro desta visão, que o direito processual não pode mais se ver desgarrado do direito constitucional, com isso criou-se, também o instituto do neoprocessualismo. Tal fenômeno é acarretado pela constitucionalização dos direitos processuais fundamentais, além de uma crescente adoção de cláusulas gerais e um grande aumento dos poderes dos juízes.

Assim é preciso entender que a partir do pacto da última constituinte, o Estado passou a ter um cunho substantivo, com direitos e garantias fundamentais, e tendo como compromisso, não somente ter instituído tais direitos, todavia, efetiva-los numa jurisdição constitucional.

[...] mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. O modelo substancialista – que, em grande parte aqui subscrevo – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político – estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social. [...] Na perspectiva substancialista, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito

---

<sup>11</sup>HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003. p. 215-216.

<sup>12</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 75.



das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de checks and balances.<sup>13</sup>

Nesse sentido, Gilberto Bercovici pondera que a constituição “não fixa apenas os meios, sem se comprometer com os fins”.<sup>14</sup>

Refletindo assim, as posturas substancialistas, valorizando a Constituição como instrumento vinculante e programático, argumentativo da conservação do Estado Democrático de Direito que ainda resguarda a ordem e a liberdade nos países de modernidade tardia, como o Brasil, sem esquecer a politicização do Direito.

Pretende conciliar a ideia de constituição com duas exigências fundamentais do estado democrático constitucional: 1) a legitimidade material, o que aponta para a necessidade de a lei fundamental transportar os princípios materiais informadores do estado e da sociedade, 2) a abertura constitucional: pois a constituição deve possibilitar o confronto e a luta política dos partidos e das forças políticas portadores de projectos alternativos para a concretização dos fins constitucionais.<sup>15</sup>

Em síntese, aos substancialistas, a Constituição traz consigo uma jurisdição que deve proteger e fazer valer a sua premissa: direitos fundamentais, princípios e fins públicos, para que assim juízes e, principalmente, tribunais possam implementar tais inspirações programáticas da Lei Maior. Já aos procedimentalistas, não enxergam nos operadores da jurisdição constitucional, aplicadores de princípios de justiça, pois a eles caberia apenas a função de fiscalizar o regular procedimento do processo político, protegendo-o.

### 2.3 METAMORFOSE JURISDICIONAL

A tarefa de “dizer o direito” já foi atribuída a Deus, aos deuses e aos homens. Desde que a modernidade atribuiu a esses últimos essa complexa e quase “divina” função, surge então a figura daquela pessoa que possui poder e autoridade para interpretar e atribuir sentido aos textos normativos, revelando o

---

<sup>13</sup>STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 40.

<sup>14</sup>BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdade regionais, estado e constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 280.

<sup>15</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1336.

que, em sua concepção, expressaria a melhor consecução de justiça nos casos a ele apresentados. Muitos modelos de jurisdição, frutos de sociedades cambiantes e cada vez mais complexas, foram desenvolvidos durante a história e concorrem entre si na (auto)compreensão do direito.

E subjacente a essa complexa tarefa atribuída aos magistrados, encontra-se a concepção de direito que orienta e legitima as suas decisões. Desde que o movimento revolucionário do final do século XVIII iniciou a constitucionalização e secularização do direito, muitos modelos jurídicos, ou paradigmas jurídicos, transformaram-se e influenciaram diretamente a atividade jurisdicional.

Um dos grandes desafios enfrentados ao longo da história do Direito está justamente na tensão entre a lei escrita e sua norma extraída, pelos seus hermenutas, para verificar a sua aplicação na lide real. E a questão do sentido atribuído ao texto normativo, ou seja, a interpretação jurídica, encontra-se intimamente ligada à produção filosófica da segunda metade do século XX, notadamente a hermenêutica filosófica e a filosofia da linguagem, alcançando um status filosófico-científico que, até então, era indiferente à função e importância da linguagem e das pré-compreensões do intérprete para a produção do conhecimento científico.

A influência do estudo dos paradigmas alcançou a interpretação jurídica, desnaturalizando a ideia de que a norma jurídica possui um sentido imanente, a ser desvelado pelo intérprete, ou que esse sentido deveria ser buscado na “vontade do legislador”. Mais do que isso, o sentido atribuído ao texto normativo é construído pelo hermeneuta, cuja legitimidade vincula-se à Constituição e ao paradigma por ela estabelecido. Pertinente é a colocação de Alexandre Coura:

No âmbito jurídico, as discussões acerca da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, recorrentemente associadas à exigência de legitimidade das decisões judiciais, também correspondem a reflexos de concepções paradigmáticas. Como vimos, toda interpretação, bem como qualquer atividade humana, vincula-se, inevitavelmente, a um determinado contexto histórico, pressupondo, por consequência, um pano de fundo compartilhado, que não pode, simplesmente, ser descartado.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup>COURA, Alexandre de Castro. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional**: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores” à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p .42.

Em relação ao direito, é possível estabelecer dois grandes paradigmas: o paradigma pré-moderno e o paradigma da modernidade. O primeiro caracterizava-se por um corpo normativo em que religião, moral, regras sociais, costumes e tradições transcendentalmente justificados praticamente não se discerniam. O direito era visto como a coisa devida a alguém em função da hierarquia social estratificada, absoluta e divinizada. O que se buscava era a equidade, ou seja, dar a cada um o que é seu de acordo com a sua posição na rígida hierarquia social, privilegiando-se uma honra estamental. O indivíduo só seria considerado enquanto pertencente a uma determinada casta, nunca enquanto pessoa com dignidade e direitos individuais.

Com as revoluções burguesas do século XVIII e o fim das estruturas do “antigo regime”, inicia-se o processo de ruptura desse paradigma, que passa a dar lugar ao paradigma da modernidade. Surge a ideia de indivíduo, desvinculado de castas transcendentalmente justificadas, e responsável por sua própria felicidade, com autonomia perante a lei. Começa, então, o processo de diferenciação normativa, que se estabeleceu inicialmente como paradigma do Estado de Direito, sucedido dialeticamente pelos paradigmas do Estado de Bem-Estar Social, e este, por sua vez, pelo atual paradigma do Estado Democrático de Direito, cada um com formas peculiares de (pré)compreensão do conceito e do papel do Direito.

## 2.4 JURISDIÇÃO PROATIVA

A “perspectiva de um processo constituinte permanente de aprendizado social, de cunho hermenêutico-crítico...”, analisado sob uma ótica constitucional do professor Marcelo Cattoni<sup>17</sup>, traz de forma sóbria as implicações e consequências da filosofia da linguagem como um paradigma presente na Constituição. Com isto, a bagagem pregressa e as pré-concepções dos intérpretes jurídicos ganham importância e relevância na atividade

---

<sup>17</sup>OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Minorias e democracia no Brasil**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 4, 2006. p. 307 – 322.

jurisdicional e, conseqüentemente, na hermenêutica constitucional. A problemática está em ponderar a interpretação constitucional numa sociedade plural e complexa, com peculiaridades histórica-evolutivas do Brasil, que possui o *locus* hermenêutico em uma Constituição composta de regras e princípios, que venho para evitar a discricionariedade em sentido forte e o solipsismo judicial <sup>18</sup>, por se tratar de uma Constituição que foi um marco na redemocratização do país.

A chamada jurisdição proativa está intimamente ligada a função que foi atribuída ao Estado Democrático de Direito (com o advento da Constituição de 1988), atuação jurisdicional para a efetivação de direitos por meio de procedimentos anteriormente estabelecidos, nas lides causídicas que chegam até ele, estando de certo modo, dividindo a responsabilidade de fazer cumprir os direitos conferidos pelo diploma normativo. Análogo a esse pensamento, em seu voto na Ação Direto de Inconstitucionalidade nº 3510/ DF, a Senhora Ministra Carmén Lúcia pondera, num questionamento situado nos autos sobre a ingerência do judiciário em decisões legislativas juridicamente e popularmente legitimadas; num viés democrático contramajoritário, diz o seguinte:

No Estado Democrático de Direito, os Poderes constituídos desempenham a competência que lhes é determinada pela Constituição. Não é exercício de poder, é cumprimento de dever. Ademais, não imagino que um cidadão democrata cogite querer um juiz - Pilatos dois mil anos depois de Cristo ter sido crucificado porque o povo assim queria. Emoção não faz direito, que é razão transformada em escolha jurídica. Quantos Cristos a humanidade já não entregou segundo emoções populares momentâneas? E quem garante quem será o próximo, que poderá sofrer uma injustiça, evitada pelo que o leigo, às vezes, considera ou apelida ser apenas uma "firula legal"? Anotava Hamilton, em O Federalista, que a "independência dos juízes é igualmente necessária à defesa da Constituição e dos direitos individuais contra os efeitos daquelas perturbações que através das intrigas dos astuciosos ou da influência de determinadas conjunturas, algumas vezes envenenam o povo e que – embora o povo rapidamente se recupere após ser bem informado e refletir melhor – tendem, entretantes, a provocar inovações perigosas no governo e graves opressões sobre a parcela minoritária da comunidade. (...) (...) é fácil imaginar que será necessária uma forte dose de retidão por parte dos juízes para cumprirem seus deveres como guardiões da Constituição se as invasões do legislativo tiverem sido instigadas pela maioria da comunidade" (HAMILTON, MADISON E JAY – O

---

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 143.

**Federalista.** Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1984, p. 580).<sup>19 20</sup>

No aspecto jurisdicional é que se mostra palpável as inspirações da Lei Fundamental Brasileira, nos casos em que veem os titulares do Poder, se socorrer para ver efetivar seus direitos constitucionais, sem se preocupar com a real função dos operadores da jurisdição, pois, os cidadãos, dos quais emana todo o poder Estatal, aspira conseguir materializar seus direitos fundamentais, princípios e fins públicos. Para explicitar a discussão, diz Eduardo Cambi:

A efetividade da Constituição encontra, pois, no processo um importante mecanismo de afirmação dos direitos nela reconhecidos. A Constituição Brasileira de 1988 não somente pela sua posição hierárquica, mas pela quantidade e profundidade das matérias que disciplinou, está no centro do ordenamento jurídico, não se podendo compreender o processo, sem, antes, buscar seus fundamentos de validade – formal e material – na Lei Fundamental.<sup>21</sup>

Assim, partindo para uma tomada história da jurisdição constitucional, inicialmente a atuação do judiciário se mostrava ligada aos moldes do *judicato* da época da revolução francesa, sendo, numa versão moderna, um aplicador da lei, numa hermenêutica mais restritiva, trabalhando apenas com as normas que foram extraídas dos anseios da sociedade por meio dos seus representantes na atividade legislativa, ou até mesmo com normas infralegais dos representantes da atividade executiva, aguerrido à isso tutelando os direitos com um cunho procedimental, como um grande fiscal.

No entanto, ao passar dos anos, essa atuação se mostrava inócua frente as problemáticas que os juízes e tribunais se deparavam e necessitavam passar, sob pena dos próprios fiscais, incidirem em omissão na prestação jurisdicional - que também é um direito fundamental. Com o que foi posto, a Instituição Judiciária iniciou uma virada de posição, que se deu gradualmente, seguindo a percepção de que mesmo não sendo representantes dos anseios

---

<sup>19</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF**, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 29/05/2008

<sup>20</sup>HAMILTON, MADISON E JAY – **O Federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1984, p. 580

<sup>21</sup>CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocedimentalismo**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia Homenagem ao Professor Luiz de Pinho Pedreira. 2008. p. 93-94. - [https://vitorfreitas.goias.ufg.br/up/662/o/Eduardo\\_Cambi\\_Neoconstitucionalismo\\_e\\_Neoprocedimentalismo.pdf](https://vitorfreitas.goias.ufg.br/up/662/o/Eduardo_Cambi_Neoconstitucionalismo_e_Neoprocedimentalismo.pdf)

do povo, não podem se esquivar das responsabilidades de executar ou regular direitos, princípios e objetivos públicos, com o argumento de que não estão originalmente incumbidos dessa função, ademais com a crise representativa presente no país. Como esclarece o Ministro Gilmar Mendes em seu voto na ADI 3.510/ DF, p. 598: "O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento."<sup>22</sup> Nessa fala, pode-se interpretar que o STF como um o topo da hierarquia do judiciário, e conseqüentemente, representante da Função Jurisdicional, atua com um cunho mais substancial, e assim atende à programática da CRFB/88.

Portanto, com essa virada de chave o Judiciário começou a exercer uma função jurisdicional mais proativa, descolando da hermenêutica restritiva de antes, e tomando forma de um órgão de jurisdição mais eficaz, interpretando leis, para se extrair normas, princípios e fins sociais, não apenas para atender as lacunas da lei, mas também as omissões das outras funções, à luz da Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico como um todo.

Desse modo, o Judiciário se torna um palco para discussões democráticas, em aspectos sociais e de pluralidade de ideais. Insta salientar então, o ensinamento por Robert Alexy, "O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente". *Data venia*, se mostra importante esclarecer a base lógica integral da atuação ativista do judiciário, pelo referido filósofo e jurista constitucional alemão:

O princípio fundamental: "Todo poder estatal origina-se do povo" exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo

---

<sup>22</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF**, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 29/05/2008.

quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados.<sup>23</sup>

Portanto, o judiciário assumiu uma função não só de fiscalizador do processo político, mas também regulador de normas eficazes no caso concreto.

Essa nova roupagem é viável visto que a Carta Magna, ao longo do seu texto, não deixa estanque as divisões de funções entre os ditos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Se mostra relevante lembrar que a estrutura do judiciário é organizada hierarquicamente, sendo necessária a adoção de mecanismos que verticalizem o entendimento dos julgadores, sem que fira a independência de cada operador judicante.

No entanto, reportando-se sobre o que foi anteriormente ventilado por Alexy, essa expansão da função jurisdicional não pode ser afastada do povo, sob o risco de perder legitimidade constitucional de uma república democrática. O exercício jurisdicional não deixa de ser democrático, por não ser escolhido pelo povo, pois a função é do judiciário, mas o poder emana do povo.

Contudo, essa jurisdição proativa que vem sendo desenvolvida nos últimos anos no Brasil, tem grandes efeitos procedimentais e substanciais no âmbito do direito eleitoral. Tal Justiça especializada, criada pela Constituição de 1988, tem como fim, ser uma Justiça voltada para a regulação e fiscalização do jogo democrático. Sendo responsável por gerir o funcionamento do exercício da democracia, tendo a incumbência de fazer ser efetiva as premissas da Lei Fundamental vigente, zelando pela interesse público, afim de manter a harmonia e o pleno funcionamento das instituições estatais antes, durante e depois das eleições dos representante populares.

---

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático**. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição. - Tradutor: Dr. Luís Afonso Heck p. 66.  
<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47413/45319>

Esta tarefa foi atribuída pela Constituição, pelo fato do Judiciário ser um órgão mais técnico, mais distante da organização política do Estado, e ter seus membros, escolhidos por concurso público.

A função jurisdicional proativa da Justiça Eleitoral, vem realizando uma tentativa de moralizar a política, implementar princípios e normas explícitas ou implícitas na Constituição, ao jogo democrático chamado de eleições. Como por exemplo, a infidelidade partidária que não tem (ver correção) previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, construiu-se um entendimento normativo com fulcro na legislação eleitoral e a luz de princípios constitucionais.

Corroborando para essa atividade proativa do judiciário, utilizar-se-á o conceito empregado por Barroso:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>24</sup>

Portanto, com base no que foi elucidado acima, o ativismo judicial se da na inobservância ou omissão dos órgãos legislativo e executivo em realizar uma real efetivação da Lei Fundamental do Estado brasileiro, com isto, tal expansão na atuação do judiciário se mostra válida na medida em que exerce sua função com espreque na Lei Maior que foi democraticamente elaborada, revestindo assim a atuação do Estado-Juiz com legitimidade.

Entretanto, tal legitimidade cai por terra quando há uma confusão ou exorbitância na atuação do judiciário, indo na contramão do interesse público (*lato sensu*), violando em certo grau, a soberania popular.

Resta importante frisar que a atuação proativa/ ativismo judicial, não se confunde com a judicialização da política e nem criação do Direito pela via judicial.

---

<sup>24</sup>BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª edição. Saraiva, 2013. p. 306-307.



### 3. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

*A priori*, é preciso observar a doutrina do filósofo estadunidense Ronald Dworkin, quando esse propõe que os intérpretes da Constituição interpretem-na de modo a considerar referências os princípios morais de decência e justiça.<sup>25</sup> Quer-se, então, com tal ilustração demonstrar um modelo de juiz Hércules. Ou seja, um juiz que aceita desafios, não se contenta apenas em aplicar a lei, pois assim se instituiu o órgão judicial a partir da constituinte de 1988, instaurando um Estado Democrático de Direito; numa visão neoconstitucional, um efetivador de direitos fundamentais, igualmente responsável, como os demais instituições do Estado. Diferentemente do que ocorria com o juiz Júpiter, que no Estado Liberal prezava pela não ingerência do Estado, sem preocupação social, era muito conhecido como "a boca da lei" (*bouche de la loi*) e, por isso, disseminador de grandes injustiças.

No entanto, o juiz Hércules, abre a discussão acerca do substancialismo, desaguando no ativismo judicial. Deste modo, o substancialismo jurídico é movimento de vanguarda, onde é manifestada explícita adesão aos direitos fundamentais, princípios e fins públicos. Admitindo-se, desta feita, o controle do resultado das deliberações políticas que supostamente os contravenham. Tal atividade é favorável à judicialização das políticas públicas e à concretização dos preceitos constitucionais, pois os substancialistas dão proeminência aos princípios da justiça.

A problematização norteadora deste capítulo está no expansionismo e/ou atuação substancial do órgão jurisdicional no exercício de suas funções, com um viés político (no sentido lato da palavra), questionando-se então, a natureza estatal da instituição Poder Judiciário. Incitando a dúvida, se o Judiciário pode ser encarado como um agente político ou técnico.

Para melhor contextualizar historicamente o movimento constitucionalizante do Direito na pós-modernidade, pondera Luís Roberto Barroso:

Essa constitucionalização do Direito, potencializada por algumas características associadas ao contexto filosófico do pós-positivismo – centralidade da ideia de dignidade humana e dos direitos

---

<sup>25</sup> DWORIN, Ronald. Op. Cit. p. 203.

fundamentais, desenvolvimento da nova hermenêutica, normatividade dos princípios, abertura do sistema, teoria da argumentação -. Tem tornado o debate jurídico atual extremamente rico e instigante. Nele têm se colocado temas que definirão o futuro da Constituição, dentre os quais: o papel do Estado e suas potencialidades como agente de transformação e de promoção dos direitos fundamentais; a legitimidade da jurisdição constitucional e da judicialização do debate acerca de determinadas políticas públicas; a natureza substantiva ou procedimental da democracia e o conteúdo das normas constitucionais que a concretizam, para citar apenas alguns exemplos.<sup>26</sup>

Antes mesmo de se adentrar no tema deste capítulo, vale esclarecer as correntes que explicam esses perfis de judiciário no decorrer da história. Diante de diversas concepções do Direito e da atividade jurisdicional à elas relacionadas, a legitimidade de tais concepções são muitas vezes questionadas quanto à aceitabilidade e adequabilidade ao atual paradigma constitucional. O jurista belga François Ost, em sua obra denominada “Júpiter, Hércules e Hermes: três modelos de juiz”, publicado em 1993 na Revista espanhola *Doxa*, expõe três modelos de juiz, associados às características de deuses da mitologia (Júpiter, Hércules e Hermes), correlacionando-os a paradigmas diferenciados de direito e jurisdição. Assim explica Ost: (ver correção)

O primeiro modelo refere-se ao juiz Júpiter, cuja referência ao direito expressa-se na figura de uma pirâmide hierarquizada de normas, ao modo do direito proposto por Hans Kelsen. Próprio de um paradigma liberal, nesse modelo o juiz é comparado à figura do deus Júpiter, responsável por dizer um direito (divino?) proveniente do topo dessa pirâmide normativa. Utilizando-se de uma racionalidade dedutiva, o foco do direito é a lei geral e abstrata emanada do Legislativo. Ao juiz caberia apenas a função de ser a “boca da lei”, de onde seriam pronunciadas sentenças oriundas da “verdadeira vontade do legislador”.

O segundo modelo é o de um juiz Hércules. Não da forma como Dworkin também denominou seu juiz ideal, mas um juiz “engenheiro social”, que sobrepõe os fatos à generalidade da lei para lhes dar possibilidade jurídica na modificação da realidade social e na (re)solução dos problemas. Característico de um Estado Social, o juiz Hércules reflete o direito como sendo uma pirâmide invertida, ou um funil, no qual o próprio juiz e o caso concreto são o limite e também a possibilidade de atuação judicial, agora de natureza indutiva.

---

<sup>26</sup>BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª edição. Saraiva, 2013. p.109.

E o terceiro modelo de juiz apresentado é o juiz Hermes, que se relaciona com o Direito na figura de uma rede, interligando uma multiplicidade de atores jurídicos e políticos. No modelo de Hermes, o juiz passa a ser um grande mediador e comunicador, capaz de conectar os diversos discursos, esparsos e concorrentes, na construção intersubjetiva para a solução dos casos concretos. É um juiz prudente que vislumbra soluções levando em conta o caráter indeterminado e inacabado do direito, desconfiando sempre de discursos de verdade únicos e imutáveis.<sup>27</sup>

Entretanto, no conteúdo deste capítulo, pode-se pensar que um magistrado só apresenta uma legitimidade legal e burocrática, não possuindo qualquer legitimidade política, para impor ao caso concreto sua opção político-ideológica particular na eleição de um meio de efetivação de um direito fundamental. Sucede que, em nosso sistema, os magistrados não são eleitos, mas sua acessibilidade ao cargo dá-se por meio de concursos públicos, o que lhes priva de qualquer representatividade política para efetuar juízos desta magnitude.

Dessa forma, efetua-se uma “politização” do Judiciário, uma vez que os magistrados passam a efetuar, fundados na distorcida prerrogativa do chamado “controle difuso”, inadequado à países de sistema romano-germânico, juízos eminentemente políticos. Surge o chamado “juiz político”, que concretiza políticas públicas de forma descomprometida, uma vez que não é responsabilizado pelo cumprimento da alocação de recursos efetuada pelos orçamentos e planos plurianuais, nem goza de qualquer espécie de representatividade política, ou mesmo compromisso político-partidário e/ou com algum programa de governo específico.

Portanto, a implementação de direitos constitucionais pelo Judiciário determina a chamada judicialização da política, cuja prática deliberada ocasiona a politização do próprio Judiciário. Isto implica em um abandono à prática democrática, pois uma ingerência nos outros poderes, com a justificativa de cumprir preceitos constitucionais, acaba por esvaziar as funções precípuas do Parlamento. Assim, esse malabarismo de deveres e funções do Poder Judiciário, levanta a discussão se atuação constitucional do Judiciário seria híbrida - técnica e política.

---

<sup>27</sup> OST, François. “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”. Doxa. N. 14 (1993). ISSN 0214-8876. p. 169-194.

### 3.1 EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO

Nesta seara de atuação expandida do judiciário como um todo, surgem questionamentos quanto ao receio de uma chamada ditadura togada; sobre a interferência mais notória em face dos outros dois Poderes; a indagação à respeito do princípio do controle de freios e contrapesos entre os três Órgãos brasileiros da nossa república. Estas indagações são muito coerentes e de grande importância. Em um primeiro momento, este tema pode ser abordado dizendo que ocorre no Brasil uma crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Poder Legislativo, e até mesmo no Poder Executivo. Esta "crise", por sua vez, dá ensejo à uma expansão do Judiciário (mais precisamente do STF - "guardião da Constituição") preservando os direitos constitucionalmente previstos. Por isso decisões que suprem omissões acarretando inovações na ordem jurídica acontecem e tem um caráter normativo geral.<sup>28</sup>

A expansão de jurisdição constitucional e o protagonismo do judiciário iniciou-se diante da retração dos demais Poderes, e se omitiram ou falharam na efetivação de direitos fundamentais, seja pela não realização de leis que versassem sobre direitos ainda não regulamentados, ou seja por direitos positivados e regulamentados, porém sem ser aplicados em políticas públicas. A essa vinda expansionista e protagonista do judiciário vem sobressaindo cada vez mais, pela crise política instalada no Brasil. Os anseios da população veem se afluindo cada vez mais, originando em conflitos, em lides público-privadas e entre particulares, o chamado fenômeno da expansão da litigiosidade.

Vale ressaltar a simplificação do acesso a justiça, com a criação dos Juizados Especiais, com as tutelas coletivas, de interesses difusos e individuais homogêneos, permitiu que o Estado-juiz se manifesta-se de uma forma mais

---

<sup>28</sup>Em reflexão, vale dizer que foi uma forte contribuição para o ativismo em jurisdição constitucional, a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. A súmula vinculante e a repercussão geral são instrumentos de grande auxílio para o caráter proativo do Judiciário, visto que, o instituto da súmula vinculante possibilita que a Suprema Corte possa firmar uma tese hermenêutica com patamar elevado de imperatividade para todo organismo jurisdicional; o instituto da repercussão geral vem no sentido de ampliar os efeitos e relevância das decisões da Suprema Corte, pela fato de julgar apenas questões intersubjetivas.

efetivas e rápida, discutindo também, questões de relevância social, econômica e política, num pluralismo cultural. Dando também, ao Ministério Público uma atuação mais adequada com sua função oriunda da Constituição. Colocando assim, o Poder Judiciário num papel de protagonista, sendo o centro das perspectivas da sociedade.

Então, frente a descrença da população nos Poderes Executivo e Legislativo, como dito anteriormente, impulsionou o movimento neoconstitucional. Esse movimento citado, relaciona o Direito com a Moral, superavala os princípios constitucionais, através de uma leitura constitucional do Direito positivo.

Pode-se destacar que além dos elementos ventilados acima, a Carta Política de 1988 prevê mecanismos de controle pela população dos atos do Poder Público, e tais mecanismos são instrumentalizados pela via judicial, fortalecendo ainda mais o protagonismo tocado. Conforme prevê o art 5º, inciso XXXV., “ a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”, assim legitima que sempre que provocado, o judiciário deve agir afim de efetivar os direitos fundamentais quando estes sofrem uma violação.

No entanto, analisando a atuação dos membros do Poder Judiciário em invalidar os atos dos outros Poderes batizados pela vontade popular, é confrontada com a argumentação da falta de justo título democrático. Todavia, a própria Constituição oferta ao Poder Judiciário a capacidade de sobrepor suas decisões às dos representantes do povo (sendo este o caso) – pois insta salientar que decisões podem ser tomadas de forma contramajoritárias, que não se destituirá do manto da legitimidade, visto que a democracia não se restringe ao princípio majoritário. Cumpre destacar, ainda, que indiretamente os magistrados estão aplicando a vontade do povo, afinal, magistrados (numa análise superficial) apenas aplicam as leis que são elaboradas diretamente pelos representantes do povo. No contrapasso, Luís Roberto Barroso esclarece, com desembaraço, que, atualmente magistrados não são mais a "boca da lei". Porque, não desempenham atividade puramente mecânica na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como: dignidade da pessoa humana, direito de privacidade, liberdade de manifestação, boa-fé objetiva. Por isso, eles tornam-se, em muitas

situações, coparticipes do processo de criação do Direito – sendo válido frisar que o Direito é dinâmico e deve acompanhar a sociedade, não sendo confundido com a norma positivada. Outro argumento para se rebater as críticas feitas pelos formalistas contra o ativismo judicial é de que vivemos num Estado Democrático de Direito.<sup>29</sup>

A percepção de que a tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada é um direito fundamental (art. 5º, inc. XXXV, CF) vincula o legislador, o administrador e o juiz isto porque os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva, ou seja, constituem um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva do Estado. Portanto, dentro deste paradigma o constitucionalismo defende direitos fundamentais, que muitas vezes são esquecidos pelos nossos legisladores.<sup>30</sup>

### 3.2 JUDICIALIZAÇÃO E POLITIZAÇÃO

Ocorre que a grande maioria dos magistrados brasileiros, quando são chamados a julgarem essas situações estão ignorando a existência do acesso a esses direitos mediante as vias administrativas, passando a não mais exercer subsidiariamente a função de fiscalizadores das decisões dos outros poderes, mas sim, em realidade, estão passando a exercê-las de forma plena, ou até prioritária, o que vem a ser uma distorção no exercício de suas atribuições, dado que os mesmos carecem de qualquer tipo de legitimidade para efetuarem este tipo de juízo.

Na verdade, um magistrado só apresenta uma legitimidade legal e burocrática, não possuindo qualquer legitimidade política, para impor ao caso concreto sua opção político-ideológica, particular, na eleição de um meio de efetivação de um direito fundamental. Sucede que, em nosso sistema, os magistrados não são eleitos, mas sua acessibilidade ao cargo dá-se por meio de concursos públicos, o que lhes priva de qualquer representatividade política para efetuar juízos desta magnitude. Ademais, por sua própria formação técnica e atuação no foro, é evidente que os magistrados são incapazes de

---

<sup>29</sup>BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª edição. Saraiva, 2013. p.307-351.

<sup>30</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998. p. 140.

conhecerem as peculiaridades concretas que envolvem a execução de políticas públicas que visam a realizar concretamente direitos fundamentais pela Administração Pública.

Neste pressuposto crítico, e seguindo para uma visão na seara eleitoral, colaciona-se as palavras da professora Eneida Desirre Salgado

As regras eleitorais se referem à concretização do princípio de legitimação do exercício do poder político. Exige-se, para a sua imposição, ampla discussão parlamentar, com caráter fortemente deliberativo e com a participação das minorias. A legitimidade para a restrição de direitos — direitos políticos, como a elegibilidade (...) — está, por força do princípio do Estado de Direito, no órgão representativo. Apenas o Parlamento pode ditar normas sobre a disputa eleitoral.

Em nome, simultaneamente, de uma necessária “moralização” do processo e de um imperioso impulso na reforma política, o Tribunal Superior Eleitoral vem, frequentemente, inovando em matéria eleitoral, criando direitos e obrigações (...).<sup>31</sup>

Dessa forma, efetua-se uma “politização” do Judiciário, uma vez que os magistrados passam a efetuar, fundados na distorcida prerrogativa do chamado “controle difuso”, inadequado à países de sistema romano-germânico, juízos eminentemente políticos. Surge o chamado “juiz político”, que concretiza políticas/interesses públicos de forma descomprometida, uma vez que não é responsabilizado pelo cumprimento da alocação de recursos efetuada pelos orçamentos e planos plurianuais, nem goza de qualquer espécie de representatividade política, ou mesmo compromisso político-partidário e/ou com algum programa de governo específico.

Portanto, a implementação do Estado Social pelo Judiciário determina a chamada judicialização da política, cuja prática deliberada ocasiona a politização do próprio Judiciário. Isto implica em um abandono à prática democrática, pois a alocação dos recursos estatais destinados à formulação e à execução de políticas públicas criadas para efetivar os direitos fundamentais para toda comunidade, acaba sendo efetuada por técnicos, os magistrados, que não possuem qualquer legitimidade política, para somente alguns indivíduos, que são partes no processo, além de gerar, por outro lado, o esvaziamento das funções precípua do Parlamento.

---

<sup>31</sup>SALGADO, Eneida Desirre. **Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral**. Tese para obtenção do grau de Doutor em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2010. p. 345

### 3.3 VETORES HERMENÊUTICOS PARA CONTESTAR DECISÕES POLÍTICAS

Inicialmente, insta estruturar que vetores hermenêuticos são princípios constitucionais que fornecem elementos para interpretação das normas e limitação ao intérprete. Nessa premissa, podemos começar a decantar o conteúdo de tal conceituação.

É um método também concretista, diferenciando-se dele, porém, na medida em que a norma a ser concretizada não está inteiramente no texto, sendo o resultado entre este e a realidade. A realidade deve ser investigada pelo intérprete.

Apresentado métodos de interpretação da norma jurídica, afixou-se na concepção basilar em dois vetores hermenêuticos: Vetor Procedimentalista e Vetor Substancialista. Para melhor ilustrar, demonstra-se:

| VETOR PROCEDIMENTALISTA  | VETOR SUBSTANCIALISTA  |
|--|--|
| Os juízes ao interpretarem a constituição devem se limitar a captar o sentido dos preceitos expressos na constituição, ou, pelo menos, nela claramente. Alinha-se à postura passiva do Juiz, ou seja, à concepção tradicional ou formalista, com o legislador como o centro da hermenêutica. | Diferentemente dos procedimentalistas, os substancialistas defendem uma maior autonomia do juiz ao se interpretar a norma, com aplicação de “valores e princípios substantivos”– princípios da liberdade e da justiça. Assim, importa mais os valores, como a igualdade, a justiça e a liberdade demandados pela sociedade, do que a estrita vontade do legislador. Admite-se o ativismo judicial ou papel criativo do juiz. |
| Juiz Júpter-FrançóisOst.   | Juiz Hércules – FrançóisOst.   |
| Hermenêutica Dedutiva  | Hermenêutica Indutiva  |
| Interpretativista  | Não-interpretativista  |
| Lógica democrática liberal   | Lógica democrática social  |



#### 4. ATIVISMO NA SEARA ELEITORAL: ANÁLISE DE CASOS

Neste capítulo, há que se refletir sobre o campo onde trabalha o ativismo judicial eleitoral. A fragilidade doutrinária do Direito Eleitoral, haja vista a escassez de estudos mais aprofundados, de teorias e doutrinas sólidas que dêem maior subsistência aos institutos e acontecimentos do direito e do processo eleitoral. Somado a isto, temos a mal concebida e estruturada legislação eleitoral, que é incompleta, complexa e lacunosa, exigindo, assim, a sua constante integração para regular por parte da sua Justiça especializada.

Observa-se, também, que tal legislação eleitoral possui vários conceitos indeterminados, ou seja, conceitos jurídicos de semântica frouxa, com falta de delimitação bem definida ou logicamente dedutível de sua extensão, ocasionando uma ambiguidade de sentidos e pintando “quadros em que não há uma única solução correta, mas várias igualmente defensáveis, plausíveis e razoáveis”<sup>32</sup>.

Para que estas expressões sejam determinadas e palatáveis, necessita-se que o magistrado interprete proativamente, de forma a explicitar seus conteúdos. Assim, amplia-se o poder do juiz, vez que lhe é outorgada “maior liberdade no processo de determinação do direito ao apreciar os casos submetidos a julgamento”<sup>33</sup>.

Conforme apresentado anteriormente, as preocupações do ativismo judicial são latentes, em virtude de uma possível perda da dosagem, mas se tratando de Direito Eleitoral não são simplesmente àquelas críticas normalmente levantadas contra o modelo jurisdicional em si, mas sim em razão das peculiaridades da matéria sob comento.

A postura do julgador comprometido em potencializar os direitos constitucionalmente previstos, conforme denominado pelo Ministro Luis Roberto Barroso<sup>34</sup>, *in casu*, para que sejam realizadas eleições lisas, pilar do Estado Democrático de Direito, deve ser a de interpretar o dispositivo constitucional conforme a própria Constituição, concretizando-a, valorizando-a, exaurindo sua força por vezes intrínseca, mas sem sobrepuja-la.

---

<sup>32</sup> GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.17

<sup>33</sup> Idem.

<sup>34</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização. **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012. p.23.

À primeira vista, os litígios eleitorais que influem no resultado das urnas, ou as próprias regras do jogo eleitoral, podem ser caracterizados como contramajoritários e até mesmo identificados como ativismo judicial. Contudo, entende-se que a judicialização das eleições, em vez de ameaçar o princípio da soberania popular, na verdade o qualifica, haja vista que expurga o candidato “trapaceiro” que, de alguma forma, viciou o resultado das urnas materialmente, ludibriando a vontade popular. Assim, esta atuação da Justiça Eleitoral, que visa a impugnar os abusos cometidos por candidatos desleais, é legítima, pois funda-se em um arcabouço legislativo que a autoriza, mas também, e sobretudo, porque resguarda o princípio da soberania popular, vez que impede o resultado viciado das eleições.

Estas constatações preliminares revelam o quão propício é o ativismo judicial na Justiça Eleitoral, pois a doutrina e as leis pertinentes à matéria, como dito anteriormente, são problemáticas, dando espaço para o Judiciário adequar o ordenamento às ambições constitucionais, especialmente no atual momento neoconstitucionalista.<sup>35</sup> Assim, é cada vez mais crescente a tendência de se guiar o Direito Eleitoral pela jurisprudência oscilante do Tribunal Superior Eleitoral.

Acrescem-se também, aos fatos ora relatados, as funções e características singulares da Justiça Eleitoral<sup>36</sup> que corroboram para a

---

<sup>35</sup> Sobre o tema, esclarece Luís Roberto Barroso, em seu texto, **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 240: 1-42, Abr./Jun. 2005, p. 11-12: “Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (i i) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a central idade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito”.

<sup>36</sup> A Justiça Eleitoral, é um órgão de jurisdição especializada que integra o Poder Judiciário e cuida da organização das eleições, no desempenho de seu papel constitucional; revela-se instrumento de manutenção do Estado Democrático de Direito, portanto guardião dos primados democráticos delineados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Aglutina-se à Justiça Eleitoral, também a função de difundir na sociedade noções sobre direitos políticos, com ênfase à responsabilidade no exercício desses mesmos direitos. Seguindo o propósito de esclarecer o funcionamento da Justiça Eleitoral, analisam-se as formas de competência: a competência jurisdicional e a competência administrativa (consideradas as funções administrativas da Justiça Eleitoral – não diz o direito no caso concreto – alistamento eleitoral, impedir práticas de propaganda eleitoral irregular, expedir títulos eleitorais, apuração dos votos, etc); de outra função atribuída à Justiça Eleitoral – que lhe confere caráter peculiar –

ocorrência do ativismo judicial. Neste sentido, destaca-se a função regulamentar da Justiça Eleitoral<sup>37</sup>, que se revela na competência dos Tribunais eleitorais: expedirem instruções, completando o sentido do texto legal; elaborarem resoluções regulando o processo eleitoral, ante a omissão legislativa; e responder consultas que lhe são formuladas, em tese, para interpretação de assunto pertinente a matéria eleitoral.

Percebe-se, portanto, que os poderes conferidos pela Constituição Federal de 1988 à Justiça Eleitoral, em virtude da sua função normativa, são favoráveis a permitir um comportamento proativo do Judiciário.

Destarte, como função reguladora, deve se sujeitar a disciplinar as situações nas quais se aconselha a atuação discricionária da Justiça para fazer cumprir, em sua plenitude, a legislação eleitoral, mas sem criar Direito. Sobre o assunto, cumpre citar a lição de José Augusto Delgado:

(...) h) o regulamento eleitoral, quanto expedido, deve se submeter às limitações legais que sobre ele, normalmente, recaem, pelo que não deve, em nenhuma hipótese, alcançar a integridade de qualquer direito ou garantia fundamental do cidadão, nem diminuir ou aumentar os limites dos direitos subjetivos constituídos pela lei eleitoral; i) o objetivo fundamental do regulamento em Direito Eleitoral deve ser o de disciplinar as situações em que cabe atuação discricionária da Justiça Eleitoral para fazer cumprir a legislação que rege os atos por ela produzidos, quer administrativos, quer judiciais; j) não deve ter força de criar direitos nem obrigações que não se encontrem, de modo implícito ou explícito, contidos na lei; l) não deve revogar, nem contrariar a letra nem o espírito da lei, limitando-se, apenas, a

---

é a normativa/regulamentadora, descrita no art. 1º, parágrafo único e art. 23, IX, ambos do Código Eleitoral que permite – por meio de resoluções – expedir instruções para a execução das lei eleitorais. Ainda, tem-se a função consultiva, prevista no art. 23, XII, e art. 30, VIII, ambos do Código Eleitoral, que permite a manifestação da Justiça especializada, sem com que tenha carga decisória, a respeito de situações abstratas e impessoais, demonstrando a particularidade da Justiça em testilha, haja vista que o Poder Judiciário não é naturalmente um órgão de consulta. – cf. SOBREIRO NETO, Armando Antonio. Direito Eleitoral. Curitiba: Juruá, 2004, 3.ed. p.45-48 ; cf. Justiça Eleitoral: composição, competências e funções. <http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-1-ano-4/justica-eleitoral-composicao-competencias-e-funcoes>

<sup>37</sup> Conforme elucida Thales Tácito Cerqueira, em seu livro, **Direito Eleitoral Esquemático**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.68: As resoluções do Tribunal Superior Eleitoral são fontes formais secundárias do Direito Eleitoral – competência exclusiva do Tribunal Superior Eleitoral em âmbito nacional e exclusiva dos Tribunais Regionais Eleitorais em âmbito regional, desde que não afronte resoluções do Tribunal Superior Eleitoral – art. 105 da Lei 9.504/97. As Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral são permitidas pela própria lei (art. 105 da Lei 9504/97), bem como no Código Eleitoral para os Tribunais Regionais Eleitorais. Seja para o Tribunal Superior ou Regional Eleitoral, todas possuem força de lei ordinária, conforme Boletim Eleitoral 13/15; 1.134/196 do Tribunal Superior Eleitoral.

desenvolver os princípios e a completar a sua dedução, facilitando o seu cumprimento.<sup>38</sup>

Portanto, a competência regulamentar da Justiça Eleitoral deve se restringir à edição de regras organizacionais do pleito a cada biênio em que ocorre a eleição, sendo apenas essa atuação complementar aos textos das leis eleitorais, porém, sem qualquer tentativa de normatização *ultra legem*. Pelo menos, esta seria a lógica deontológica; no entanto, a ontologia da Justiça Eleitoral, principalmente o TSE, deságua por fim num oceano ativista.

O estudo de casos - que terá como objeto decisões do Supremo Tribunal Federal e resoluções do Tribunal Superior Eleitoral sobre a imposição de verticalização de coligação partidária, fidelidade partidária, e a proibição do financiamento público de campanha.

Neste capítulo, pautado nas discussões anteriormente levantadas, e utilizando como critério ponderativo os vetores hermenêuticos do sub-capítulo 3.3, parte-se para a análise de casos que externalizam a atuação jurisdicional em matéria eleitoral.

#### 4.1 IMPOSIÇÃO DE VERTICALIZAÇÃO: ATIVISMO?

Como ponto inicial da análise de casos neste capítulo, insta necessário entender motivos fundantes de uma imposição de verticalização das alianças partidárias todos os âmbitos.

Como fundamento da temática em testilha , ensina Thales Tácito Cerqueira:

Fundamento: era a preponderância do caráter nacional dos partidos – art. 17 cf/88 (livre criação, fusão, incorporação, extinção, o regime democrático e os direitos fundamentais da pessoa humana, bem como o caráter nacional) sobre a autonomia dos partidos políticos.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> DELGADO, José Augusto. **A contribuição da justiça eleitoral para o aperfeiçoamento da defesa da democracia**. Revista de informação legislativa. Brasília, a. 32, n. 127, jul/set. 1995. p. 116.

<sup>39</sup> CERQUEIRA, Thales Tácito. **Direito Eleitoral Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.331.

A decisão pela verticalização das coligações foi tomada em resposta à consulta n. 715/2001, de Relatoria do Ministro Garcia Vieira, formulada em agosto do mesmo ano, pelos Deputados Federais Miro Teixeira, José Roberto Batochio, Fernando Coruja e Pompeo de Mattos, todos do Partido Democrático Trabalhista (PDT).

A disputa com a Resolução 20.993/2002, os partidos adversários nas eleições presidenciais não poderiam se coligar nas disputas estaduais. Mas os partidos que não participaram de coligações presidenciais ficaram livres para se coligar com quaisquer partidos nas disputas estaduais. Posteriormente, o TSE mudou a segunda parte do entendimento: Os partidos que não participaram de coligações presidenciais ficaram proibidos de se coligar com quaisquer partidos nas disputas estaduais.

Expostos os fatos primários sobre a imposição de verticalização de coligações partidárias, parte-se para a análise técnica do conteúdo decisório, a resolução editada pelo TSE limita e impõe como rege-se-á as coligações partidárias, indo essa, além dos ditames legais, pois não há nenhuma máxima expressa na lei nº 9.504/1997, que estabelece normas para as eleições. No entanto, surge a incógnita: o TSE estava interpretando o artigo 6º da referida lei, mediante consulta cuja resposta foi posteriormente incluída na mencionada instrução para, no exercício de seus poderes constitucionais regulamentadores, regular a operacionalização das coligações, ou estava legislando e conseqüentemente atuando a margem do dever constitucional?

Frente essa polêmica, o Partido da Frente Liberal – PFL e o Partido Comunista do Brasil - PC DO B interpuseram, cada um, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI nº 2626 e nº 2628 respectivamente, para discutir perante a Suprema Corte a constitucionalidade da debatida resolução, especificamente o art 4º, § 1º, que contém a seguinte redação:

Art. 4º É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, para proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional entre os partidos políticos que integram a coligação para o pleito majoritário (Lei nº 9.504/97, art. 6º, caput).

§ 1º Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato/a à eleição de presidente da República não

poderão formar coligações para eleição de governador/a de Estado ou do Distrito Federal, senador/a, deputado/a federal e deputado/a estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato/a à eleição presidencial (Lei nº 9.504/97, art. 6º; Consulta nº 715, de 26.2.02).<sup>40</sup>

Tais partidos políticos argumentaram que o ato normativo comento alterar abruptamente o processo eleitoral, causando insegurança jurídica e violando o princípio constitucional previsto no art 16 da CF. Ademais, arguiu-se que a atuação impositiva do TSE fere a autonomia do partidos políticos assegurada na Lei Maior vigente, caracterizando uma usurpação de competência legislativa privativa do Congresso Nacional, inovando no mundo Jurídico. Corroborando nesse sentido, manifestou-se nos autos, o Procurador Geral da República, à época, Geraldo Brindeiro considerando que a Resolução do TSE tem caráter de lei, e que para a PGR, a Justiça Eleitoral praticou atividade legislativa, que lhe é vedada, editando uma norma que não condiz com a vontade do legislador ao criar a Lei 9.504/97.

Num contraponto à construção argumentativa dos autores e da PGR, vale mencionar os ensinamentos de Djalma Pinto:

No Direito Eleitoral brasileiro, predomina o sistema da Common Law com algumas particularidades. Os precedentes construídos, cases produzidos no TSE, mesmo inexistindo lei determinando o efeito vinculante, são acolhidos pelos juízes e Tribunais Eleitorais, que os seguem à risca. A regra do precedente, no Direito Eleitoral, é, pois, à luz da realidade, um fato incontroverso.

A interpretação das normas eleitorais deve convergir sempre para a busca da prevalência do interesse público. O bem protegido pelo Direito Eleitoral é, acima de tudo, a lisura do processo para a escolha dos representantes do povo.<sup>41</sup>

No que pese a respeito da questão debatida nas referidas Ações Diretas de Inconstitucionalidade apensadas, a Suprema Corte decidiu, por unanimidade, não conhecer em virtude de irregularidade de representação processual. No entanto, se aventurou discutir o tema – voto do relator:

Tendo sido o dispositivo impugnado fruto de resposta à consulta regulamente formulada por parlamentares no objetivo de esclarecer o disciplinado das coligações tal como previsto pela Lei 9.505/97 em seu art. 6º, o objeto da ação consiste, inegavelmente da norma que visava integrar, exigiria, necessariamente, o seu confronto com esta

<sup>40</sup>BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 20.993, de 26 de Fevereiro de 2002.**

<sup>41</sup>Apud - PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral – Improbidade Administrativa e Responsabilidade Fiscal.** 3 ed. Atlas. 2006. p.22 p.25

regra, e a Casa tem rechaçado as tentativas de submeter ao controle concentrado o de legalidade do poder regulamentar. (...)  
Por outro lado, nenhum dispositivo da Constituição Federal se ocupa diretamente de coligações partidárias ou estabelece o âmbito das circunscrições em que se disputam os pleitos eleitorais, exatamente, os dois pontos que levaram à interpretação pelo TSE. Sendo assim, não há como vislumbrar, ofensa direta a qualquer dos dispositivos constitucionais invocados.<sup>42</sup>

Após exposto a atuação regulamentadora do TSE, e o debate judicial acerca da constitucionalidade da instrução, por mais que o Supremo não tenho conhecido da ADI, sinalizou volumosamente que entendi plenamente constitucional a norma da Corte Eleitoral, corroborando o próprio pensamento jurisdicional mais expansionista já adotado pela Colenda Corte Maior. Com isto, findou a discussão judicial sobre tal regulação, permanecendo plenamente eficaz a Resolução 20.993/2002.

Como revés da jurisdição do TSE, em fevereiro de 2006, a Câmara aprovou, por 329 votos a 142, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC 548/02), que determina o fim da regra de verticalização, sobre coligações eleitorais. Por conseguinte, após o trâmite legislativo, foi incorporado na Carta Maior pela Emenda Constitucional nº 52.

No entanto, mesmo havendo o exercício legislativo do poder constituinte derivado através da EC nº 52, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) entendeu que a mudança não valeria para o ano de 2006, pois ferir-se-ia o princípio da anualidade.<sup>43</sup> Dessa forma, o fim da verticalização só passou a vigorar nas eleições de 2010.

Nessa exposição, pode-se analisar como é caracterizada a atuação jurisdicional de cada cúpula do Poder Judiciário. Num primeiro momento, seguindo a lógica arguida pelo TSE, seus ministros simplesmente atuando de maneira interpretativistas, “falando” em forma de resolução, o que diz a Lei. E o STF no voto do Relator do caso comento manifestou-se no sentido interpretativista, levantando a lógica de que a única fonte de legitimação do

---

<sup>42</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2626-2628/DF**, Rel. Min. Sydney Sanches, 18/04/2008.

<sup>43</sup> Para Thales Tácito Cerqueira, em seu livro, **Direito Eleitoral Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.. p.33: O princípio da anualidade eleitoral – também conhecido como “antinomia eleitoral” ou conflito de leis no tempo – é a expressão máxima da democracia, lastreado no princípio do *rules of game*, ou seja, “ não se pode mudar as regras do jogo no meio do campeonato.” Traduzindo para seara jurídica eleitoral: não se pode fazer lei casuísticas para preservar o poder político, econômico ou de autoridade.

Poder Judiciário é a própria Constituição, já que a Lei Fundamental não se ocupa diretamente de coligações partidárias ou estabelece o âmbito das circunscrições em que se disputam os pleitos eleitorais, conseqüentemente, estando contida a instrução normativa em tela dentro das competências reguladoras da Corte Eleitoral.

Contudo, realizando uma prevê leitura no art 105 da Lei 9.504/1997; tal dispositivo, embora estranha à Constituição, expressa o ânimo jurídico de estabelecer limites ao poder regulamentar do TSE, para que esse órgão do Judiciário se contenha nos limites próprios dessa atividade normativa, que é dar fiel execução às leis, sem alterá-la ao sabor das conveniências da autoridade com poder de normatizar. Mas além desse ânimo, a lei eleitoral impôs duas questões, que afetam ao tema deste ensaio: não poderá o TSE com as instruções regulamentares restringir direitos (como o de candidatura...), e deverá ouvir, previamente, em audiência pública, os delegados e representantes dos partidos políticos. A corroborar nossa constatação os ensinamentos de Paulo José M. Lacerda, Renato César Carneiro e Valter Félix da Silva:

Sendo as Instruções do Tribunal Superior Eleitoral a materialização do poder regulamentar dessa justiça especializada, assemelhando-se aos Decretos emanados do Poder Executivo, através do qual o Presidente da República exerce a mesma função de regulamentar as leis, elas não traduzem emanação da função legislativa, mas verdadeira atividade administrativa de caráter normativo.<sup>44</sup>

Sendo assim, com esse *lôcus* crítico, o posicionamento do STF e a atuação do TSE foi eminentemente uma atuação pelo vetor hermenêutico não-interpretetivista, até mesmo semelhante ao juiz Hercules de Ost, já que argumentou-se por parte do magistrados, de que havia uma atuação legítima, não só por não haver violação direta à Constituição Federal, mas também, por atuar em prol aos interesses sociais de uma eleição com maior lisura.

Portanto, por mais que os magistrados eleitorais da alta Corte tenham afirmado que estavam apenas exteriorizando uma interpretação, e os magistrados da Suprema Corte terem sinalizado o posicionamento contrário aos partidos políticos, mesmo sem se quer adentrar ao mérito, pode-se então

---

<sup>44</sup>LACERDA, Paulo J. M.; CARNEIRO, Renato César; SILVA, Valter Félix da. **Poder Normativo da Justiça Eleitoral**. João Pessoa: Sal da Terra, 2004. p.55



concluir que, à luz dos vetores hermenêuticos apresentados e os fatos ventilados, que a decisão de imposição da verticalização das coligações se mostra notadamente ativista por inova no mundo jurídico em forma de “regulamentação atípica”.

#### 4.2. FIDELIDADE PARTIDÁRIA: ATIVISMO?

Primeiramente, insta conceituar a fidelidade partidária, que consiste em o parlamentar ser fiel ao seu partido, não somente durante as eleições, mas posteriormente também, uma vez que, com a decisão do Tribunal Superior Eleitoral na Resolução nº 22.610/2007, o mandato não pertence ao parlamentar, e sim ao partido político.

Ainda na função de analisar criticamente lides eleitorais e suas respectivas decisões judiciais, debruçamos sobre a questão da norma de “fidelidade partidária”. As bases para o entendimento da fidelidade partidária na Constituição Federal estão previstas nos artigos 4º e 17. O primeiro, ao dispor sobre as condições de elegibilidade (art. 14, § 3º, inciso V, CF/88), determina a filiação partidária como uma das exigências para o cidadão postular uma candidatura a qualquer cargo eletivo, além de outros requisitos. Já o outro artigo, disciplina sobre a autonomia de auto-organização dos partidos políticos, ressalvados os preceitos constitucionais atinentes aos pilares do Estado (prestação de contas e soberania nacional).

O artigo 55 da Constituição Federal de 1988 elenca as possibilidades que podem levar o parlamentar a perder o mandato. Porém, nenhuma delas se refere à perda deste por ato de infidelidade partidária. Dessa forma, o mandato acaba por se transformar em algo de propriedade do político, uma vez que a única consequência para o “infiel” vem a ser a possibilidade de expulsão do partido, sem prejuízo para o mandato, o que os leva a trocar de legenda muitas vezes no início da legislatura, distorcendo totalmente o resultado das urnas.

A problemática vai mais longe ainda, segundo Thales Tácito, diz respeito ao voto de legenda e do próprio sistema proporcional:

Os quais possibilitam que grande parte das vagas para o Legislativo seja preenchida com candidatos que obtiveram votos nominais muito inferiores aos seus concorrentes, fato que não os impedirá do direito de se apropriarem e exercerem um mandato sem qualquer tipo de controle partidário. O caso de Enéas é exemplar. Com a soma de seus votos, ele acabou elegendo outros deputados, muitos dos quais com votação insignificante, sendo que logo em seguida a maioria deles acabou deixando o partido, levando consigo o mandato.<sup>45</sup>

Pelas questões postas e o raciocínio de Thales Tácio, partiremos para a fidelidade partidária e as decisões do TSE e do STF.

O anteriormente referido art 17, § 1º da Constituição Federal de 1988, trata da fidelidade partidária com singeleza e timidez, deixando a cargo dos estatutos partidários a regulação da mesma. Estes, por sua vez, quando tratam da questão, tratam-na de forma tímida. Tal situação resulta na prática, já costumeira, de um “troca-troca” de partidos por questões de barganhas *intracorporisdo* campo político, nunca antes visto, tudo sob uma “omissão” ou outorga de liberalidade dada aos partidos e seus filiados; fator que contribui para um enfraquecimento de representatividade por uma ideologia partidária do regime democrático brasileiro, em flagrante desrespeito à vontade do eleitor. O voto dado a um partido é indiretamente transferido, após as eleições, para outro, alterando a representação eleita, sem consulta ao eleitor.

O primeiro caso em que um parlamentar foi cassado, posteriormente a definição de infidelidade partidária pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal, ocorreu com o Deputado Federal Walter Brito Neto, corroborando o entendimento firmado pelo STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3.999 e n. 4.086 relatadas pelo Min. Joaquim Barbosa, e o Mandado e Segurança n. 26.602, de relatoria do Min. Eros Grau. Nesta última, a Corte entendeu que a observância do dever de fidelidade partidária é condição para o exercício do mandato.

Em face dessa situação o Tribunal Superior Eleitoral respondeu à Consulta n.º 1.398, formulada pelo Partido da Frente Liberal (PFL), atual Democrata (DEM), confirmando que o mandato eletivo pertence ao partido e não ao candidato eleito e empossado; pelo sistema de eleição proporcional. Ademais, com base na Consulta n. 1.407/2007, o Tribunal Superior Eleitoral

---

<sup>45</sup>CERQUEIRA, Thales Tácio Pontes Luz de Pádua. (2008). **Fidelidade Partidária e a Insegurança Jurídica**. Revista Jurídica Consulex. Ano XII, N. 268. p.33

ampliou a fidelidade iniciada pela Consulta 1.398 para as eleições majoritárias<sup>46</sup>.

Posteriormente, nos idos de 2013, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº5081/DF, ocorrera ponderações que podem ser entendidas de forma mais clara, no voto do Min. Rel. Roberto Barroso:

Entre nós, o sistema eleitoral majoritário é utilizado na eleição de Prefeitos, Governadores, Senadores e do Presidente da República. Nessas eleições, chamadas majoritárias, é considerado vencedor o candidato que obtém o maior número de votos. Os votos dados aos demais candidatos são desconsiderados, não contribuindo para a composição dos governos.[...] As grandes dificuldades do sistema eleitoral brasileiro não se encontram no sistema majoritário, mas nos arranjos institucionais associados ao sistema proporcional. [...] Pelo sistema proporcional, o número de cadeiras que cada partido terá na Casa Legislativa relaciona-se à votação obtida na circunscrição. No 12 sistema brasileiro, que é de lista aberta, o eleitor escolhe um candidato da lista apresentada pelo partido (não é possível candidatar-se sem filiação a um partido), não havendo ordem predeterminada dos que serão eleitos, como ocorre no sistema de lista fechada. A ordem de obtenção das cadeiras pelos candidatos é ditada pela votação que individualmente obtiveram. Porém, o sucesso do candidato dependerá, de modo decisivo, da quantidade de votos que o partido ao qual ele está filiado recebeu.”<sup>47</sup>

Pela lógica exposta por Barroso, e compilando o entendimento decisório do STF, pontua-se: I - se o mandato político eletivo, no sistema proporcional, pertencesse ao candidato isso significaria dizer que parte da soberania popular conferida pelo povo seria transferida para interesses do eleito; II - a perda do mandato seria consequência de um ato ilícito e não uma sanção; III – a divisão de cadeiras a ocupar no parlamento é resultado de uma contagem de votos dados à legenda/partido e não ao candidato, que muitas vezes não fez nem a quantidade de votos do quociente eleitoral; IV - a democracia é fruto de uma representação popular que enquadra os partidos políticos como “instrumentos”; V - o esvaziamento do partido pela migração de seus filiados torna-o franco de representatividade política e funcionamento parlamentar; VI - a migração do partido pelo qual foi eleito é infidelidade para com o eleitor.

---

<sup>46</sup> CERQUEIRA, Thales Tácito. **Direito Eleitoral Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.367.

<sup>47</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº5081/DF**, Rel. Min. Roberto Barroso, 17/12/2013. Voto – Rel. p.12

No artigo Fidelidade Partidária e a Insegurança Jurídica, publicado na Revista Consulex, Thales Tácito faz remissão à oportuna manifestação do jurista Luiz Flávio Gomes, a respeito da decisão da Corte Suprema:

Os eminentes Ministros vencedores fundamentaram seus posicionamentos em normas extraídas do sistema e dos princípios consagrados no Texto maior. Não se limitaram a uma interpretação textual ou gramatical: ao contrário, valeram-se da interpretação sistemática e princípio lógico, sem, entretanto, fugir do sistema positivado. Se fosse adotado o clássico método lógico-formal, a decisão seria outra.

O resultado alcançado só se tornou possível em razão de outro método, que é o ponderativo (ou seja: solução justa para o caso concreto). O julgamento do STF colocou em xeque o velho formalismo interpretativo (isto é, o provector silogismo formal constituído pela premissa maior, premissa menor e conclusão). Reconheceu-se a força coagente não só das regras, senão também dos princípios e valores constitucionais. Um dos principais argumentos foi o utilizado pelo Ministro Cezar Peluso, no sentido de que a legislação brasileira não permite a “candidatura avulsa”, candidatura sem partido, o que espelha a necessidade do partido. Destacou-se, também, nessa mesma linha, o voto de legenda que, aliás, já elegeu candidato que não obteve praticamente nenhum voto, o financiamento partidário etc. Toda norma, como destacou o Ministro Gilmar Mendes, deve ser interpretada diante do seu contexto histórico.<sup>48</sup>

Portanto, pelo visto no caso comento e refletindo as palavras de Thales Tácito, a atitude regulatória do TSE na Resolução 22.610 foi claramente não-interpretativista, coadunando com o posterior entendimento do Guardiões da Constituição, realizando uma hermenêutica sistemática, descolada de um vínculo positivista.

No entanto, tal análise casuística, faz com que seja mitigado a classificação dos vetores hermenêuticos feitos no sub-título 3.3, já que a relação da vertente substancialista não está estanque ao Juiz Hércules de Françóis Ost, pois, entendendo que a atuação ativista do judiciário neste caso foi numa análise global do ordenamento jurídico brasileiros e à luz de princípios e normais constitucionais, a sua atuação se deu muito próxima ao personagem do Juiz Hermes, por ter tralhado com a “rede” jurídica/política numa construção intersubjetiva para a solução do caso.

---

<sup>48</sup>GOMES, apud THALES TÁCITO. p.35

Trazendo ainda, a título de atualização, após a atuação jurisdicional e a discussão sobre a fidelidade partidária; em 2015 o art. 22-A da Lei 9096/95, através da Lei 13.165 que trouxe uma previsão para flexibilizar fidelidade partidária, introduzindo hipóteses de justa causa de desfiliação.

Por fim, vislumbra-se que esse ativismo do caso, não funcionou para além das suas competências, e afirmou sua importância no Estado Democrático de Direito.

#### 4.3. PROIBIÇÃO DO FINANCIAMENTO PRIVADO DE CAMPANHA: ATIVISMO?

O caso abordado neste sub-capítulo versa sobre à ADI nº 4650/DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil– CFOAB, tendo como objeto da demanda, em face dos artigos 23, §1º, incisos I e II; 24; e 81, caput e § 1º, da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições), e dos artigos 31; 38, inciso III; 39, caput e §5º, da Lei nº 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), que se refere à doações para o “Fundo Partidário”, e de financiar campanhas de determinado candidato.

O motivo alegado para a declaração de sua inconstitucionalidade é que a atual norma de financiamento das campanhas eleitorais infla os vícios do desenrolar do processo eleitoral, pois gera uma intolerável dependência da política em relação ao poder econômico, desnaturando o ideal democrático. Tal modelo criaria também um desequilíbrio na disputa eleitoral entre seus participantes, fazendo com que, fossem afastados da corrida ao cargo eletivo, os cidadãos que não disponham de recursos para disputar em igualdade de condições econômicas com aqueles que injetem em suas campanhas vultosas quantias de dinheiro oriundas de seus doadores pessoas jurídicas.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> Nesta reflexão, insta analisar no mundo dos fatos, as materialidades do poder econômico particular utilizado no jogo político. Com as apurações de crimes envolvendo grandes empresas do setor de construção civil e a alta cúpula de políticos, verificou-se dentro desdobramentos da Lava Jato, a barganha entre empresas privadas com os político candidatos, o sistema era concretizado pelo financiamento das campanhas dos candidatos em detrimentos de vantagens ilícitas após o candidato ganhasse as eleições. Ademais, ficou clara nas provas dos autos da Operação Lava Jato, que os empresários não estavam financiando os políticos por interesses ideológico-partidários, mas sim visando interesses econômicos ilegais, visto que financiavam toda uma bancada de políticos com ideológicas partidários distintas, e ao mesmo tempo.

Sobre esses pontos, a Instituição Guardiã do Texto Maior entendeu as doações feitas por pessoas jurídicas para campanhas eleitorais não são compatíveis com o regime democrático e com a cidadania. Pessoa jurídica não exerce cidadania, o exercício de cidadania, em sentido estrito, pressupõe três modalidades de atuação física: a) o *jus suffragii*: direito de votar; b) o *jus honorum*: o direito de ser votado; e c) o direito de influir na formação da vontade política por meio de instrumentos de democracia direta como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de leis.

Essas modalidades de exercício da cidadania são inerentes às pessoas naturais e, por isso, é desarrazoado estendê-las para as pessoas jurídicas. Colaciona-se os itens 9 e 10 do acórdão da referida demanda:

9. A doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, antes de refletir eventuais preferências políticas, denota um agir estratégico destes grandes doadores, no afã de estreitar suas relações com o poder público, em pactos, muitas vezes, desprovidos de espírito republicano.

10. O telos subjacente ao art. 24, da Lei das Eleições, que elenca um rol de entidades da sociedade civil que estão proibidas de financiarem campanhas eleitorais, destina-se a bloquear a formação de relações e alianças promíscuas e não republicanas entre aludidas instituições e o Poder Público, de maneira que a não extensão desses mesmos critérios às demais pessoas jurídicas evidencia desequilíbrio desprovida de qualquer fundamento constitucional idôneo.<sup>50</sup>

Entende-se, então, que a participação de pessoas jurídicas apenas encarece o processo eleitoral, sem oferecer, como contrapartida, a melhora e o aperfeiçoamento do debate. Esse aumento dos custos de campanhas não é acompanhado do aprimoramento do processo político, com a veiculação de ideias e de projetos pelos candidatos, na verdade, o que se observa é que os candidatos que gastam maiores recursos em suas campanhas possuem, em geral, maior êxito nas eleições. Tal excessiva participação do poder econômico no processo político desequilibra a competição eleitoral e viola a igualdade política entre candidatos, repercutindo no quadro representativo dos cidadãos.

O Rel. Min. Luiz Fux (voto vencedor) conclui que a legislação eleitoral viola a isonomia ao reconhecer doações de empresas, mas proibir a mesma medida para entidades sindicais, associações civis, e entidades do 3º

---

<sup>50</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650**. Rel. Min. Luiz Fux. 05/09/2011. Acórdão – p. 4 e 5

setor), que não detém fins lucrativos e sim sociais, representando um tratamento desigual entre as próprias pessoas jurídicas.

No tocante a legitimidade de tal discussão se dar pela via judicial, insta frisar os contra-pontos suscitados pela Presidência da Câmara dos Deputados do Senado Federal:

1º) saber se o Poder Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, possui algum espaço legítimo para apreciar temas que atingem o núcleo do processo democrático, como é o caso do financiamento de campanhas eleitorais; se houver tal campo de atuação, 2º) delimitar a exata extensão desse controle jurisdicional para não restar caracterizada indevida (e, portanto, inconstitucional) interferência judicial no âmbito de atribuições conferidas precipuamente aos poderes políticos; 3º) definir se eventual pronunciamento da Corte é em si definitivo, interditando a rediscussão da matéria nas instâncias políticas e na sociedade em geral.<sup>51</sup>

Não se nega que a discussão acerca das reformas estruturais dentro de um Estado, como é o caso da Reforma Política, deva ser travada nas instâncias políticas legitimamente democráticas, na qual, por excelência, devem ocorrer as decisões sobre questões políticas de interesse público; é a tese. Seria, assim, antidemocrático atribuir a juízes não eleitos e não escolhidos pela vontade popular, a imposição de normas editadas por autoridades de um Poder essencialmente republicano, e não, democrático. No entanto, não se compreende por completo a função constitucional de tal Órgão Jurisdicional de olhar somente por esse prisma, há hipóteses em que se exige uma postura mais pró-ativa da Suprema Corte, especialmente para salvaguardar os pressupostos do regime democrático. Corroborando à isso, bem adverte Oscar Vilhena Vieira:

“Não serão os próprios representantes os mais indicados para corrigir esses problemas de mau funcionamento democrático. Exemplo disso é o caso da sub-representação dos cidadãos dos Estados mais populosos no Brasil. Esperar que o Congresso – fruto dessa distorção e beneficiário da mesma – a corrija é esperar que a maioria dos parlamentares lute contra seus próprios interesses. Este é um caso típico onde a resolução do problema e o conseqüente fortalecimento da democracia devem sair de fora do sistema representativo.”<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup>Idem. p. 11

<sup>52</sup>VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**. Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 216 Apud. - **BRASIL**,

Portanto, pelo exposto da discussão ocorrida no STF sobre o financiamento privado de campanha, e tendo como pano de fundo a delimitação do constitucional exercício do Judiciário, especialmente, do Supremo Tribunal Federal; firmou-se a decisão de que o STF é legitimado para resguardar da forma necessária (ativista ou não) a estrutura do Estado Democrático de Direito, e quanto ao objeto da demanda, foi declarada inconstitucional.

Em meio à narrativa realizada, se pode analisar as posições tomadas pelos agentes políticos e membros do judiciário: partindo das vertentes hermenêuticas estabelecidas no final do capítulo anterior, esse exercício hermenêutico realizado demonstra uma Corte substancial, preocupada com os efeitos sociais que determinada regra no jogo democrático pode afetar sua plena cidadania. Esse modelo judicial mais substancialista, vem com o pensamento expansivo, mas com o intuito de atender aos anseios do povo que veio até o judiciário de socorrer, e inclusive atingir demais lides com o mesmo propósito ainda não apreciado, tipicamente caracterização do modelo de François Ost, o Juiz Hércules – Juiz Herói.



## À CONCLUSÃO

A forma da qual foi desenhada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, levou à concepção extrema do fenômeno da constitucionalização do Direito, causando como uma consequência e uma atribuição expressa, a atuação do Poder Judiciário para salvo-guardar e fazer valer o Diploma Normativo Máximo do Brasil.

Ao fim do estudo, assentasse a ideia de que a Justiça brasileira, dando enfoque à Justiça Eleitoral, encontra-se imersa nas premissas do propalado neoconstitucionalismo, pois se observa a defesa efusiva de uma atuação mais ativa dos juízes eleitorais não só na fiscalização e na condução do processo eleitoral, mas também na busca da efetiva validade material das eleições, uma inversão da pirâmide kelseniana, manifestada através da plena verdade das urnas/sociedade. Ou seja, intenta-se, cada vez mais, deixar a cabo da Justiça Eleitoral a responsabilidade de garantir a vontade do eleitor sem a influência de quaisquer outros interesses que não os da opção do cidadão pelo melhor programa de governo.

Conclui-se, pois, que o caminho adequado para efetivação de um processo eleitoral constitucional, no qual esteja presente a verdade real das urnas, dá-se por meio uma Justiça Eleitoral forte, atuante e coerente, sendo um juiz eleitoral (Hermes), atuando com um mediador, interligando diversos discursos, ideais, alinhando a teia jurídico-política para que possamos ter uma “demo – cracia”.

Frente decisões normativas do judiciário, seja ela pela via das resoluções do TSE, seja por suas próprias decisões; ou seja também, e de forma mais impactante (por ditar e legitimar as tomadas ativistas), os acórdãos do Supremo Tribunal Federal, notadamente pelos mandos pró-ativos de cada voto de seus magistrado.

Pelo todo exposto, precisamos de um Estado de Direito, Democrático e, submetido à Constituição, precisamos de menos Hércules e mais Hermes.

Ao destinar para o encerramento deste trabalho, finalizo a análise dos casos concretos em testilha, pelo anteriormente exposto, que a imposição de verticalização das coligações partidárias, subcapítulo 4.1, enquadra-se

como uma atuação reguladora criativa, sub-rogando-se na função de legislador e seguindo a lógica democrática social.

Numa análise de certa forma diferenciada, o julgado trazido no subcapítulo 4.2, sobre a fidelidade partidária, amolda-se em uma perspectiva ampliada, ou seja, verificou-se que em uma visão holística do ordenamento jurídico, o julgador/ interprete atuou de forma substancial, no entanto, sem extrapolar seus limites constitucionais, visto que resgatou princípios e normas valorativas para tomar a decisão. Adotando um viés substancialista na posologia necessário para o caso, harmonizar normas aparentemente conflitantes (art. 14, §3º, e art. 17, §1º da Constituição da República Federativa do Brasil).

Ainda, estudando o caso do subcapítulo 4.3, proibição do financiamento privado de campanha, reputa-se a Corte Constitucional, uma substancial, voltada para com os efeitos sociais que determinada regra no jogo democrático pode afetar sua plena cidadania, pautada pela lógica democrática social, interpretando “valores e princípios substantivos” constitucionalmente previstos, para atuar de forma criativa.

Assim, a problemática maior não está nos acertos, mas nos potenciais erros e iminente descontrolo. O Poder Judiciário é consagrado como um órgão republicano, responsável pela administração da Justiça na sociedade, através do cumprimento de normas e leis judiciais e constitucionais.

Concluo por fim, citando uma frase atribuída a Michelangelo: "As estátuas não se fazem. Elas já estão feitas no mármore bruto. Eu apenas removo os excessos". Pois assim, tal qual ao modelo do Juiz Hermes de Ost, é a forma deontológica do atuar de um magistrado: apenas desvelar, numa análise sistêmica (como uma rede de interesses), a melhor interpretação dos textos legais, removendo os excessos, e encontrando as normas jurídicas; recordando-se que o procedimento é exteriorização a prudência. Atuar de forma a mediar e tranquilizar a insegurança jurídica, com todo o empenho, paciência, imparcialidade, independência, sentimento, pensamento e consciência, pois seria esse, a real atuação do Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo** (tradução: Luiz Afonso Reck). 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 240: 1-42, Abr./Jun. 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª edição. Saraiva, 2013.
- BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, estado e constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- BINEMBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BINEMBOJM, Gustavo. **A expansão dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650**. Rel. Min. Luiz Fux. 05/09/2011
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº5081/DF**, Rel. Min. Roberto Barroso, 17/12/2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocedimentalismo**. São Paulo: RT, 2009.
- CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. (2008). **Fidelidade Partidária e a Insegurança Jurídica**. Revista Jurídica Consulex.; Ano XII, N. 268.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003
- LACERDA, Paulo J. M.; CARNEIRO, Renato César; SILVA, Valter Félix da. **Poder Normativo da Justiça Eleitoral**. João Pessoa: Sal da Terra, 2004.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Ulisses e o Superego: novas críticas à legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade das leis**. RDE. Revista de Direito do Estado, 2007, v. 7.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das Leis**. – Tradução: Jean Melville São Paulo: Martin Claret, 2002.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Minorias e democracia no Brasil**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 4, 2006.
- PIRES, Luiz Manoel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forum, 2014.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.
- SPENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Os (dês)caminhos da jurisdição**. Florianópolis: conceitual, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TAVARES, André Ramos. **A constituição é um documento valorativo?**  
In: Revista brasileira de direito constitucional. n. 09 – jan./jun. 2007.  
VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça:** “Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma”. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 216 Apud. - BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650. Rel. Min. Luiz Fux.